REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

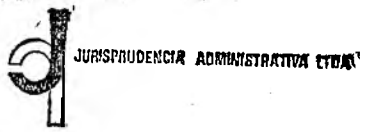
CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLVII TOMO LXXX

NUMEROS 429 Y 430

1971

PRIMER SEMESTRE



RELATORES:

ANTONIO JOSE ARCINIEGAS A. ZAMIR SILVA A.

IMPRESO EN EL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE 1971

SALA PLENA

PRESIDENTE:
DOCTOR JUAN HERNANDEZ SAENZ

VICEPRESIDENTE:
DOCTOR ALFONSO ARANGO HENAO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA:

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

SECCION SEGUNDA:

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

SECCION TERCERA:

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

SECCION CUARTA:

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

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Alejandro Domínguez Molina
Doctor Luis Carlos Sáchica
Doctor José María Marmolejo
Doctor Alberto Hernández Mora

FISCALES

Fiscal Primero:

Doctor Carlos Ramírez Arcila

Fiscal Segundo:

Doctor Gilberto Gartner

Fiscal Tercero:

Doctor Bernardo Ortíz Amaya

Fiscal Cuarto:

Doctora Haydée Anzola Linares

RELATORES

Doctor Antonio José Arciniegas A.
Doctor Zamir Silva A.

SECRETARIO GENERAL

Señor Hernando Franco Rojas.

PROPOSICION APROBADA EN LA SESION PLENARIA DEL DIA 28 DE AGOSTO DE 1972:

"El Consejo de Estado, profundamente conmovido por el fallecimiento de su ilustre Presidente, el doctor Alejandro Domínguez Molina, quien por muchos años formó parte de esta Corporación, contribuyendo con su inteligencia, su rectitud y su prudencia al brillo de la justicia; al mismo tiempo que honró la cátedra universitaria y prestó eminentes servicios al país, expresa sus sentimientos de pesar por tan doloroso e infausto acontecimiento, que constituye un motivo de hondo duelo para la sociedad y una pérdida irreparable para la República.

"Transcríbase a los familiares del extinto en nota de estilo y comisiónase a la Sala de Gobierno para entregarla".

(Discurso pronunciado por el Vicepresidente del Consejo de Estado doctor *Alfonso Castilla Sáiz* en el entierro del doctor *Alejandro Domínguez Molina* Presidente de la Corporación).

Señora Viuda de Domínguez Molina, hijos y demás familiares.
Señor Ministro de Justicia.
Señor Presidente y Magistrados de la H. Corte Suprema de Justicia.
Señores Consejeros de Estado.
Señoras y Señores.

Con inmenso dolor venimos a despedir al colega Alejandro Domínguez Molina quien presidió por dos veces con singular brillo el Consejo de Estado, y muere precisamente en ejercicio de esa altísima dignidad cuando mas necesitamos de su orientación y de su dirección.

La naturaleza ciertamente fue pródiga con él, porque no es fácil encontrar las extraordinarias calidades humanas que se reunieron en Alejandro Domínguez Molina, como amigo sin par, caballero intachable, eminente jurista y sabio maestro.

Por muchos años Alejandro Domínguez fue el mentor de esta Corporación que enalteció con su sabiduría y prudencia contribuyendo a darle el prestigio que como supremo guardián de la legalidad la ha colocado en el sitio que le corresponde entre las instituciones de la República.

Además de sabio maestro del derecho fue ejemplo de ciudadanos y jefe de hogar que conservó y enalteció la patriarcal tradición de su distinguida estirpe.

Ya herido de muerte por cruel enfermedad continuó física y espiritualmente presente en todas las actividades del Consejo en gesto de sobrehumana superación que daba la medida de su alma, rodeado del respeto y la admiración de todos sus compañeros.

En nombre y representación del Consejo de Estado y profundamente conmovidos, rendimos el postrer tributo de admiración y cariño al colega inolvidable a tiempo que su alma regresa al Creador.

Palabras pronunciadas por el señor Ministro de Justicia doctor *Miguel Escobar Méndez,* en representación del Gobierno Nacional, en las exequias del doctor *Alejandro Domínguez Molina,* el 28 de agosto de 1972, en el Cementerio Central de Bogotá.

Señora viuda de Domínguez.
Señores Consejeros de Estado.
Señores Magistrados de la Corte Suprema.
Señoras, señores:

En nombre del Gobierno Nacional, cuya representación tengo el honor de llevar en esta dolorosa ocasión, vengo a rendir un homenaje de gratitud, reconocimiento y exaltación al eminente magistrado y noble jurista cuya muerte ha dejado tan irreparable vacío en nuestra sociedad.

No abundan, infortunadamente, varones con las virtudes del doctor Alejandro Domínguez Molina. Desde su tránsito por las aulas del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario se descubrió en él una vocación indeclinable a servir con pulcritud e inteligencia. Sirvió sin desmayos, ante todo, la causa de la justicia. Es decir, se comprometió con la más elevada, con la que exige mayor cuota de sacrificios, con la que requiere más sólida formación intelectual y mejor contextura moral, con la causa más trascendente en la vida de una Nación. Como juez, fiscal y magistrado en su ciudad natal y, posteriormente, como Consejero de Estado, dió franco ejemplo de diligencia en la tramitación de los asuntos que le correspondieron, fue hábil y profundo en la solución de los más difíciles problemas jurisprudenciales, investigó desveladamente los avances del derecho y dejó en numerosos fallos y doctrinas huella perdurable de su talento y ponderación.

A los jueces y magistrados de hoy les bastaría asomarse un poco a la vida de este hombre a quien despedimos para aprender de ella cómo se cumplen los deberes que imponen la ley, la justicia y la conciencia. Porque el Magistrado Domínguez Molina trabajó muchos años, como un sabio; silenciosamente, como el auténtico jurista; con absoluto desinterés, como un patriota.

Su vocación de servicio se extendió al progreso de su Departamento del Valle del Cauca, al cual amó con particular y entrañable devoción. Por el querer de sus conciudadanos fue elegido a las corporaciones populares y tanto en la Asamblea como en la Cámara de Representantes su voz fue dechado de moderación y sensatez. Ocupó también altos cargos de responsabilidad en la administración seccional del Valle, desempeñándolos tan recta como eficazmente.

Sirvió a la juventud colombiana, como realmente debe servírsele, es decir a través de cátedras universitarias regentadas con maestría y versación, donde se inculquen conceptos, se afiancen preceptos y se discuta ampliamente aquello que es susceptible de controversia en un ámbito de respeto. Además, consagró un vivo interés en el impulso a distintos institutos de estudio y especialización.

Si como funcionario administrativo y judicial ostentó tantas y tan ricas cualidades, como ciudadano particular fue paradigma de patriotismo y su personalidad estuvo adornada con las mejores virtudes cívicas. Siempre se mantuvo atento a que sus amigos y allegados emularan en el cumplimiento de sus deberes, nunca escatimó a estudiantes y profesionales el don de su atinado consejo y supo explicar con sencilla pero profunda erudición las tesis y doctrinas jurídicas más útiles para el ordenado desarrollo de la sociedad. Por cualquiera de los aspectos que se analicen de su itinerario vital, surge categórica una respuesta aleccionadora y aprovechable.

Justamente ahora, cuando un peligroso relajamiento de los resortes éticos que sustentan la estructura de nuestra organización judicial proyecta sobre ella la amenaza de un ominoso desorden, era mucho más necesaria la asistencia y consejo de un varón prudente, sabio jurista y hombre de austero carácter como el doctor Alejandro Domínguez Molina. Sin embargo, ha sobrevenido su muerte, agregando a las muchas calamidades que padecemos, la infausta pérdida de esta preciosa colina de autoridad moral.

Pero es característica de los hombres que han vivido para servir a sus semejantes y perseverar en la virtud, labrarse en el recuerdo de sus contemporáneos y para provecho de la gente futura un pedestal indestructible. Esto ocurrió con la asidua tarea de este insigne Consejero de Estado. Poco a poco, con paciencia, con persistencia propias de los espíritus fuertes y lúcidos, fue dejando aquí y allí ejemplos y lecciones, doctrinas y estudios que hoy constituyen un gran acervo de enseñanza. Cuando haya de requerirse para el buen gobierno o para ilustración de los ciudadanos algún estudio metódico y serio sobre algún tema propio

de sus vastas disciplinas, en lo que el doctor Domínguez Molina nos lega se hallará sin duda clara satisfacción a la necesidad.

En las deliberaciones de nuestra máxima entidad contencioso administrativa, cuya Presidencia desempeñaba al momento de su fallecimiento, campeó siempre su distinguido señorío, su cordial espíritu de compañero, su juicio certero, su sabia discreción, su sencilla majestad de magistrado. Porque él supo ser, sobre todo, el juez–sacerdote, desprendido, integérrimo y austero, con plena conciencia de su alta función misional.

Sirvió, en fin, tareas tan exigentes como las encaminadas a proyectar Códigos, leyes y otros estatutos destinados a regir nuestra comunidad. Tanto el Gobierno presidido por el doctor Misael Pastrana Borrero, como los que le antecedieron, tuvieron el privilegio de contar con la autorizada voz de consultor del Consejero de Estado aquí yacente. Su participación y concurso tuvo siempre las dimensiones de su desinterés y honestidad.

Recientemente el Gobierno Nacional, interpretando fielmente el pensamiento unánime del pueblo colombiano, conociendo y apreciando el auténtico apostolado que en su meritoria existencia ejerció el doctor Domínguez Molina, le otorgó la Cruz de Boyacá al eximio Magistrado. Esta decisión tenía el sentido indudable de un reconocimiento a la persona del agraciado, a sus calidades morales y mentales, y era, además, la expresión de gratitud de la patria entera que no se equivoca cuando exalta a quienes la han servido y amado con lealtad inquebrantable. Los avances inesperados de su enfermedad no permitieron que la condecoración hubiera podido entregarse en un merecido y solemnísimo acto que tuviese las características de homenaje nacional. Pero queda como justo reconocimiento a los méritos que el Libertador quiso que fuesen exaltados cuando creó la orden.

La personalidad del ilustre desaparecido tiene aspectos que quizás no lleguen a ser del conocimiento público pero que habrán de guardarse con particular cariño en el seno del hogar dignísimo que formó y presidió, y en el muy dilatado círculo de sus amigos, compañeros y discípulos. Fue un espíritu de selección, insobornable por su recia formación cristiana, amplia y generosamente entregado a las nobles causas.

El Gobierno Nacional comparte integralmente la tristeza que hoy embarga a la esposa, a los hijos y a los demás familiares del eminente

Consejero de Estado desaparecido, exalta su vida como diáfano ejemplo para las generaciones presentes y futuras pide a los ciudadanos en general guardar cuidadosamente en su memoria las lecciones de patriotismo, sabiduría jurídica y espíritu de servicio que tan generosamente prodigó el ser a quien la Nación despide hoy y a quien hoy, igualmente, la Providencia acogerá para siempre en la eterna morada.

EL CONSEJO DE ESTADO DEPLORA LA MUERTE DEL H. CONSEJERO DOCTOR LUCRECIO JARAMILLO VELEZ

PROPOSICION

"El Consejo de Estado en Sala Plena, reunida extraordinariamente el 27 de octubre de 1972, registra con pesadumbre el repentino fallecimiento del muy ilustre Consejero Doctor don *Lucrecio Jaramillo Vélez*, quien durante el tiempo que sirvió a Colombia desde esta Corporación, puso de presente, una vez más, en su meritoria vida, las calidades que lo distinguieron como erudito y ponderado jurista, respetable ciudadano, maestro de juventudes y mentor de colegas y gobernantes. Públicamente deplora su muerte y hace llegar a sus hermanos don *Alfonso Jaramillo Vélez* y doña *Silvia Jaramillo de Restrepo*, a las Universidades de Antioquia y Pontificia Bolivariana y a sus coterráneos el testimonio de su conmovida condolencia.

"Una comisión del Consejo de Estado, encabezada por su Presidente, acompañará el féretro a sus funerales en Medellín".

Palabras del Presidente del Consejo de Estado Doctor *Gustavo Salazar T* en el cementerio de Medellín en las exequias del H. Consejero de Estado Doctor *Lucrecio Jaramillo Vélez*.

Ciertamente son muchos los motivos para estar entristecidos por la súbita desaparición del Doctor Lucrecio Jaramillo y muy diversos los estamentos sociales que deploran este momento en que venimos a despedir en forma definitiva a ese egregio varón de excelsas cualidades de ciudadano, de jurista y de caballero integérrimo.

Lo lloran centenares de jóvenes profesionales que recibieron del insigne maestro enseñanzas sabias que nutrieron sus mentes y sus corazones con lecciones llenas de ciencia y que llegaron hasta él como a cantera inagotable para aprender a ser no sólo buenos profesionales del derecho, sino ante todo hombres de bien y colombianos orgullosos de su tierra, de sus tradiciones, de sus creencias y de su porvenir venturoso.

Hay dolor en los claustros del Alma Mater porque ya no podrán sus alumnos escuchar la suave voz del catedrático, tenue y fluída, que discurría por las amplias avenidas del pensamiento y de las teorías profundas, que diariamente entregaba los caudalosos torrentes de su saber para que fueran a irrigar las fértiles colinas de las nuevas generaciones que deben construir con amor y con sudor el templo armonioso de la patria.

Hay tristeza en su comarca amada, en esta Antioquia recia, batalladora y libertaria, almácigo de civismo y de trabajo, semillero de patriotismo y de nobles virtudes, porque sus gentes saben que han perdido a un hombre que le hacía honor a su raza, por su vida inmaculada, por su saber profundo, por su alto rango de ciudadano ejemplar, por su ardiente pasión por las virtudes que lo adornaban y que lo hacían arquetipo de patriota y troquel de buenos colombianos.

Hay angustia, en fin, en el Consejo de Estado, porque hemos perdido al amigo dilectísimo, al colega insustituíble, al jurista insigne que se entregó con pasión al estudio de las arduas cuestiones que allí se debaten, con un sola finalidad, que en sus decisiones imperara la equidad, que es el sentimiento seguro y espontáneo de lo justo y que se deriva de la naturaleza humana aún con prescindencia del derecho positivo.

Su grande amor arrebatado y fulgurante fué porque todos los conflictos entre los hombres tuvieran solución justa, porque no se lastimaran ni siquiera en mínima parte los derechos de sus conciudadanos y siempre se mostró piadoso y clemente, porque tenía ante sí el pensamiento del príncipe de los escritores de lengua castellana, según el cual, aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea el de la misericordia que el de la justicia.

Alguna vez me regalaba con su trato afable, con su conversación llena de sabias enseñanzas, al preguntarle cuál era el pensamiento que más lo había impresionado, me contestó que la frase de Kant que dice así:

"Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí".

Ahora el Dios de bondad, uno y trino, se lo ha llevado al cielo estrellado para que sea habitante eterno en él, nimbado con la ley moral de la caridad, y se lo llevó sin una exclamación, sin un quejido para que se cumpliera el texto del Libro de la Sabiduría, según la cual las almas de los justos están en la mano de Dios y no les tocará el tormento de la muerte.

Medellín, octubre 28 de 1972.

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

A I 13

CONSULTAS

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

PENSION DE JUBILACION E INVALIDEZ. *Su reajuste de acuerdo con la Ley 4a. de 1966 y 5a. de 1969.* **Si existe el cargo para la liquidación de la pensión, el reajuste debe hacerse computando todo lo percibido por el empleado o trabajador respectivo durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. Si no existiere por haber sido suprimido, ni tampoco hubiere con otra denominación otro cargo similar o con las mismas funciones, corresponde al Departamento Nacional del Servicio Civil de conformidad con el parágrafo del artículo 5o. de la Ley 4a. de 1966, fijar el cargo o la categoría que debe servir de base para el reajuste; y en este caso también deberá computarse todo cuanto el empleado o trabajador señalado por dicha entidad haya recibido en el citado año anterior al 23 de abril de 1966.**

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., enero veintiuno de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor José María Marmolejo.*

El señor Ministro de Obras Públicas en Oficio No. 34635 de fecha treinta de noviembre del año próximo pasado, formula la siguiente consulta:

"El Congreso de la República expidió el 23 de abril de 1966 la Ley 4a. de ese año, en cuyo artículo 5o. dispuso: "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 (75o/o) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación o de su equivalente. Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta Ley.

"La Ley 5a. de 1969 determinó en su artículo 2o.: "Para los efectos del artículo 5o. de la Ley 4a. de 1966, se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. En consecuencia, el aumento hecho a las pensiones de jubilación de que trata el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1966, se liquidará tomando como base dicho promedio.

"Interesa a este Despacho consultar la opinión del Honorable Consejo de Estado en punto a determinar cuál es el criterio que debe seguirse para la aplicación práctica del Artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969 arriba transcrito y, concretamente, la interpretación y aplicación que deben darle a esa norma los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, puesto que en esta empresa industrial y comercial del Estado, para varias ramas de su actividad no existe el trabajador modelo, patrón o regla que se

pueda tomar como norma para determinar en la base el promedio de lo devengado por éste en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, el valor conforme al cual deben reajustarse las pensiones de jubilación o invalidez.

"Concretamente, ocurre que en los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, cada uno de los trabajadores en servicio activo devengó en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966 retribuciones distintas, por concepto de horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., por lo que no es posible dar extricta aplicación al presupuesto del artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969, tomando como "asignación actual el promedio de todo lo devengado *por un trabajador en servicio activo*".

Estima este despacho que dos alternativas son posibles:

"a) La de tomar todos los ingresos a título de salario de la totalidad de los trabajadores de cada clase durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, dividir el valor resultante por el número de trabajadores cuyos ingresos se computaron y dividir nuevamente la cantidad obtenida por doce (12), lo que daría un promedio mensual para la actividad, cuyo setenta y cinco por ciento (75o/o) sería el valor pensional pagadero a quienes sirvieron en tal actividad. Vale decir, por ejemplo: sumar la totalidad de los ingresos de un maquinista de primera durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, dividir la cantidad resultante por el número de maquinistas de primera y el valor obtenido dividirlo por doce (12) para llegar al promedio mensual.

"b) Tomar en cada caso el promedio que sirvió de base al reconocimiento de la pensión y valorizar con el salario vigente en 23 de abril de 1966 los factores que sirvieron de base a la liquidación. Sea un ejemplo: El pensionado Juan Ramírez se retiró del servicio como maquinista de primera y en el último año de trabajo tuvo eventualidades por un valor equivalente al veinticinco por ciento (25o/o) de su salario básico; su pensión se reajustará con base en el salario que tiene el cargo de maquinista de primera en 23 de abril de 1966, computando las eventualidades tenidas en cuenta al momento de decretar su pensión, como si se hubieran causado con el salario asignado al cargo de maquinista de primera en 23 de abril de 1966".

Desea el Gobierno por mi conducto consultar a ese Honorable Consejo de Estado, sobre cuál de los criterios expuestos o qué otro, deben aplicar los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, al dar cumplimiento a las Leyes 4a. de 1966 y 5a. de 1969.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En varias providencias ha expresado el Consejo de Estado que no solo por la claridad del texto del artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969 sino también por los

antecedentes de la Ley 4a. de 1966 y especialmente por la finalidad que el legislador persiguió al disponer en su artículo 5o. el reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez, considerando la devaluación de la moneda y las demás circunstancias que han determinado la carestía de la vida, esos reajustes deben hacerse computando la totalidad de lo percibido por el empleado o trabajador en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, sea por concepto de remuneraciones permanentes o fijas como sueldos y primas, como por aquellos que sean ocasionales, accidentales o personales que dependan de la actividad o calidades del empleado o trabajador en el lapso expresado, como las sobre–remuneraciones por trabajos extraordinarios, dominicales o feriados, horas extras etc. De tal manera que es como si el pensionado con anterioridad a la Ley 4a. de 1966, lo fuera dentro de la vigencia de ésta con la sóla diferencia que los elementos que servirían de base para cuantificar su prestación serían no los personales del pensionado cuando le fue decretado su derecho, sino los que se tuvieran en cuenta para cuantificar la pensión de quien haya desempeñado el cargo o realizado la misma labor en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966.

Tal es la síntesis de lo expuesto por esta Corporación en las providencias de fecha 17 de mayo de 1968 y 17 de abril de 1970, al resolver unas consultas formuladas respectivamente por los señores Ministros de *Fomento y Obras Públicas.*

En consecuencia con la interpretación que antecede, que hoy reafirma este Despacho, la aplicación práctica de las normas comentadas no ofrece duda alguna; y si pudiera presentarse en un caso particular alguna situación difícil por haber desaparecido el cargo o las funciones o labores desempeñadas por quien fue pensionado, y no existieran en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966 en la entidad, empresa etc., que decretó la pensión que va a reajustarse, ningún empleo o cargo parecido y solamente pudiera "identificarse la categoría o grupo de empleados correspondientes a la función desempeñada por el empleado cuya pensión debe reajustarse", aún así sería posible concretamente realizar el reajuste aplicando un criterio de estricta justicia.

Si, pues, existe el cargo que sirvió de base para la pensión, el reajuste debe hacerse computando todo lo percibido por el empleado o trabajador respectivo durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. Si no existiera por haber sido suprimido, ni tampoco hubiere con otra denominación otro cargo similar o con las mismas funciones, corresponde al Departamento Nacional del Servicio Civil de conformidad con el parágrafo del artículo 5o. de la Ley 4a. comentada, fijar el cargo o la categoría que

debe servir de base para el reajuste; y en este caso también deberá computarse todo cuanto el empleado o trabajador señalado por dicha entidad haya recibido en el citado año anterior al 23 de abril de 1966.

Por último, si como lo plantea el señor Ministro de Obras Públicas en la consulta que se estudia, en las entidades o empresas como los Ferrocarriles Nacionales en donde por la índole de su actividad "no existiere el trabajador modelo, patrón o regla que se puede tomar como norma para determinar en base al promedio de lo devengado por éste en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, el valor con el cual deben reajustarse las pensiones de jubilación o invalidez" y en donde al desempeñarse las mismas funciones hubieran sido diferentes durante dicho año las remuneraciones permanentes, transitorias o personales de un empleado u obrero a otro o a otros, considera el Consejo de Estado que puede aplicarse la fórmula propuesta por el señor Ministro señalada con la letra a) de su consulta, pero en cuanto al planteamiento que ella contiene en su primera parte, no así en el ejemplo que propone del maquinista de primera, porque se observa un contrasentido entre la premisa y el ejemplo. En efecto, en la primera parte se propone "tomar todos los ingresos a título de salario de la totalidad de los trabajadores de cada clase durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, dividir el valor resultante por el número de trabajadores cuyos ingresos se computaran y dividir nuevamente la cantidad obtenida por doce (12), lo que daría un promedio mensual para la actividad, cuyo setenta y cinco por ciento (75o/o), sería el valor pensional pagadero a quienes sirvieron en tal actividad". Hasta aquí este planteamiento es lógico y justo, y puede aplicarse en los casos excepcionales en que las mismas labores, actividades o funciones hayan sido realizadas al mismo tiempo por varias personas durante todo el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966 y hayan percibido diferentes sueldos, primas, remuneración por horas extras, trabajos extraordinarios etc.; pero no es posible aceptar el ejemplo propuesto pues es ilógico sumar lo que un maquinista de primera hubiera recibido en el citado año y después dividir por el número de maquinistas de primera que hayan realizado la misma labor; esta operación así realizada es incongruente y perjudicaría notoriamente al peticionario. Los factores de suma y división deben ser en este caso iguales para que no resulte inconsecuente e injusta la solución.

De consiguiente, esta *sala* conceptúa que el caso propuesto en la consulta debe resolverse así: Sumar todos los valores (sueldos, primas, pagos por horas extras, remuneraciones extraordinarias, bonificaciones etc.) percibidos durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966 por todas las personas que hubieren laborado en forma continua durante todo el año mencionado en las mismas actividades o funciones, dividir el resultado por ese mismo número de personas que trabajaron en forma continua durante

todo el citado año, y luego dividir por doce (12) para obtener el promedio mensual, y el setenta y cinco por ciento (75o/o) de este promedio será el valor de la pensión reajustada.

Ahora bien; la solución señalada con la letra b) que la misma consulta plantea, no es legal porque desconocería ostensiblemente no solamente el texto mismo de las normas comentadas sino el pensamiento y finalidad previstos por el legislador al expedir tales disposiciones, e iría contra el más elemental sentido de justicia.

Transcríbase al señor Ministro de Obras Públicas como respuesta a su consulta.

Alberto Hernández Mora – *José María Marmolejo* – Presidente – *Luis Carlos Sáchica* – *Alejandro Domínguez Molina.*

Edne Cohen Daza
Secretaria.

A I 9

CONSULTAS

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

CONTROL FISCAL. *De las entidades de derecho público.* **El control fiscal es un control numérico legal, mediante el cual se verifica la exactitud de la operación respectiva, la destinación del gasto o inversión, y la existencia de apropiaciones y autorizaciones para efectuarlas. Control que busca específicamente la salvaguardia del patrimonio del Estado. En cambio, la vigilancia que ejercen otros organismos administrativos por medio de los cuales se hacen efectivas facultades constitucionales del Presidente de la República, tiene por objeto inspeccionar la legalidad de las actividades de la entidad controlada, la tutela de los intereses de terceros frente a las mismas o de los intereses de la propia entidad o de sus miembros y, lógicamente, el interés social o público que pueda ser afectado por esas actividades. Pero no la defensa patrimonial del Estado, ya que la Contraloría General de la República tiene privativamente esa competencia.**

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., febrero once de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Luis Carlos Sáchica.*

Radicación número 513.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, en Oficio No. 05074 del 3 de diciembre de 1970, somete a la consideración de esta Sala la siguiente consulta:

> "... sobre si a la luz de los nuevos preceptos orgánicos de la Administración Pública y de los Organismos Descentralizados del Estado, la vigilancia del *Instituto de Fomento Industrial,* organismo descentralizado del orden nacional, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico corresponde a la Contraloría General de la República o si ella es de competencia de la Superintendencia Bancaria, dentro del régimen de excepción prescrito para los establecimientos bancarios, los establecimientos de crédito en general y las compañías de seguro".

Entre otras apreciaciones contenidas en la consulta, el Ministro observa que:

> "En la actualidad el Instituto soporta una doble vigilancia que no ha establecido la ley para ninguna clase de organismos: de un lado la Contraloría General de la República, dentro del régimen general prescrito por la Ley 151 de 1959; y de otro de la Superintendencia Bancaria, dentro del régimen de excepción establecido en el artículo 41 del Decreto 3130 de 1968, acogido en el artículo 19 de los estatutos orgánicos de la entidad.
>
> "Pero como es contrario a la lógica y pugna con el derecho el que una entidad esté sometida simultáneamente a un régimen general y a un régimen de excepciones del

primero, que por ser de excepción lo sustrae precisamente a su Gobierno, es indispensable definir cuál de los dos regímenes de control es el aplicable: si el general de la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República, establecido en la Ley 15 (sic) de 1959, o el especial o de excepción de control prescrito por la Superintendencia Bancaria para los establecimientos bancarios, establecimientos de crédito y compañías de seguro".

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

Primera. El artículo 59 de la Constitución dispone: "La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley". El artículo 60 del mismo estatuto, al señalar las funciones del Contralor General de la República, enumera entre ellas la de ". . . 2a. Prescribir los métodos de contabilidad de la Administración Nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales".

Las disposiciones constitucionales citadas atribuyen a la Contraloría General de la República la competencia total y exclusiva para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración nacional, tanto respecto de sus organismos principales como de las entidades descentralizadas, pues no excluyen de tal control ninguno de sus organismos ni de los funcionarios que manejen fondos o bienes de la Nación, ni sustrae de dicho control ninguno de los bienes y recursos ni de los aspectos de su manejo. De modo que, en el orden nacional no puede existir sino un organismos de vigilancia fiscal, que es la Contraloría mencionada, y la ley no puede restringir ni dividir su competencia, no estando limitada ni condicionada en la Constitución, ya que ella solo otorga al legislador facultad para determinar el modo de su ejercicio, mas no los sujetos ni la materia sobre que recae ese control.

Los confirman así los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley 151 de 1959 que dicen:

"**Artículo 1o.** Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la Administración Pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución.

"Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica, y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado.

"**Parágrafo.** Los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se consideran, para efectos de esta Ley, como establecimientos públicos, y se regirán por normas especiales de control estatal que determine el legislador.

"**Artículo 2o.** La vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y establecimientos públicos descentralizados y de aquellas instituciones y organismos que reciban, manejen o inviertan fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial, o cuotas forzosas creadas por la ley, corresponde a la Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Constitución Nacional.

"**Artículo 3o.** Las personas naturales o jurídicas pueden tener, por mandato de la ley o en virtud de arreglos contractuales, la administración o la explotación de cualesquiera bienes o rentas de la Nación, así como el recaudo y manejo de rentas pertenecientes al erario, pero corresponde a la Contraloría General de la República ejercer el control del manejo de tales bienes o rentas".

Igualmente, a este propósito la Corte Suprema de Justicia sostuvo en fallo del 1o. de octubre de 1969: "Es claro, entonces, que si la Constitución traza unas competencias determinadas solo un precepto de igual categoría puede alterarlas, extenderlas, recortarlas o distribuírlas. Otra cosa es que la misma Carta autorice al legislador para reglamentar o imponer ciertas modalidades en su ejercicio, o para que concurran dos competencias en la realización de un acto, . . . Pero en todos esos casos la coparticipación o el traslado de competencias tiene nítido origen en la misma Constitución. . . Por lo mismo, no puede la Ley, en ningún caso, desconocer o disminuir las competencias trazadas en la Constitución, así se trate de corporaciones o funcionarios de los últimos niveles de organización o jerarquía del Estado. . . El legislador carece de potestad para desconocer las competencias señaladas en la Carta a los distintos órganos de la administración local. Si pudiera limitarlas, distribuírlas entre quien las ha recibido por precepto de la Carta y quien carece de ellas, extenderlas de un órgano a otro o hacerlas compartir con menoscabo de quien las tiene exclusivamente, resultaría inútil el ordenamiento constitucional, cuya razón de ser es precisamente la organización de las competencias".

Segunda. Por tanto, el control fiscal es único. No pueden coexistir dos controles fiscales, ejercidos simultánea o separadamente por distintos organismos estatales sobre una misma entidad, porque la materia y el propósito son idénticos y porque sería una duplicidad innecesaria, antitécnica e inconveniente. Por el contrario, no repugna a la lógica y está acorde con la ley y la jurisprudencia, el que sobre el mismo organismo se ejerciten dos supervigilancias de distinto tipo, con finalidades diferentes, fiscal la una y administrativa la otra, no habiendo razón para que la inspección de la segunda clase elimine la perentoria supervigilancia fiscal ordenada por la Constitución.

En efecto, y en apoyo de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia expuso en fallo de 14 de octubre de 1970:

"... Siendo privativa de la Contraloría la vigilancia de la gestión fiscal de la Federación Nacional de Cafeteros como entidad responsable del manejo de impuestos, estando obligada la propia Federación a rendir cuentas por ello ante dicha Contraloría General, y debiendo ésta revisarlas y fenecerlas, todo por mandato de mérito superior, no es posible que la superintendencia bancaria pueda considerarse como organismo capacitado para desempeñar las mismas funciones que el estatuto constitucional atribuye exclusivamente a otro cuerpo del Estado. Para emplear la terminología de las leyes acusadas, precisa concluir que a la Contraloría General de la República incumbe hoy, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros, ejercer las siguientes atribuciones: verificar que los dineros provenientes del impuesto al café se invierten únicamente en los objetivos señalados en la ley; y examinar y fenecer las cuentas que ha de rendir la Federación relativas a tal inversión, de acuerdo con las leyes y el contrato que ésta tiene celebrado con el gobierno nacional.

"Dado que las atribuciones que acaban de señalarse están hoy confiadas a la superintendencia bancaria por los artículos 3 de la Ley 76 de 1927, y 3 de la Ley 81 de 1930, es claro que tales disposiciones son inexequibles por estar en pugna con la Constitución, señaladamente con su artículo 60, atribuciones segunda y cuarta. Así debe declararse en la parte resolutiva de este fallo.

"

"Si a la Contraloría General no le es dable cumplir la misión administrativa contemplada en el artículo 6. de la Ley 41 de 1937, tal cometido sí es atribuible a una entidad dependiente de la administración, como la mencionada superintendencia, en virtud de un texto legal. Eso prescribe la disposición que se analiza, la cual, vista de tal manera, es exequible. Pero como ella, además de ordenar una fiscalización de operaciones comerciales, sometidas así a control administrativo de la superintendencia bancaria, extiende tal vigilancia "a la inversión de las sumas cuyo manejo le corresponda", esto es, a fondos que pueden ser privados o públicos; y como la fiscalización de éstos últimos, según se vió atrás, compete a la Contraloría General de la República, debe observarse que la referida fiscalización confiada a la superintendencia bancaria tiene que cumplirse sin perjuicio de la que incumbe exclusivamente a la Contraloría, referente apenas a los fondos oficiales, es decir a aquellos provenientes, por ejemplo, de impuestos, tasas, contribuciones, etc. Al declararse la exequibilidad del artículo 6 se hará la pertinente observación".

De otra parte, el artículo 8o. de la Ley 151 de 1959, admite la posibilidad de la simultaneidad de los dos tipos de supervigilancia, así:

"La vigilancia y control fiscal que corresponden a la Contraloría General de la República por mandato constitucional y en virtud de la presente ley, *no afectan las funciones de vigilancia administrativa atribuidas a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, la cual continuará ejerciéndolas sin perjuicio de la acción que compete a dicha Contraloría*". (Se subraya).

Asimismo, lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3130 de 1968:

> "Artículo 41. Del control fiscal. La vigilancia de la gestión fiscal de los organismos descentralizados corresponde a la Contraloría General de la República, en los términos establecidos por la Ley 151 de 1959 y demás normas que la adicionan, *sin perjuicio de las funciones de vigilancia señaladas por la ley a la Superintendencia de Sociedades Anónimas.*
>
> "La vigilancia y control de los establecimientos de crédito y de las compañías de seguros corresponde a la Superintendencia Bancaria". (Se subrayó el texto).

Con la consecuencia ineludible de que es contrario a la Constitución asignar el control fiscal a entidad distinta a la Contraloría y de que no se puede evitar ese control, porque exista una inspección administrativa ejercida por una Superintendencia.

Tercera. Tampoco puede afirmarse que existen dos regímenes de control fiscal ejercidos por organismos diferentes, general el uno y de excepción el otro, porque ello sería contrario a la Constitución. Lo que puede darse es una variedad en cuanto a los procedimientos de aplicación de la vigilancia fiscal, de manera que haya un sistema común para los organismos de la administración central y uno especial, adecuado a su naturaleza y a la clase de actividades que desarrollan las entidades descentralizadas, pero se trata de un solo y mismo control ejercido por la Contraloría, sin que la variedad de los procedimientos haga cambiar el carácter de la función ni la titularidad y la naturaleza de la competencia. Pero no cabe aseverar que unos organismos administrativos son controlados fiscalmente por la Contraloría y otros por determinada Superintendencia, en tratándose del manejo de bienes y recursos nacionales.

Así resulta del texto del artículo 7o. de la Ley 151 de 1959:

> "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 ellos encomendadas. Tales sistemas respetarán la autonomía administrativa de los establecimientos, empresas o instituciones referidos".

En el mismo sentido se pronunció el Consejo, cuando en fallo de 27 de noviembre de 1969, dijo:

> "... d) Establecido como está que la Empresa Colombiana de Petróleos es un organismo técnico de carácter comercial e industrial, no sólo por mandato legal smo por su organización y funcionamiento... resulta incuestionable que todo ello hace imprescindible una reglamentación especial para su control y vigilancia por parte de la Contraloría, adecuada a su índole de carácter industrial y comercial, como lo

dispone el artículo 7o. de la Ley 151 de 1959 y el 6o. del Decreto 3211 del mismo año, acorde con las actividades que desarrolla y que hagan expedito y fácil su funcionamiento.

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

Cuarta. Ni se debe confundir la vigilancia fiscal con otras formas de supervisión estatal. Este consejo definió así la primera: ". . . Sus facultades (las de las Contralorías), por consiguiente, se reducen a revisar o confrontar, por un procedimiento mecánico de simple contabilidad, aquellas cuentas, pagos, contratos y órdenes de funcionarios que tengan a su cargo el manejo de los caudales públicos, para ver si ellos están ajustados o no a la norma superior sobre apropiaciones o autorizaciones,y en vista de ello, impartirles o no su aprobación. La conveniencia o inconveniencia del gasto, su legalidad o ilegalidad, su necesidad u oportunidad son consideraciones que quedan al juicio y responsabilidad de los Gerentes de los servicios públicos y absolutamente ajenos a la simple función contabilizadora de los Contralores". (Fallo del 15 de mayo de 1968).

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

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

Quinta. El caso de la consulta, que es el del control de las sociedades de economía mixta, es especial frente a los principios generales sentados en los apartes anteriores.

Y es especial, entre otras razones, porque según las normas que las rigen, estas sociedades, tienen carácter comercial e industrial y no meramente administrativo; deben ser constituídas, por disposición de la ley o con su autorización, pero mediante el respectivo contrato social, lo que les da una forma y un fundamento de derecho común; se trata de entidades

simplemente "vinculadas a la administración" que, por lo mismo, no forman parte de ella; tienen un patrimonio mixto, formado con aportes de particulares y de la Nación, dejando los de ésta su calidad de bienes fiscales al confundirse con los demás del fondo social; sus operaciones industriales y comerciales deben ajustarse a las reglas del derecho privado y, finalmente, estar excluídas en el manejo de sus bienes y recursos de las obligaciones que establece el artículo 37 del Decreto 3130 de 1968 para los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, de lo dispuesto por la ley orgánica del presupuesto, los Decretos 1050 de 1968 y 2887 del mismo año.

Circunstancias que conducen a concluir en que, por su naturaleza mixta y el giro comercial e industrial de sus actividades, su gestión no es "gestión fiscal", única razón admisible para excluírlas del control de la Contraloría, como se ve del análisis de ese concepto, distinguiéndolo de la gestión comercial e industrial en que se trabaja con financiación combinada de origen privado y público.

La expresión "gestión fiscal" empleada por la Constitución significa administración de fondos y bienes del Estado, entendido como el recaudo o percepción de fondos, la adquisición o enajenación de bienes, la ordenación de gastos e inversiones, y, en general, todas las operaciones comprendidas en los conceptos de administración y disposición de los recursos que integran el patrimonio del Estado. Solo hay, pues, gestión fiscal, en el caso de la administración de los bienes y fondos asignados a las entidades principales de la administración, Ministerios y Departamentos Administrativos, así como de los desmembrados del dominio de la Nación para conformar el patrimonio independiente, pero no propio, de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, integrados totalmente por bienes y fondos públicos, porque en ambos casos evidentemente se trata de recursos nacionales. Igualmente, hay control fiscal sobre los bienes y recursos fiscales que manejen entidades particulares, como en el caso citado de la Federación de Cafeteros.

Respecto de las sociedades de economía mixta no se puede afirmar lo anterior. Por ser sociedades y para serlo, es necesario que se constituya un fondo social por aporte de los socios pues no hay sociedad sin aportes, ni se es socio sin efectuar aporte al fondo social.

El capital así constituido es del dominio de la sociedad. Los socios le transmiten el dominio sobre lo aportado, a cambio de derechos o créditos representados en las respectivas acciones o títulos. Por tanto, los aportes hechos por el Estado a una sociedad de economía mixta, dejan de ser bienes nacionales, bienes del fisco, y su manejo no es gestión fiscal.

El acto mismo de hacer aportes a una sociedad de economía mixta es operación fiscal, sujeta a la supervisión de la Contraloría. Mas, una vez hecho el aporte, la gestión social, de naturaleza comercial e industrial, que se adelante con tales bienes, confundidos como están en un fondo común con los aportes de los accionistas particulares, no pueden ser objeto de control fiscal directo, pero sí de la supervigilancia estatal correspondiente a su naturaleza y a la de las actividades que desarrolla la sociedad de que se trate.

Sin que, por esto, queden desprotegidos los intereses fiscales del Estado, pues el control administrativo se establece en defensa de los accionistas, uno de los cuales es la Nación, y de la sociedad misma.

Lógicamente, sobre los derechos y títulos de acción y su producido, cabe el control fiscal de la Contraloría. Advirtiendo que, dicho control, como el de la inversión o aporte nacional a una sociedad de economía mixta, recae sobre la entidad que realiza esta operación y es tenedora de aquéllos, mas no sobre la gestión industrial o comercial de la sociedad.

Son estas las explicaciones que justifican y dan sentido a lo dispuesto por el Artículo 41 del Decreto 3130 de 1968.

Sexta. Marginalmente, hay que anotar que aunque el artículo 1o. del Decreto 166 de 1969 determina que el Instituto de Fomento Industrial es una sociedad de economía mixta, tal carácter no aparece suficientemente definido en los estatutos que se aprueban mediante dicho Decreto, por cuanto su artículo sexto simplemente autoriza que "los particulares, personas naturales o jurídicas y las entidades descentralizadas, podrán suscribir acciones del Instituto, previa reglamentación que deberá dictar la Junta Directiva", y en el artículo 8o., que trata de la composición de la mencionada Junta, no se prevé siquiera la representación de accionistas particulares.

En consecuencia, mientras no haya aportes particulares y la totalidad del capital sea de origen estatal, o el 90o/o del mismo sea oficial, estaríamos en presencia de una empresa industrial y comercial del Estado o de un establecimiento público, por no llenarse los requisitos del artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968.

CONCLUSIONES:

De lo anterior, se desprende:

a) Que sobre los organismos principales de la administración nacional, Ministerios, Departamentos Administrativos, hay control fiscal directo, total

y exclusivo, ejercido por la Contraloría General de la República, esto es, previo, perceptivo y posterior;

b) Que, igualmente, sobre la gestión fiscal de los establecimientos públicos y de las empresas comerciales e industriales del Estado, existe el mismo control, pero debe estar adecuado a la naturaleza de las actividades que desarrollan, cuando no se trata de entidades puramente administrativas, de modo que, en algunos casos solo puede ejercitarse el control posterior;

c) El control fiscal de las sociedades de economía mixta en las que que el Estado posea el 90o/o o más de su capital social, se ejerce en forma igual al de las empresas industriales y comerciales del Estado, como resulta de lo dispuesto por el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968;

d) Sobre las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga menos del 90o/o del capital social, no hay control fiscal directo de la Contraloría General de la República, porque no hay gestión fiscal propiamente dicha, quedando sus actividades subordinadas a la vigilancia administrativa de la correspondiente entidad estatal, y subsistiendo control fiscal solo respecto de la inversión misma en aquellas y el manejo de los títulos representativos de tales aportes, y

e) En el último de los casos citados, el auditor o revisor fiscal debe designarse por el procedimiento del Artículo 5o. de la Ley 151 de 1959.

Transcríbase al señor Ministro de Desarrollo Económico, como respuesta a su consulta.

Alejandro Domínguez Molina — Presidente de la Sala — *Alberto Hernández Mora* — *José María Marmolejo* — *Luis Carlos Sáchica.*

Edné Cohen Daza
Secretaria.

A I 1

CONSULTAS

MINISTERIO DE GOBIERNO

HACIENDA PUBLICA MUNICIPAL EN MATERIA DE PRESUPUESTO. *Falta de presupuesto expedido por el Concejo.* **No existiendo disposición legal y cuando tampoco exista acuerdo municipal que lo reglamente, si el Concejo no expide el presupuesto de rentas y gastos del Municipio deberá regir el proyecto presentado en la oportunidad legal por el Alcalde, y si éste no lo hubiere hecho, el presupuesto del año anterior, en las condiciones que establece el artículo 209 de la Constitución.**

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alberto Hernández Mora.*

Radicación número 532

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

"En los Concejos Municipales, se viene interpretando en forma acomodaticia, tal vez por falta de estructuración jurídica de los concejales, especialmente en las poblaciones o ciudades que carecen de mandos medios suficientemente capacitados, la Reforma Constitucional de 1968. Los mayores tropiezos tienen que ver con los presupuestos municipales, porque el artículo 209, antes de la Reforma estaba concebido en la siguiente forma: "Cuando el Congreso no vota la ley de Presupuesto para el correspondiente año económico, continuará vigente el Presupuesto del año anterior. . . ". La Reforma Constitucional de 1968, cambió, por decirlo así, la llamada dictadura fiscal, en los siguientes términos: "Si el Congreso no expidiere el Presupuesto, *regirá el presentado por el Gobierno.* "Solamente en el caso de que el Gobierno no presente Presupuesto, dentro de los plazos constitucionales, regirá el del año anterior. En cuanto a la Hacienda Municipal, el artículo 196 de la Constitución Ordinal 5o., dispuso que los Concejos expedirán anualmente el Presupuesto de rentas y gastos del Municipio, *con base en el proyecto presentado por el Alcalde.* Esta disposición que advierte muy específicamente que el Concejo debe actuar sobre la base del proyecto del Alcalde, es nueva. Surge entonces para algunos Concejos esta duda: Si no aprueban presupuesto, no obstante que el Alcalde presenta el proyecto del Ejecutivo, cuál presupuesto se pone en vigencia: Se adopta por decreto el proyecto presentado por el Alcalde al Concejo o se pone en vigencia el presupuesto del año anterior. Por interpretación analógica debería adoptarse el proyecto presentado por el Ejecutivo. Así se extendería a la órbita municipal el precepto nacional, pues antes de la Reforma de 1968 el precepto nacional se aplicaba en los municipios. Pero como la materia ha dado lugar a diversas interpretaciones que involucran además el período de sesiones de los Concejos, porque cuando las rentas ordinarias, en las pequeñas

poblaciones con presupuestos altos, pasan de cuatro millones los Concejos siguen el régimen de sesiones de las capitales de Departamento y de ciudades de más de cien mil habitantes, de allí que haya afán en esas poblaciones intermedias, de elevar rentas para poder sesionar cuatro veces en el año, por lo cual ruego a usted señor Ministro que con base en las inquietudes que dejo consignadas, se consulte al Consejo de Estado sobre el particular".

LA SALA CONSIDERA

La Constitución, en desarrollo de los principios democráticos en que se fundamenta el sistema de Gobierno, atribuye a las corporaciones de elección popular, Congreso, Asambleas y Concejos, establecer, para las colectividades territoriales que rigen, las rentas y los gastos de la administración. (C. N. artículo 76, ordinal 13, artículo 210, artículo 191, 197, ordinal 2).

Igualmente, por disposición constitucional, el Congreso, las Asambleas y los Concejos, deben expedir cada año, el presupuesto de rentas y gastos de la Nación, los Departamentos y los Municipios. (C. N. artículos 210, 187, ordinal 7, artículo 197, ordinal 5).

El artículo 206 de la Carta, señala la fuerza restrictiva del presupuesto.

"En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de Rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el de Gastos".

Atendiendo un concepto político y una necesidad administrativa, ha sido norma de nuestro régimen institucional, que aún en el caso de no expedirse el presupuesto por la corporación correspondiente, el manejo de la hacienda pública quede sometido de todas maneras a la fuerza restrictiva de un estatuto presupuestal.

La Constitución de 1886, que establecía la reunión del Congreso cada dos años, y la expedición del presupuesto para vigencias bienales, consagra así el principio, en el inciso 2o. del artículo 206.

"Cuando el Congreso no vote ley de presupuesto para el correspondiente bienio económico, continuará vigente el presupuesto del bienio anterior".

El Acto Legislativo No. 3 de 1910 dispuso que las Cámaras Legislativas se reunieran por derecho propio del 20 de julio de cada año, y ordenó la formación y expedición anual del presupuesto.

El texto transcrito sobre repetición del presupuesto, interpretado por el legislador en su nuevo alcance de vigencias anuales, fue modificado, conservando el mismo principio, en la enmienda constitucional de 1945.

El artículo 92 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, incorporó a la Carta la siguiente norma:

> "Cuando el Concejo no vote la ley de presupuesto para el correspondiente año económico continuará vigente el presupuesto del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir los gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio".

La reforma constitucional de 1968 continúa la misma orientación del constituyente de 1886, pero en consonancia con el nuevo criterio que la define de mayor control del ejecutivo sobre el gasto público, y con criterio administrativo más técnico y actual, dispone que si el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno y en su defecto el de la vigencia anterior, en las mismas condiciones establecidas por el texto modificado.

– II –

En relación con los presupuestos departamentales, puede observarse:

El Acto Legislativo No. 3 de 1910, artículo 55, impuso a las Asambleas la obligación de votar anulamente el presupuesto de rentas y gastos del respectivo Departamento.

En el Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 84, inciso 1o., esta atribución de las Asambleas quedó sometida a la reglamentación del Congreso al adicionar la reforma el texto vigente con la expresión "de acuerdo con las normas que establezca la ley".

El constituyente de 1968, al señalar las atribuciones de las Asambleas, modificó la norma anterior, pero dejó sometida la función presupuestal al reglamento de la ley.

Dice así el nuevo texto:

> **Artículo 187.** Corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas...
>
> "7o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales...".

El Congreso de 1945, en desarrollo de la reforma constitucional de ese año, en la parte correspondiente al artículo 189 de la Carta tal como fue adicionado, expidió la Ley 47 de 1945 que en materia presupuestal consagra

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA LTDA.

para los Departamentos idéntica norma a la adoptada para la hacienda nacional por el Acto Legislativo No. 1 de 1945.

Dice así la ley:

> **"Artículo 7o.** Cuando las Asambleas no voten la ordenanza de Presupuesto para el correspondiente año económico continuará vigente el presupuesto del año anterior, pero el Gobernador podrá reducir los gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio".

— III —

En cuanto al régimen de la hacienda municipal, en materia de presupuesto, son pertinentes las siguientes anotaciones:

Dispone la Constitución, artículo 196, según el texto del artículo 61 del Acto Legislativo No. 3 de 1910:

> "En cada Distrito Municipal habrá una corporación de elección popular, que se designará con el nombre de Concejo Municipal".

Comentando este precepto, dice el doctor Tascón, en su "Derecho Constitucional Colombiano", Pág. 353:

> "Los Concejos son corporaciones meramente administrativas y no políticas. La razón para que sean elegidos popularmente estriba en que ellos votan los impuestos que deban pagar los vecinos, decretan la destinación que a sus productos debe dárseles, y fiscalizan su manejo e inversión, actos en que el pueblo debe intervenir por medio de representantes de su elección, según los principios del régimen representativo y democrático".

En desarrollo del principio de centralización política y descentralización administrativa que orienta desde 1886 el sistema de Gobierno, ha sido atribución propia y fundamental de los Concejos, señalada por la Constitución, la de "ordenar", por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito, "votar en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenazas las contribuciones y gastos locales" y "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio", función esta última, que desde 1968, deben cumplir con base en el proyecto presentado por el Alcalde. (Constitución de 1886, artículo 199, Acto Legislativo No. 3 de 1910, artículo 62, Acto Legislativo No. 1 de 1945, artículo 87, Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 62).

El Constituyente de 1945, precisó que las atribuciones de los Concejos "se ejercerán conforme a la ley" precisión que subsiste en el actual texto constitucional.

La Ley 5a. de 1918 estableció las normas que rigen los presupuestos municipales, pero nada dispuso para el caso en que el presupuesto no sea oportúnamente expedido por el Concejo.

En los Códigos Fiscales de los Departamentos, que expiden las Asambleas, es corriente encontrar preceptos que regulan la organización, recaudación, inversión y control de la hacienda municipal, la formación, ejecución y fiscalización del presupuesto de los Municipios y normas para el caso de que los Concejos no lo expidan.

Con anterioridad a 1968 las reglamentaciones relativas al régimen presupuestal de los Municipios, originadas en las asambleas, podían encontrar su apoyo en la interpretación amplia del artículo 197 de la Carta, al disponer su ordinal 2o. que los Concejos voten las contribuciones y gastos locales "en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas".

Pero desde la reforma constitucional de 1968, que señaló como atribución independiente de los Concejos, para ejercerla "conforme a la ley" la de "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde", la competencia para dictar normas orgánicas del presupuesto Municipal corresponde al Congreso y no a las Asambleas.

En ausencia de reglamentación legal los Concejos deberán atenerse a los acuerdos que ellos mismo hayan dictado como orgánicos del presupuesto, en ejercicio de la atribución constitucional de "ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito". (C. N. artículo 197, ordinal 1o.).

Siendo la autonomía administrativa de los Municipios de emanación constitucional, solamente puede limitarse por la misma Carta, o por disposición de la ley o de las ordenanzas cuando la propia Constitución lo autorice y en las precisas materias que señale.

En el caso planteado en la consulta, ante el silencio de la ley y del acuerdo orgánico del presupuesto Municipal, para determinar la conducta de la administración resulta forzoso establecer la norma jurídica aplicable acudiendo a los principios generales que gobiernan el derecho constitucional y a los que determinan la integración del sistema jurídico, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidades propias del derecho público en el campo político y administrativo.

– IV –

1. Es concepto fundamental al Estado de Derecho que el Gobierno se vea obligado a actuar dentro de límites bien definidos en la ley.

De la idea que no hay seguridad para el individuo donde la administración no está regida por una norma jurídica, desprende nuestra constitución el principio de que a las autoridades administrativas no les es permitido sino aquello que les autoriza la ley. (C. N. artículo 20 y 63).

La noción del Estado de Derecho se plasma en este principio de imperativa aplicación cada vez que se trate de definir relaciones entre gobernantes y gobernados y de alindar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas.

En este campo las competencias de la autoridad se encuentran y deben encontrarse precisamente definidas por la ley, y lo que el constituyente o el legislador atribuye como función a una de ellas en particular, no puede extenderse por analogía a funcionario o corporación distinta.

El derecho constitucional y el derecho administrativo encierran el gran esquema de estructuras y competencias en las que se distribuye el ejercicio del poder público con la preocupación esencial de encontrar adecuado equilibrio en las relaciones del poder con los administrados.

2. Pero si la administración en sus relaciones externas debe atenerse estrictamente a las competencias señaladas en la ley, distinto razonamiento ha de seguirse en las relaciones internas de la administración y cuando esta se enfrente a su finalidad esencial de asegurar, en beneficio común, el funcionamiento y la continuidad de los servicios públicos que ha tomado a su cargo.

Entonces no son las seguridades individuales las que circunscriben la acción administrativa, sino el interés público el que exige su intervención.

Desde luego la Administración tiene que moverse siempre dentro del marco de la ley, pero en sus relaciones internas el principio de la legalidad debe conciliarse con la obligación y la urgencia de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, con la satisfacción del interés general, que es igualmente principio tutelar de la actividad administrativa.

Si en sus relaciones internas la ley señala a la administración pautas, la actividad administrativa se ceñirá al precepto legal. Ante el silencio de la ley, será necesario encontrar la norma jurídica aplicable, "en las leyes que regulen

casos o materias semejantes, y en su defecto en la doctrina constitucional y en las reglas generales de derecho", como señala el legislador en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

3. Son principios de nuestro derecho público la prestación regular de los servicios administrativos y que éstos se atiendan con los recursos y dentro de los ordenamientos y limitaciones establecidos por el Congreso, las Asambleas y los Concejos, que están obligados a expedir cada año el presupuesto de rentas y gastos de la respectiva colectividad territorial.

En lo nacional el constituyente ha previsto la omisión, y para el caso dispone que rija el presupuesto presentado por el Gobierno dentro del término constitucional, y en su defecto, el de la vigencia anterior, con la reducción en los gastos que aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio. (C. N. artículo 209).

Nada dice la Constitución para los Departamentos y Municipios, cuando las Asambleas y los Concejos no expiden el presupuesto.

El procedimiento establecido expresamente para la administración nacional es extensivo a la Administración Municipal, por tratarse de situaciones semejantes, y más aún cuando, como en este caso, la aplicación de normas jurídicas por analogía, satisface a doble finalidad de asegurar el funcionamiento regular de los servicios que presta la administración, y la de que la actividad administrativa se rija, no por los procedimientos discrecionales de la dictadura fiscal, sino conforme a normas legales.

La descentralización territorial, que es un mero procedimiento técnico en el manejo de la cosa pública, no cambia la naturaleza de la administración, que, en su esencia y finalidad, sigue siendo la misma en las diferentes colectividades regionales.

Por las razones expuestas, considera la Sala que, no existiendo disposición legal que se refiera al caso consultado por el señor Ministro de Gobierno y cuando tampoco exista acuerdo municipal que lo reglamente, si el Concejo no expide el presupuesto de rentas y gastos del municipio deberá regir el proyecto presentado en la oportunidad legal por el Alcalde, y si éste no lo hubiere hecho, el presupuesto del año anterior, en las condiciones que establece el artículo 209 de la Constitución.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno.

Alejandro Domínguez Molina — José María Marmolejo — Luis Carlos Sáchica — Alberto Hernández Mora.

Edne Cohen Daza,
Secretaria.

AI 11

CONSULTAS

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

INSTRUCCION PUBLICA. Competencias estatales de origen constitucional del Congreso y del Presidente de la República en esta materia.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D. E., mayo cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Luis Carlos Sáchica.*

Radicación número 548.

En Oficio No. 10025 de 15 de abril del presente, el señor Ministro de Educación Nacional, formuló la siguiente consulta:

"1. Qué funciones tiene el Estado en materia de educación? Que alcance o contenido pueden tener las normas que se expidan para desarrollar los artículos de la Constitución Nacional relacionados con la "reglamentación", "dirección", "vigilancia" e "inspección" de la instrucción pública y privada, entre otros los artículos 41 y 120, ordinal 12?

"2. Las funciones antedichas cómo se reparten o deben repartirse, detalladamente, dentro del Estado, entre el Congreso y el Gobierno? Cuáles son los límites de sus respectivas competencias?

"3. El titular de estas competencias –Congreso o Gobierno– es el mismo cuando se trata de educación oficial –atendida con dineros públicos y por personas públicas– o cuando, por el contrario, se trata de educación privada –sostenida con fondos privados y por personas privadas–, o cuando, en fin, se trata de educación mixta –costeada simultáneamente con dineros públicos y privados–?

"4. Lo relativo a la composición de los órganos directivos de las Universidades Oficiales, tanto nacionales como seccionales, sería, entonces, de competencia del Gobierno o del Congreso?

"5. El alcance y contenido de las funciones del Estado es el mismo en cada una de las tres hipótesis enunciadas en la cuestión tercera?

"6. En caso de que el Congreso hubiera legislado sobre una materia que, según el orden de competencias establecido en respuesta a las anteriores preguntas, fuese de competencia del Gobierno, podría éste ejercer esta competencia constitucional propia para modificar esas disposiciones de origen legislativo".

Para resolver la consulta,

LA SALA CONSIDERA:

Al analizar la primera de las competencias atribuídas al Presidente de la República en el campo educativo por el ordinal 12 del artículo 120 de la Constitución, o sea la de "reglamentar", es pertinente que se observe:

1. En abstracto, la facultad para reglamentar cualquier actividad, si se atiende al contenido material de esta función, a la fuerza vinculante, permanencia y generalidad de la normación en que se desarrolla, equivale a una competencia para formular reglas obligatorias, impersonales u objetivas, equiparable a la potestad legislativa.

2. La validez y contenido de un reglamento no depende, por tanto, de la forma adoptada para expedirlo (ley o decreto), ni del órgano que lo dicte (Congreso o Rama Ejecutiva), pues su naturaleza y alcances están determinadas por la competencia en que se funden.

3. En numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia y de este Consejo se ha establecido claramente que la potestad de reglamentación a que se refiere el ordinal 12 del artículo 120 citado, es distinta de la potestad ordinaria o común de reglamentación de la ley, prevista en el ordinal 3o. del mismo artículo, de la cual tampoco es una extensión, en razón de la materia específica sobre que debe versar la primera y de su naturaleza jurídica, ya que aunque ambas están asignadas al Presidente "como suprema autoridad administrativa", la segunda se ejerce condicionada por la ley que reglamenta, siendo su contenido sustancialmente el mismo del de ley, en tanto que aquella se desarrolla en un reglamento de los que nuestra jurisprudencia ha llamado "constitucionales" o "autónomos", limitados nada más que por la propia Constitución, de cuyos preceptos son regulación inmediata o directa.

Este Consejo, en fallo del 14 de noviembre de 1962, dijo:

> "Las anteriores premisas apoyadas en la letra y espíritu de la Carta, llevan necesariamente a estas conclusiones: no existe ordenamiento constitucional alguno que explícita o implícitamente confiera facultades al Congreso para regular la educación pública nacional, salvo en lo relacionado con el grado de obligatoriedad de la enseñanza primaria. Aquella función le está encomendada al Presidente de la República, quien debe ejercitarla por medio de reglamentos constitucionales".

4. Aceptado lo anterior, es forzoso deducir que cuando, como en el caso de la consulta, la función reglamentaria autónoma, materialmente equivalente a la legislativa, está otorgada a órgano distinto al Congreso, se trata de una competencia de ejercicio reservado a ese órgano y, por lo mismo, privativa, y excluyente de la posibilidad de una regulación normativa originada en la rama legislativa, pues no es lógico admitir la existencia

simultánea de la misma competencia en dos ramas diferentes del poder, consagrada como está entre nosotros la separación de funciones entre aquéllas y la prohibición de que sus órganos se interfieran, al tenor de lo dispuesto en los artículos 55 y 78 de la Carta Constitucional.

5. En consecuencia, es indubitable que la competencia de reglamentación de la instrucción pública perteneciente al Presidente, es el poder que corresponde a las facultades dadas al Estado por el artículo 41 de la Constitución para "procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos", complementada con las de dirección e inspección de las actividades docentes, que se traducen en la expedición de los actos y la ejecución de los hechos, es decir, en las actuaciones administrativas necesarias para verificar el cumplimiento de las normas reglamentarias que contienen las medidas adecuadas para la realización de aquellos objetivos. No se estima jurídico insertar artificialmente entre la atribución genérica dada por la Constitución al Estado y la competencia asignada al ejecutivo para su desarrollo, una potestad legislativa del Congreso, cuyo contenido específico no se podría distinguir del propio del reglamento, y estableciendo una dualidad de competencias sobre el mismo campo, sin dar pauta cierta para delimitarlas, haciendo confuso y conflictivo su ejercicio.

6. Sin embargo, la circunstancia de que la función normativa de la educación corresponda plenamente al Gobierno y, de consiguiente, excluya toda regulación legal en esa materia, no implica que el legislador carezca de competencia en otros aspectos de esta cuestión. Porque habiéndosele atribuído aquél solamente su regulación general, su dirección e inspeccción, lo que supone su previa existencia, en cambio, la creación, organización y promoción de los servicios educativos a cargo del Estado, y la protección y fomento de los que prestan los particulares, son asuntos de la órbita del Congreso, como resulta de lo prescrito en los ordinales 9o., 10o. y 20o. del artículo 76 de la Constitución, como también del inciso segundo del artículo 79 cuando estatuye que la creación de servicios a cargo de la Nación o su traspaso a ésta deben hacerse mediante ley, por iniciativa del Gobierno.

Asimismo, es atribución del Congreso, según el artículo 41 en mención, la de señalar en la ley el grado en que es obligatoria la enseñanza.

7. La facultad de reglamentación de que se está tratando no es, en sentido estricto, un caso ordinario de intervención. Las distintas formas de intervención que al Estado autoriza la Constitución, requieren el previo mandato legal, o sea, son intervencionismo de operancia condicionada. No así en el caso de la reglamentación educativa, donde la atribución es directa y

solo la subordina la misma Constitución, situación similar a la del ordinal 14o. del artículo 120, relacionada con el Banco de Emisión y las entidades de ahorro.

8. Si el Congreso pudiera legislar en materia educativa, para no invadir la competencia reglamentaria del Gobierno, debería limitarse al señalamiento de principios y pautas generales, los cuales ya están señalados en la Constitución, a más de que usurparía la función directiva de aquél, que envuelve el poder de indicar los fines y el sentido en que deben conducirse o encaminarse la instrucción.

9. Tratar de restar fuerza al poder autónomo reglamentario argumentando que la competencia presidencial del ordinal 3o. del artículo 120 está atribuída a éste en su condición de Jefe de la Administración y, que, por ello, solo puede ejercitarse dentro de la esfera de ese tipo de competencia, es desconocer la tendencia presidencialista de nuestro sistema constitucional la cual permite que, a pesar de la separación funcional (relativa y no rígida), el Presidente participe y aún promueva el ejercicio de las funciones asignadas a las otras ramas, mediante mecanismos de colaboración unas veces, y otras de sustitución o reemplazo, como en los casos del artículo 80, cuando el Congreso pierde su competencia en favor del Gobierno para que éste legisle sobre planes y programas de desarrollo económico y social, o en el caso de los decretos con fuerza de ley y vigencia permanente dictados en razón de la emergencia económica o social a que se refiere el artículo 122.

10. De otra parte, y en el mismo sentido, es necesario considerar:

a) Que el concepto de la función administrativa ha evolucionado, perdiendo su simple carácter de ejecutora de la ley, en condición subalterna, para convertirse en impulsora e iniciadora de la acción del Estado, transformándose en el eje del poder en todos los regímenes comtemporáneos;

b) Que, desde la reforma de 1968, las atribuciones presidenciales enumeradas en el artículo 120 le son asignadas ya no solamente como Jefe de la administración, sino también en su condición de "Jefe del Estado", y c): que, dentro del haz de facultades dadas al Presidente en el referido artículo, las de carácter típica y claramente administrativo, deben ser ejercidas por disposición expresa "de acuerdo con la ley", que es la fórmula allí uilizada, recorte que no aparece en el ordinal 12o. del mismo;

11. Si bien es cierto que el Congreso, en virtud del artículo 76 de la Constitución, está investido de la competencia general para "hacer las leyes",

dicha competencia está delimitada por la propia carta, pues, en este caso, su potestad legislativa está restringida por la competencia del Presidente para reglamentar la educación, campo en el cual carece de competencia para legislar. Recorte que es lógico en un sistema de colaboración, ya que la separación absoluta es impracticable, y la existente en Colombia ha de entenderse como el ejercicio preferente de una función por la respectiva rama, pero sin exclusividad. Entre nosotros no se puede decir que a cada rama corresponde una función, toda esa función y solo esa función.

12. Es claro que, también, la facultad reglamentaria del Presidente es limitada. Limitaciones que surgen de la misma Constitución. En primer término, del reconocimiento y garantía de la libertad de enseñanza del artículo 41, que de suyo supone la existencia de establecimientos docentes de origen privado, libertad académica, y autonomía para escoger la enseñanza que se quiera recibir. Además, las finalidades señaladas en la misma disposición a la actividad docente, o sea, que sus servicios, tanto oficiales como privados, tienen una finalidad social, y que la reglamentación ejecutiva debe enderezarse a su tecnificación, moralidad y desarrollo de todo lo que eleve y dignifique la persona del estudiante. Este poder no entraña, en consecuencia, la posibilidad de monopolización estatal de los servicios docentes, ni uniformidad total que excluya matices y modalidades que caractericen a los distintos establecimientos.

Con base en las anteriores consideraciones, esta Sala absuelve los interrogantes de la consulta, así:

a) En lo relacionado con la instrucción pública, las competencias estatales de origen constitucional están repartidas entre el Congreso y el Gobierno de la siguiente manera:

1. Al Congreso le corresponde, en general, la creación de los servicios docentes oficiales, directos o descentralizados, es decir, de aquellos cuya prestación deba o quiera asumir la Nación, así como autorizar el traspaso de los que deben quedar a cargo de ésta, fundándose en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 79 y el ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución, facultad que comprende la de organización de los instrumentos que deben atender los servicios creados o traspasados, así como la asignación de sus objetivos, de acuerdo con el artículo 41 del mismo estatuto. Esta competencia legislativa es aún más precisa, cuando los servicios educativos oficiales deban ser atendidos por organismos de los previstos en el ordinal 10o. del artículo 76, casos en los cuales es la ley la que debe no sólo crearlos sino darles sus estatutos básicos, vale decir: determinar sus órganos de Gobierno, las funciones globales de la entidad y de sus órganos, los medios y procedimientos de operación. El Congreso puede, además, a su criterio,

dictar las medidas de promoción y fomento de la instrucción oficial y privada, empleando las atribuciones del ordinal 20 del artículo 76 citado, dentro de sus precisos límites.

También corresponde al Congreso señalar por ley, según el artículo 41, en qué grado es obligatoria la enseñanza.

Asimismo, cabe la posibilidad de que el Congreso reglamente la manera como el Gobierno deberá ejercer sus facultades de inspección y vigilancia de la instrucción, por tratarse de funciones administrativas cuyo desarrollo ha de corresponder con la ley, en orden a salvaguardiar la libertad de enseñanza, los fines sociales de la cultura y los objetivos señalados a la docencia en el artículo 41, en la misma forma en que han sido reguladas legislativamente las facultades de inspección y vigilancia del Presidente a que se refieren los ordinales 15 y 19 del mismo artículo 120, sobre establecimientos de crédito, sociedades mercantiles e instituciones de utilidad común.

Debe, igualmente, tenerse en consideración que, como el artículo 76, ordinal 10o., otorga al Congreso potestad, para "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales", puede legislar sobre tales aspectos en lo tocante al servicio de instrucción, aspectos que son obviamente de índole administrativa y no normativa.

2. Al Gobierno competen dos facultades en este campo: una de carácter normativo, y otra de naturaleza administrativa.

La función normativa radica en la potestad para reglamentar la instrucción pública, expidiendo normas generales sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser otro que el de la adopción de las reglas a que deben ceñirse los servicios oficiales y privados de enseñanza para obtener la mejor formación técnica, académica, científica, profesional, ética, física y cultural de los estudiantes, ya que esa reglamentación tiene por fin hacer un desarrollo del precepto constitucional y, por tanto, de los medios eficaces para obtener los objetivos señalados a la instrucción en el artículo 41.

Además, el Gobierno tiene facultades para dirigir la instrucción pública, lo que equivale a conducir ese servicio hacia los objetivos antes enumerados y según los fines sociales aludidos en el artículo 41, y las facultades complementarias de vigilar e inspeccionar la instrucción, funciones que le permiten verificar el cumplimiento de los reglamentos, actuaciones todas de naturaleza administrativa.

Tanto las competencias del Congreso como las del Gobierno están condicionadas y limitadas por el respeto a la libertad de enseñanza reconocida y garantizada por la Constitución.

b) La titularidad de las competencias descritas antes, no varía por razón de que se ejerciten en relación con la educación oficial, la privada o la mixta, ni el contenido y alcances de tales competencias, dentro de los límites fijados, se modifica por tal razón aunque, es obvio, que la ingerencia estatal es mayor en los establecimientos docentes oficiales que en los particulares.

c) La composición de los órganos directivos de las universidades oficiales del orden nacional es materia de su ley orgánica, según lo dicho en el aparte primero de estas conclusiones, pues es asunto perteneciente al acto de su creación o a los estatutos, cuestiones que competen al Congreso; en cuanto a las seccionales, según los ordinales 1o., 5o y 6o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, deben ceñirse a lo que en esta materia disponga la ley, y

d) En caso de que el Congreso hubiere legislado sobre una materia que no le compete, de acuerdo con la distribución hecha en el aparte primero de estas conclusiones, si tal materia corresponde a la facultad de reglamentación autónoma que en materia de educación tiene el Gobierno, éste puede ejercerla, modificando las disposiciones de origen legislativo, pues, de lo contrario su competencia no sería autónoma.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional como respuesta a su consulta.

Alejandro Domínguez Molina — Presidente — *José María Marmolejo* — *Alberto Hernández Mora* — *Luis Carlos Sáchica.*

Edne Cohen Daza
Secretaria.

SALVEDADES AL CONCEPTO ANTERIOR

Con el respeto que siempre me merecen las opiniones de mis distinguidos colegas de Sala, debo formular al concepto anterior algunas salvedades, porque aunque coincido en parte de sus conclusiones, llego a ellas por un camino distinto y en doctrina opuesto al seguido por el Doctor Sáchica en la interpretación constitucional.

Coexisten en la Carta política dos textos en materia de educación pública que han dado lugar a interpretaciones contrarias en cuanto a las competencias del Presidente de la República y del Congreso Nacional para legislar en materias educativas

Ellos son:

> **"Artículo 41.** Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá sin embargo la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.
>
> "La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley (Artículo 41 del Acto Legislativo número 1 de 1936).
>
> **"Artículo 120.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa.
>
> " .....
>
> "12. Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" (el ordinal corresponde a la Constitución de 1886).

En la interpretación de estos textos se han definido dos tendencias:

Una, que ateniéndose al sentido literal de lo dispuesto en el artículo 120, ordinal 12, sin consideración de su alcance político, da competencia exclusiva al Presidente para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" y excluye la intervención del Congreso en estas materias, haciéndole, no obstante, la concesión de "decretar medidas referentes a la instrucción pública, siempre que ellas no constituyan actos de reglamentación, dirección e inspección", y encuentren apoyo constitucional en autorizaciones expresas de la Carta.

La otra orientación, que ha seguido la Corte en repetidos fallos, encuentra en el artículo 41, competencia constitucional propia y exclusiva del Congreso,

como órgano legislativo del Estado, para reglamentar la educación pública nacional con los fines de intervención señalados en el mencionado precepto. Partiendo en primer lugar de la competencia del Congreso define la que pueda corresponderle al Presidente derivada del ordinal 12 del artículo 120.

El concepto de la Sala se inspira en la primera tendencia en su planteamiento más radical.

Considero, con la interpretación que ha predominado en la Corte desde 1952, que para definir competencias en materia de educación pública, debe considerarse primordialmente el precepto del artículo 41 de la Constitución.

Pero me separo del razonamiento de la Corte en cuanto encuentra en el ordinal 12 del artículo 120, límites jurídicos, así sean lejanos, a la potestad reglamentaria del legislador.

Coincido en este aspecto, plenamente, con los alcances que en su tiempo dieron al artículo 41, en muy claros y razonados conceptos, el Doctor Aníbal Cardozo Gaitán, como Magistrado de la Corte, y el Doctor Mario Aramburo, como Procurador General de la República.

En la forma más esquemática posible señalaré las razones de mi disentimiento:

1. Todo estatuto constitucional es primordialmente expresión de una tendencia filosófica y de un criterio político que define las relaciones del poder público con los gobernados.

En concepto anterior dijo la Sala:

> "En la Constitución Colombiana los derechos y las libertades individuales que proclama la Carta en su Título III no son una barrera infranqueable ante las conveniencias públicas.
>
> "Ellos ceden pero por los caminos que la misma Constitución señala para que el individuo al someter al interés de la comunidad sus más preciados bienes, la libertad, la intimidad de su domicilio y su correspondencia, la propiedad y demás prerrogativas que se le reconocen como persona humana, se sienta protegido por la ley como expresión de la voluntad popular, por la independencia de la autoridad que la aplica y por los procedimientos que garanticen su defensa.
>
> "Es en esta intención doctrinaria e institucional donde debe buscarse el sentido verdadero de la división de las funciones del poder público en diferentes órganos y el de la mención que preceptos constitucionales del título III hacen de la autoridad judicial "o de la autoridad competente".

"La interpretación de estos preceptos constitucionales, como toda disposición constitucional, no puede empobrecerse sometiéndola al mezquino cerco de su expresión gramatical. No todo el derecho está en la norma. Esta que es una verdad elemental en todos los planos del ordenamiento jurídico, es inexorable realidad en el sistema constitucional de una nación.

"Más allá del texto aislado está el conjunto de las disposiciones de la Carta y sobre ellas las fuentes filosóficas y doctrinarias que inspiraron al constituyente en la intención de crear un instrumento idóneo para gobernar dentro de los mismos conceptos políticos una sociedad que evoluciona.

"La norma constitucional de separación de funciones es uno de aquellos principios que domina la estructura del sistema de Gobierno de la Nación. Históricamente se le concibe como un reverso contra el despotismo, dentro de la técnica jurídica es un precioso medio para garantizar el estado de derecho y su observancia idea preponderante en la protección de las libertades individuales". (Concepto de noviembre 5 de 1968).

2. El ordinal 12 del artículo 120, es texto original de la Constitución de 1886 y debe entenderse en concordancia con el artículo 41 del mismo estatuto.

El constituyente de ese año se inspiró en el concepto de la escuela dirigida por determinadas creencias filosóficas y religiosas.

Decía así el artículo 41:

"La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la religión católica.

"La instrucción primaria costeada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria".

Definida políticamente, en la propia Carta, la educación pública, oficial o particular, como actividad "dirigida" a determinados fines que se consideraban de interés social, era natural consecuencia dar al Presidente, como suprema autoridad administrativa, la facultad de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la educación pública" principalmente para que se ajustara al precepto confesional del artículo 41, que entonces fue, en estas materias, preocupación manifiesta del constituyente.

No obstante, esta facultad con tanta amplitud conferida al Presidente, no impidió en la práctica la intervención del Congreso en materias educativas, no sólo para crear servicios, que sería competencia orgánica de la instrucción pública oficial, sino también en aspectos reglamentarios, atinentes a la educación misma, como lo ha venido haciendo desde que dictó la Ley 39 de 1903.

3. En la reforma de 1936 se incorporó a la Carta una nueva orientación filosófica y política en materia de educación pública:

a) La libertad de enseñanza, como principio fundamental, que completaba el repertorio de libertades individuales proclamadas por el sistema democrático de Gobierno, acogido por la Constitución de 1886;

b) La intervención del Estado en la educación pública, oficial o privada, como limitante de la libertad de enseñanza que se reconocía, principio que en forma expresa se aplicó igualmente a otras libertades en la misma reforma;

c) La finalidad social de la cultura, que el Estado debería procurar con su intervención y vigilancia.

4. El texto incorporado en la reforma de 1936 encierra un principio básico en el sistema constitucional, de aquellos que como los demás que señalan las libertades públicas y los mecanismos de su protección se proyectan sobre la Carta Política en su integridad y, forzosamente, modificó el ordinal 12 del artículo 120 en su contenido y alcance.

Resulta imposible admitir que al cambiar radicalmente la orientación doctrinaria, al pasar de la escuela dirigida a la escuela libre, permanezcan incólumes los instrumentos jurídicos creados para administrar el sistema que se elimina.

El ordinal 13 del artículo 120 (hoy 12) fue en la Constitución de 1886 un complemento instrumental o de ejecución del artículo 41, con un alcance definido por éste como precepto sustantivo.

Aunque el texto del ordinal 12 subsista igual, al consagrar la reforma de 1936 principios opuestos a los anteriores, el ordinal 12 quedó desmantelado y cambió de contenido jurídico.

No puede admitirse, por ejemplo, tomando el texto en su sentido literal, que el Presidente pueda tener, con posterioridad a la reforma de 1936, facultad alguna para "dirigir" la enseñanza oficial o privada en su contenido conceptual.

Dice el Doctor Tascón en su Derecho Constitucional, comentando el artículo 41: "Esa intervención del Estado en la enseñanza la reclamaba el Presidente Nuñez con fines muy distintos o contrarios a los que tuvo en mientes el reformador de 1936".

Tampoco puede hablarse del poder reglamentario autónomo del Presidente, como atribución limitante de la del Congreso. El artículo 41 hizo titular de la intervención en materias educacionales al Estado, y dentro del Estado la función legislativa la tiene en primer lugar el Congreso.

Esto que es claro en los textos constitucionales, tiene además, un fuerte respaldo en la doctrina. El Estado interviene para limitar una libertad, y la limitación de las libertades es por esencia en los conceptos democráticos de Gobierno, función de la ley en sentido formal, es decir del Congreso.

5. Conforme a la Constitución, artículo 41, el Estado tiene la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

Frente a la libertad de enseñanza la intervención del Estado implica una definición política y una operación administrativa. Señalar los fines sociales de la cultura y las orientaciones básicas de la educación son funciones propias del legislador que en el fondo implican una limitación al principio absoluto de libertad de enseñanza. Corresponde a la ley decir cuáles son estos fines y señalar los medios conducentes a la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos. En su función normativa el legislador puede ir, respetando el principio de la libertad de enseñanza, hasta donde lo considere necesario y conveniente y lo permita la naturaleza misma de la actividad reglamentada.

El Congreso encontrará un límite a su intervención, pero no jurídico, sino en la naturaleza misma de la función legislativa y en su capacidad reglamentaria frente a actividades que exigen definiciones técnicas sometidas a procesos contínuos de rectificación y perfeccionamiento.

6. Las facultades del ordinal 12 del artículo 120 deben entenderse dentro del nuevo marco y contenido que les señaló el constituyente de 1936. No es propio a la correcta interpretación constitucional, desconocer la trascendencia y significado de la enmienda de ese año, haciendo prevalecer textos que, por anteriores, sufrieron los efectos jurídicos de la reforma, tanto en la competencia que señalaban al Presidente como en los instrumentos jurídicos que le ofrecían.

La competencia administrativa del Presidente para "reglamentar" con autonomía la instrucción pública nacional que subsiste en el ordinal 12 del artículo 120 de la Carta, no es, después de 1936, limitante sino complementaria y adicional a la del Congreso. La capacidad normativa autónoma que le corresponde comienza donde termina la ley, no puede

ejercerse en lo ya reglamentado por la ley y, en todo caso, está limitada por ciertas competencias que son propias y exclusivas del legislador.

Con posterioridad a la enmienda constitucional de 1936, en la confrontación de los artículos 41 y 120 de la Carta, lo que cabe preguntarse no es qué puede hacer el Congreso sino qué incumbe al Presidente para dar cumplida ejecución a la ley dictada, para complementarla en lo no regulado por ésta o para suplirla cuando falte. Y además, qué cosas no puede hacer el Presidente por ser privativas del Congreso, como sería señalar los fines sociales de la cultura, lo que implica una decisión política propia y exclusiva de la ley.

7. Las funciones del Presidente y la delimitación de su competencia para reglamentar la instrucción pública, las explicaba así, en opiniones que comparto, el Doctor Aníbal Cardozo Gaitán, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, al anotar un fallo de la Corporación, en 1966.

> "El estatuto fundamental da al Presidente la atribución de reglamentar la instrucción pública. Con base en esta facultad puede dictar reglamentos en educación llamados "autónomos" en cuanto emanan directamente de la Carta, distintos de los decretos simplemente reglamentarios que expida para la ejecución de las leyes. Tal atribución coincide con la que tiene el Congreso, como una de las ramas del Estado, de ejercer la suprema inspección y vigilancia de todos los institutos docentes. Esta función legislativa no puede negarse al Congreso, como tampoco la que en el mismo punto le compete al Presidente. Entonces, es necesario armonizar el uso de aquellas facultades.
>
> "Se comprende que ejercida la potestad legislativa del Congreso, en la forma antes indicada, la acción del Presidente para "reglamentar" la materia educacional se cumplirá teniendo en cuenta las disposiciones del poder legislativo, cubriendo libremente todo aquello que aquél haya dejado sin estatuír. De esta suerte la autonomía del Presidente se halla condicionada a los mandatos del legislador, que señalen los fines sociales de la cultura o los medios para lograr la mejor formación intelectual, moral y física.
>
> "Hay pues dos ordenaciones constitucionales que conceden atribuciones iguales o análogas al Congreso y al Presidente de la República. El empleo de estas atribuciones debe hacerse respetando cada rama del poder público las facultades concedidas a la otra por la Constitución.
>
> "Coexistiendo en la Carta las disposiciones del artículo 41 y del 120, ordinal 13, es necesario interpretar y aplicar tales preceptos, sin pretender que uno de ellos solamente regula la materia. Se cae en error si se niega al Congreso el poder legislar dentro del ámbito del artículo 41. Cuando esta norma constitucional no se había expedido, o sea antes de 1936, el ordinal 13 artículo 120 del estatuto, tenía plena y exclusiva vigencia. Conforme a ella no fue discutible antes de aquel año, que el Presidente de la República tenía sin limitación, la atribución de reglamentar la

instrucción pública nacional. Expedida la reforma consagrada hoy como la norma en el artículo 41, no es posible prescindir de este precepto en cuanto le confiere al Congreso la potestad legislativa en materia educacional, con el alcance que antes se ha explicado.

"....

"Acorde con este criterio es imprescindible atender a las normas constitucionales que reconocen al Congreso la atribución de legislar en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la formación intelectual, moral y física de los educandos. Esta función legislativa es de carácter sustantivo y abarca toda la materia educacional. Al Presidente de la República no se le otorga semejante atribución, conferida al Congreso".

Alberto Hernández Mora

Mayo 13 de 1971. En comunicación de mayo 6 de 1971 fue autorizada por el Señor Ministro de Educación Nacional la publicación del concepto.

J. Chaparro de Rojas

4 TL 6

CONSULTAS DEL GOBIERNO

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD

PRIMA DE ANTIGUEDAD. Procedimiento para su liquidación. Decreto 2285 de 1968.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y de Servicio Civil – Bogotá, D.E., mayo trece de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alejandro Domínguez Molina.*

Ref: Consulta. Expediente número 538.

El señor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad formula a la Sala la consulta siguiente:

"Con toda atención me permito dirigirme a usted para solicitarle, si es posible, que por conducto de los miembros de la Sala se determine el procedimiento a seguir en los casos que a continuación expongo y que tiene relación con la liquidación de la prima de antigüedad de que trata el Decreto No. 2285 de 1968, con el propósito de que dicho procedimiento sea el que debe aplicar la Pagaduría General de la Institución para solucionar los múltiples inconvenientes que al respecto se han presentado.

"Según lo dispuesto en la parte final del artículo 4o. del Decreto 2285 ya citado, "cuando un empleado pase de un cargo a otro con sueldo de ingreso diferente, la antigüedad, para los efectos de la prima de que trata el inciso precedente, comenzará a contarse a partir de la fecha de la toma de posesión del nuevo empleo, con prescindencia del tiempo servido en el cargo anterior.

"Por medio del Decreto No. 3184 de 1968, se determinó la Planta de Personal de este Departamento Administrativo y a ella se incorporó la mayoría del personal que venía prestando sus servicios y se nombró el personal necesario para ocupar los nuevos empleos.

"Con fecha 27 de noviembre de 1969 el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 2031, por medio del cual se modificó la clase y categoría de algunos empleados del Departamento se Seguridad. En el artículo 3o. de dicho Decreto se determinó que para los efectos legales, los funcionarios que en este momento ocupaban los cargos a los cuales se les modificó la clase y categoría quedaban automáticamente incorporados a los mismos; no requerían nombramiento ni posesión y sólo pagarían el impuesto de timbre nacional equivalente a la diferencia de remuneración en cada caso.

"Tal como se consagra en el texto de dicho Decreto, fue necesario cambiar, en algunos casos, la denominación del empleo para lograr el aumento remunerativo,

acomodando la categoría a los diferentes cuadros administrativos, sin que tal hecho implique cambio o aumento de funciones o de responsabilidades, ya que éstas se hallan determinadas desde tiempo atrás en el estatuto orgánico de la Institución (Decreto No. 3169 de 1968).

"Se cita como ejemplo el caso de la Inspección General en que los Investigadores Especiales, categoría 20, planta prevista en el Decreto No. 3184 de 1968, pasaron a Inspectores Generales de Seguridad, categoría 25, cumpliendo las mismas funciones y atribuciones que como Investigadores les correspondía; o el de Jefes de Oficinas Seccionales de Seguridad I–21 y 11–22, que pasaron a Jefes de Oficina II–22 y III–24, respectivamente.

"La Auditoría Fiscal de la Contraloría General, de la República ante el Das y la Pagaduría General, conceptuaron que no debía tenerse en cuenta el tiempo anterior para la liquidación de prima de antigüedad con el criterio de que se trataba de un cambio de cargos con sueldos de ingreso diferentes. Algunos empleados no han aceptado este criterio y han formulado las reclamaciones respectivas, sin que hasta el momento se haya podido solucionar la situación, porque además, no se ha logrado obtener un concepto claro y uniforme de las autoridades del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

"Me permito acompañarle copia del Decreto No. 2031 y con carácter devolutivo las notas presentadas por el señor Jefe de la Oficina Seccional *"DAS"* Bolívar y el Inspector General de Seguridad *José Yebrail Puentes Núñez. . .".*

Considera la Sala:

El Decreto Legislativo número 2285 de 1968, fijó el régimen de clasificación y remuneración de los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, disponiendo en su artículo 1o. que tales empleos se clasificarían "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", y que "las clases que así se formen serían agrupadas en series"

Definió el mismo Decreto en su artículo 2o:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural; por clase, el grupo de empleos sustancialmente similares en sus funciones, identificados por la misma denominación, remunerados con igual sueldo básico y para cuya provisión se exigen iguales calidades; y por serie, el conjunto de clases similares en cuanto a la naturaleza del trabajo, pero diferentes en cuanto al grado de responsabilidad, complejidad y dificultad de sus funciones.

"Parágrafo. Cuando las necesidades del servicio exijan la variación sustancial y permanente de las funciones de un empleo, éste será reclasificado mediante decreto".

El artículo 3o. del Decreto citado dispone que "la ley establecerá la nomenclatura correspondiente a las clases y series de empleos", y, en cuanto al sistema de remuneración dijo en su artículo 4o:

> "La remuneración básica de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias será la que corresponda a la clase que se le asigne. Las clases se ordenarán en forma ascendente según su categoría.
>
> "Las categorías de la Escala de Remuneración que se señalan en el artículo siguiente contienen una columna correspondiente al sueldo de ingreso, el cual se percibirá durante los dos primeros años, y dos columnas conformadas con el sueldo de ingreso más un aumento por concepto de prima de antigüedad, las cuales se aplicarán a los empleados que permanezcan en el mismo cargo durante los años subsiguientes, así: al inciar el tercer año pasarán a la primera columna de Prima de antigüedad, y a la segunda, del quinto año en adelante.
>
> "El tiempo para el reconocimiento de la prima de antigüedad respecto a los empleados que se encuentren en ejercicio a la fecha de aplicación del presente decreto, se computará desde el primero de enero de mil novecientos sesenta y ocho y se concederá con base en el sueldo de ingreso correspondiente a la clase a la cual se asigne el cargo que siga desempeñando o entre a desempeñar el empleado, conforme al decreto reorgánico de la respectiva entidad.
>
> "A quien ingrese al servicio con posterioridad al presente Decreto, el tiempo para el reconocimiento de la prima de antigüedad se comenzará a contar a partir de la fecha en que tome posesión de su cargo.
>
> "Cuando el empleado pase de un cargo a otro con sueldo de ingreso diferente, la antigüedad, para los efectos de la prima de que trata el inciso precedente, comenzará a contarse a partir de la fecha de la toma de posesión del nuevo empleo, con prescindencia del tiempo servido en el cargo anterior".

En uso de las facultades conferidas en la Ley 65 de 1967 y en desarrollo del artículo 3o. del Decreto 2285 antes citado, se estableció por el Decreto legislativo 3191 de 1968 la nomenclatura para las series, clases, categorías y sueldos de ingreso de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, agrupándose las series "en clases ordenadas en forma ascendente o identificadas por números romanos, correspondiendo el número uno (1) a la clase inicial, excepto en las series integradas por una sola clase", e indicándose en números arábigos "la categoría de la escala de remuneración establecida en el artículo 5o. del Decreto 2285 de 1968".

Y mediante el Decreto 3184 de la misma fecha (diciembre 27), se señaló la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad con indicación de los cargos por su número, clase y categoría, encargados de

ejercer las funciones propias de las distintas dependencias, según la reorganización dada a dicho Departamento por el Decreto Legislativo 3169 de 1968 (diciembre 26).

Mas, diciendo proceder "en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 21o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y dentro de las normas previstas en los Decretos Leyes números 2285 y 3191 de 1968", el señor Presidente de la República, con las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Público y de los Jefes de los Departamentos Administrativos de Seguridad y del Servicio Civil, dictó con fecha 27 de noviembre el Decreto 2031 de 1969, "por el cual se modifica la clase y categoría de algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad".

Entre los empleos ("empleados" dice el Decreto) cuya clase y categoría se modifican se pueden destacar los siguientes, como ejemplos: En la "Jefatura del Departamento" se cambia el cargo de la clase "Oficial de Seguridad" Categoría 19 por el de la Clase "Secretario Privado I", Categoría 21; en la "Inspección General", el cargo de la Clase "Inspector General de Seguridad" Categoría 25, por el de la Clase "Jefe de Oficina VI" Categoría 28, y los 4 cargos de la Clase "Investigadores Especiales" Categoría 20, por 4 cargos de la Clase "Inspectores Generales de Seguridad" Categoría 25; en la "Planta de Investigadores" se cambian los 25 cargos de "investigadores Especiales" Categoría 20, por 25 cargos de la Clase "Inspectores Generales" Categoría 25, y en la "Oficina Jurídica" se cambia el cargo de "Abogado Especializado III" Categoría 25, por el de la Clase "Jefe de Oficina V" Categoría 27.

Si los empleos se clasifican "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", como lo ordena el artículo 1o. del Decreto 2285 de 1968, es indudable que el cargo de la Clase "Oficial de Seguridad" no puede ser el mismo que se denomina "Secretario Privado", que el que el que se llame "Inspector General de Seguridad" no es el de "Jefe de Oficina VI", que el de "Abogado Especializado" no es igual al de "Jefe de Oficina V", porque las funciones de los unos y de los otros tuvieron que ser diferentes para que se les agrupara, como lo hizo el Decreto Legislativo 3191 de 1968, en series y clases distintas. La reclasificación de empleos se hace "cuando las necesidades del servicio exijan la variación sustancial y permanente de las funciones de un empleo", según el Parágrafo del artículo segundo del Decreto Legislativo 2285 de 1968, lo que quiere decir que no hay lugar a reclasificar un empleo cuando no varían las funciones que se tuvieron en cuenta para asignarlo a una clase determinada.

Ahora bien, como la ley es la que fija "las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos", según el numeral 9o.

del artículo 76 de la Constitución Nacional, y a ella se sujeta el ejercicio de la facultad que se confiere al Presidente de la República en el numeral 21 del artículo 120 de la misma Constitución, dictados los Decretos Legislativos 2285 y 3191 de 1968 en los cuales se fijó el régimen de clasificación de los empleos y las escalas de remuneración, dicha facultad presidencial quedó sujeta a esas normas legales.

En el caso del Decreto 2031 de 1969, a que se refiere la consulta no hay duda de que lo que se hizo fue un cambio de cargos con sueldos de ingreso diferentes y que, por consiguiente, le es aplicable el inciso final del artículo cuarto del Decreto 2285 mencionado, para el cómputo de la antigüedad en el servicio. La consulta reconoce que se hizo un cambio de denominación para mejorar los sueldos, pero "sin que tal hecho implique cambio o aumento de funciones o de responsabilidad". Mas, a esto debe observar la Sala que habiendo señalado el Decreto Legislativo 3191 de 1968 las series, clases, categorías y sueldos de ingreso de los empleos "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", al hacerse el cambio de unos empleos por otros de diferentes clases y categorías, se ha pasado sencillamente a los empleados que los desempeñan, de unos cargos a otros con sueldos de ingreso diferentes, sometiéndolos para el reconocimiento de la prima de antigüedad a lo que dispone el inciso final del artículo cuarto del Decreto 2285 de 1968.

Transcríbase lo expuesto al senor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, como respuesta a su consulta.

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

Julieta Chaparro de Rojas
Secretaria.

Publicación autorizada Oficio No. 01570 de julio seis de mil novecientos setenta y uno. Del Departamento Administrativo de Seguridad. Enviada a la Relatoría Oficio 110 de julio veintisiete de mil novecientos setenta y uno.

A 19

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

FUNCION PUBLICA. Clasificación de los servidores del Estado y naturaleza del vínculo que tienen con sus distintas entidades. Criterios de distinción de la Reforma Administrativa de 1968.

INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL. Naturaleza jurídica. Condición general de sus servidores: Gerentes, Subgerentes y demás empleados.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D. E., mayo veintiséis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Luis Carlos Sáchica.*

Radicación número 562.

El señor Ministro de Desarrollo Económico ha sometido, en Oficio número 1322 del 10 de mayo del año en curso, la siguiente consulta:

"1. Tienen los subgerentes del Instituto de Fomento Industrial (IFI) y los demás trabajadores del mismo el carácter de empleados públicos o, de no ser así, el de trabajadores oficiales? .

"Ha sido objeto de muchas controversias la naturaleza del vinculo jurídico que une a los servidores oficiales con los organismos donde trabajan. El artículo 4o. del Decreto 2127 de 1945 sentó unos criterios que fueron luego objeto de distintas interpretaciones. Parece haber sido la intención de la reforma administrativa de 1968, cumplida por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido por la Ley 65 de 1967, la de sentar algunas reglas en la materia según se observa del texto del artículo 5o. del decreto extraordinario 3135 de 1968 que a la letra dice: "Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sinembargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

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

"Del texto anterior se puede colegir que el decreto en cuestión hizo una doble clasificación en empleados públicos y trabajadores oficiales respecto de los

trabajadores de las dependencias o entidades allí señaladas y que utiliza un criterio orgánico, es decir, para deducir la calidad del vínculo toma en cuenta la naturaleza jurídica del cuerpo (establecimiento público o empresa industrial y comercial).

"De otra parte, el Instituto de Fomento Industrial fue creado por el Decreto Extraordinario 1157 de 1940 y se previó, al lado del capital estatal, la participación de capital privado. En la actualidad la cuota de capital de la Nación asciende al porcentaje de 99.7o/o.

"De acuerdo con las definiciones contenidas en los primeros artículos del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 correspondería al Instituto de Fomento Industrial la categoría jurídica de sociedad de economía mixta que le dan sus estatutos, más según la previsión del artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968 la composición del capital del Instituto determina un régimen de empresa industrial y comercial del Estado, por lo cual el principio general sería la condición de trabajador oficial y la excepción la de empleado público según lo dispongan los estatutos de la organización (Decreto 166 de 1969 que solamente reconoce esta condición al Gerente del Instituto).

"2. A los subgerentes del Instituto de Fomento Industrial les es aplicable lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968?

"El precepto citado dice lo siguiente: "Los empleados o funcionarios públicos no podrán recibir remuneración por más de dos (2) Juntas o Consejos Directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación".

"La presencia de personas vinculadas a dependencias oficiales o a entidades descentralizadas en Juntas o Consejos directivos puede obedecer a varias circunstancias. Puede ocurrir que la Ley al crear un orgnismo disponga que forme parte de su Junta directiva quien desempeña determinada posición de dirección en una entidad oficial, como la Ley que determina la composición de la Junta directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por ejemplo, o autorice al titular de ese cargo a delegar en otra persona la participación en la junta o consejo directivo. A estas dos hipótesis se refiere expresamente el artículo 26 del Decreto 3130 invocado. Más puede presentarse otra situación: la de persona que trabaja en un arganismo y que es elegida a la junta directiva de otro en el cual el primero tiene participación de capital; en este evento la persona en cuestión forma parte de una junta directiva no por mandato legal, ni por delegación, sino por elección que haya podido hacer una asamblea de accionistas o de socios conforme a las normas que regulan la actividad del segundo organismo y en virtud del capital que en este último tiene el primero y el cargo que desempeña la persona escogida.

"Esta hipótesis se presenta respecto de subgerentes u otros funcionarios del Instituto de Fomento Industrial en virtud que de (sic) por ley éste tiene la misión de promover la creación de empresas lo cual realiza vinculando capital y dando origen a nuevas personas jurídicas en cuyas directivas aquellos pueden tomar asiento por elección que hagan las asambleas de accionistas o juntas de socios.

"El interrogante que me he permitido plantear ante la Honorable Sala de Consulta consiste en saber si es aplicable a tales servidores del Instituto de Fomento Industrial el artículo 26 del Decreto 3130 o no, siempre y cuando que ellos tengan el carácter de empleados públicos pues la norma no parece referirse a aquellos que sean calificados como trabajadores oficiales.

"3. Existe alguna norma distinta que impidiera a los servidores del Instituto de Fomento Industrial participar en juntas directivas cuando han sido elegidos por asambleas o juntas de socios de empresas en que aquel tiene vinculado capital y recibir remuneración por su asistencia a ellas"?

Para resolver la consulta, la Sala considera:

– I –

Aparentemente, y así lo afirma la consulta, el criterio de la reforma administrativa de 1968 en cuanto a la clasificación de los servidores del Estado y la naturaleza del vínculo que tienen con sus distintas entidades, fue el orgánico.

En efecto: en el artículo 5o. del Decreto 3135 de dicho año, se determinan como reglas para esa clasificación las de que las personas que prestan sus servicios a los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y los Establecimientos Públicos, son empleados públicos, y que quienes atienden las funciones de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Parece, pues, que el carácter del órgano determina el de sus servidores.

Sin embargo, ese criterio no es único ni el determinante del carácter del servidor y de sus relaciones con el ente al que sirve.

Porque, en primer término, debe tenerse en cuenta que la propia disposición citada, al establecer excepciones a las reglas que sienta, introduce un criterio diferente, al definir que "los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales", aunque presten sus servicios en organismos del primer grupo indicado, y al preceptuar que los estatutos de las empresas industriales y comerciales "precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

En estas dos prescripciones el legislador aplicó el criterio de que es la naturaleza de la actividad desempeñada la que, en estos casos, califica al agente, y su situación legal y reglamentaria o contractual, independientemente del carácter del órgano a que sirve.

Asimismo, debe advertirse que la clasificación general en empleados públicos y trabajadores oficiales que hace el Decreto 3135 no es ajena a la naturaleza de las actividades específicas de los dos grupos de organismos a que se refiere. Porque, de acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968, Ministerios y Departamentos Administrativos, son organismos principales de la administración, y los establecimientos públicos y las superintendencias les están adscritos, lo que vale decir que forman el conjunto de los organismos dedicados exclusiva o preferencialmente a tareas de tipo puramente administrativo, como resulta para los dos primeros de su definición constitucional, y para los segundos de la ley; puesto que las superintendencias, al tenor del artículo 4o. del Decreto en mención "cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa", y los establecimientos públicos, según el artículo 5o. del mismo Decreto son organismos "encargados principalmente de atender funciones administrativas".

En tanto, que las empresas industriales y comerciales del Estado, conforme al artículo 6o. del Decreto que se viene comentando, son tales, por ocuparse de las actividades que indica su nombre, siendo, por ello, su régimen el de derecho privado, y en cambio, el de los entes del primer grupo, el de derecho público, acorde con su actividad administrativa.

No se puede, pues, afirmar rotundamente que el criterio organicista es el que domina la cuestión planteada.

Ahora bien. El IFI es, por definición legal, una sociedad de economía mixta, en virtud de la declaración del artículo 1o. del Decreto 166 de 1969. Pero, atendiendo lo previsto en el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968 y a la información de la consulta sobre la composición de su capital, en el cual la Nación tiene un 99.7o/o, su régimen es el de una empresa comercial e industrial del Estado.

Con base en lo anterior, la condición general de sus servidores es la de los trabajadores oficiales, exceptuando la de quienes desarrollan actividades de dirección o confianza que los estatutos hayan dispuesto sean atendidas por personas investidas con el carácter de empleados públicos.

Al revisar los estatutos del IFI, contenidos en el Decreto 166 en mención, se encuentran las siguientes disposiciones atinentes a los subgerentes de ese organismo:

a) El artículo 4o., sobre dirección y administración, prescribe que estarán a cargo de la Junta Directiva y el Gerente,

b) El artículo 14, letras b), c) y d), al asignar funciones a la Junta, le atribuye las de crear subgerencias, señalarles funciones, fijarles asignaciones, y aprobar el nombramiento y remoción de subgerentes;

c) El artículo 17 prevé que en las faltas temporales, absolutas y ocasionales del Gerente, será reemplazado por un subgerente, escogido por la Junta o el Gerente, según el caso.

Respecto de otra clase de personal, el mismo Decreto otorga facultad a la Junta para crear las divisiones, secciones, dependencias y cargos que se requieran, señalando sus funciones (artículo 14), al Gerente, para proponer a la Junta la creación o supresión de cargos, someter a su aprobación los nombramientos y remociones que ella deba aprobar, y nombrar y remover los empleados cuyo nombramiento o remoción no estén sujetos a la aprobación de la Junta Directiva (artículo 18, letras h), i), j).

Además, el artículo 15 dispone que el Gerente es de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y tendrá la calidad de empleado público.

De la lectura de estas normas se colige:

1. Que los estatutos del IFI no desarrollaron el mandato del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, de determinar expresamente cuáles de sus actividades de naturaleza directiva o de confianza deben ser ejercitadas por empleados públicos, aunque admiten la existencia de este grupo de servidores, ya que se refieren a la potestad del Gerente para nombrarlos y removerlos libremente, actuaciones típicas de la relación de esta clase de personas con la administración;

2. De la norma expresa en que se califica al Gerente como empleado público de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, no se puede deducir que todos los restantes servidores del Instituto tengan la calidad de trabajadores oficiales, puesto que tal calificación no tiene origen en los estatutos sino en la constitución, segunda parte del ordinal 5o. artículo 120, y porque, como se dijo antes, los propios estatutos preven otros empleados públicos;

3. A pesar de que no existe igual calificación para los subgerentes si, como se vió, son de nombramiento y remoción del Gerente, con aprobación de la Junta, y su actividad es la de co-dirigir el Instituto y reemplazar a aquél, es claro que, tanto por la forma de su vinculación, como por la naturaleza de sus funciones, tienen la misma calidad del Gerente. Esto es más evidente, al observar que el artículo 24, numeral 2o. del Decreto 3130 de

1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas, dice que en las empresas industriales y comerciales del Estado, como en los establecimientos públicos, "las unidades de nivel directivo se denominarán Subgerencias, Subdirecciones, Vicepresidencias o Secretarías". Y, es claro que, por estas consideraciones, no se les podría clasificar como simples trabajadores oficiales;

4. Para los demás servidores, es necesario que el Instituto adicione los estatutos haciendo las previsiones del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

– II –

La respuesta al segundo interrogante de la consulta, definido el carácter de empleados públicos de los subgerentes de empresas industriales y comerciales del Estado, es que, en consecuencia, les es aplicable la prohibición del artículo 26 del Decreto 3130 de 1968, pues ella es absoluta.

Es verdad que esta disposición solo indica expresamente las dos formas más usuales de vinculación a organismos directivos: el ser miembros de los mismos por mandato legal o por delegación. Pero esa norma, es lo cierto, se limita a reproducir y desarrollar el mandato del artículo 64 de la Constitución, cuyo texto expresa que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes".

De modo que, la prohibición constitucional es perentoria, y solo cuando la ley expresamente establezca excepciones, existe autorización para recibir más de una asignación, dentro de la limitación de la autorización legal respectiva.

El artículo 26, según esto, solo autoriza para que los empleados públicos puedan percibir honorarios hasta en dos Juntas o Consejos Directivos, que es lo sustantivo de la norma. No importa, pues, que la razón de la pertenencia a uno de tales organismos obedezca a razones distintas a las enumeradas en tal artículo, como la descrita en la consulta, ya que si es elegido en asambleas de accionistas de una sociedad de economía mixta, tal elección obedece a que el organismo en que esa persona es subgerente tiene participación en el capital de aquélla, y por tanto, su elección está directamente vinculada a su calidad de funcionario.

Y, así, aunque la sociedad de cuya directiva se hace parte por elección tenga régimen de derecho privado y sea entidad meramente vinculada a la administración, el funcionario electo no sólo representa los intereses de

todos los accionistas, sino que lleva preferencialmente la representación de los intereses del Estado, actuando en aquella directiva en función de empleado público y no de persona particular, cobijándole las incompatibilidades derivadas de aquél carácter, ante la imposibilidad lógica de desdoblar su personalidad.

Debe hacerse notar que el artículo 64 de la Constitución emplea la palabra "nadie", que comprende tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales. La misma palabra es la utilizada por el artículo 9o. del Decreto 2285 de 1968, al repetir esta prohibición, el cual aclara que "asignación " se refiere tanto a representación, comisión u honorarios, como a contratos.

Además, el artículo 9o. de la Ley 1a. de 1963 estatuye: "Ninguna asignación, incluyendo ingresos de diversa índole que tengan carácter permanente, de los trabajadores de corporaciones regionales o de establecimientos públicos descentralizados y de los funcionarios de la Administración pública, excepción del Presidente de la República y del Cuerpo Diplomático, puede ser superior a la de los Ministros del Despacho Ejecutivo". Igualmente, el Decreto 1713 de 1960, artículos 1o. y 4o. al reiterar esta prohibición, consagra sus excepciones en las que no está previsto el caso planteado.

– III –

La tercera pregunta de la consulta está contestada parcialmente en la conclusión segunda de esta respuesta.

En efecto, los artículos 1o. y 4o. del Decreto 1713 de 1960 preven: el primero que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado", salvo las asignaciones que provengan de establecimientos docentes oficiales, si no se trata de profesorado de tiempo completo; las referentes a servicios profesionales prestados en dos cargos públicos cuyos horarios permitan su ejercicio regular; las que resulten de pensión de jubilación y el servicio en un cargo público, sin exceder el valor conjunto señalado en la ley, y las provenientes de pensión o sueldo de retiro de miembros de las fuerzas armadas.

El artículo 4o. complementa esta regulación, así: "Los empleados de la Administración Pública y de establecimientos públicos en que tenga parte principal el Estado, no podrán recibir remuneración por más de dos Juntas Directivas, de aquellas de que formen parte, en virtud del mandato legal". El artículo 6o. del mismo estatuto prohíbe que los particulares sean miembros de más de dos Juntas Directivas de entidades estatales o en que el Estado

tenga parte principal, lo que induce a creer que, por iguales razones, los empleados públicos tampoco pueden exceder ese límite. Además, el artículo 9o. del Decreto 2400 de 1968 reproduce la prohibición del artículo 64 de la Constitución, y el artículo 4o. de la Ley 151 de 1959, define para efectos de esa norma constitucional como "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado", "las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos u organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios, otra u otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50o/o) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquellas instituciones u organismos a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley", que son las empresas y establecimientos públicos descentralizados y aquellas instituciones y organismos que reciban, manejen o inviertan fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial, o cuotas forzosas creadas por la ley.

Normas éstas tan amplias y claras que no autorizan a pensar que los servidores del IFI puedan ser miembros de más de dos directivas de organismos en que tenga parte principal el Estado, con derecho a remuneración.

Transcríbase al señor Ministro de Desarrollo Económico como respuesta a su consulta.

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

Julieta Chaparro de Rojas
Secretaria Encargada.

Con Oficio número 1770 del 21 de junio de 1971, el Ministro de Desarrollo Económico autorizó la publicación del concepto. Oficio No. 093 de junio veintidós de 1971. Sección Sala de Consulta y Servicio Civil.

AI1

CONSULTAS

MINISTERIO DE GOBIERNO

ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL. Competencias contitucionales de las Asambleas departamentales y de los Gobernadores para crear, suprimir y fusionar empleos.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., mayo treinta y uno de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Mario Latorre Rueda.*

Radicación número 545.

El señor Ministro de Gobierno, en oficio No. 0082 de abril 14 del presente año, hace la siguiente consulta:

> "En consideración a la petición formulada al Ministerio por el Señor Contralor General de Boyacá y los señores Secretarios de la Gobernación de ese Departamento, con toda la atención me permito recabar de esa H. Sala su concpeto sobre la importante cuestión planteada por dichos funcionarios en sus comunicaciones de fecha 25 y 26 de marzo del año en curso, respectivamente".

La signada por el señor Contralor es del siguiente tenor:

> "Contraloría General de Boyacá. Tunja. Contralor General. Número 0795 Tunja 25 marzo 1971. Señor Doctor: *Abelardo Forero Beanvides Ministro de Gobierno* Bogotá. Estimado señor Ministro: se ha presentado en el Departamento, y creo que es un problema Nacional, algunas divergencias en la interpretación de los artículos 187 y 194 de la Constitución Nacional, el primero de los cuales fija las funciones de las Asambleas Departamentales, y el segundo, las atribuciones del Gobernador.

El Gobierno Departamental conceptúa: "Los Gobernadores están facultados constitucionalmente para *crear, suprimir y fusionar* los empleos que demanden los servicios Departamentales. . . ".

> "Es decir: que el orden departamental el Gobernador es quien tiene la facultad exclusiva y no delegada a otro funcionario o corporación, de crear los empleos que requiere la administración. . . ".

> "Y plantea: "tiene la Honorable Asamblea la facultad constitucional de negar o modificar en cualquier sentido la iniciativa gubernamental propuesta por el artículo 194, ordinal 9o? "

"El Gobierno Departamental se contesta así mismo: "Parece que no. El ordinal 5o. del artículo 187 de la Carta no habla de facultad para modificar y mucho menos para negar".

"La H. Asamblea no tiene atribución de crear empleos. El Gobernador sí, también tiene la atribución de fusionarlos y suprimirlos.

"No tiene en cuenta el Parágrafo del artículo 187 de la C. N. Este criterio descrito, es el del Gobierno Departamental de Boyacá y se halla expuesto en el oficio de marzo 6 de 1971, producido por el señor Secretario de Desarrollo, por encargo del señor Gobernador del Departamento y dirigido a éste, para sustentar el Decreto 0054 de enero de 1971.

Anexo número 1. Esta hermenéutica constitucional que antecede, fue la que inspiró el Decreto 0054 de enero de 1971 emanado de la Gobernación, por el cual se crean algunos cargos y aumentos a varios funcionarios, fuera de presupuesto "en el órden de $637.650.oo anuales".

Anexo número 2. El Decreto 0054 de 1971, que se anexa, está basado en la Ordenanza número 16 de 1965, que revestía al Gobernador de facultades *pro témpore* para estas materias, las cuales vencieron en marzo de 1969, y en el artículo 194 de la C. N. a que se refieren los comentarios.

Concepto de la Contraloría General de Boyacá: Frente al concepto del Gobierno Departamental, la Contraloría de Boyacá ha fijado su criterio, al dar respuesta a los auditores de Presupuesto y Tesorería.

Anexo número 3. La Contraloría a mi cargo, acepta, como es natural, las atribuciones que el artículo 194 ordinal 9o. otorga al señor Gobernador, para crear, suprimir y fusionar los empleos que demanda los servicios departamentales, pero *"con sujeción a las normas del ordinal 5o. del artículo* 187"

Dice el ordinal 5o. del artículo 187 del C. N. Artículo 187: "Corresponde a las Asambleas, por medio de las Ordenanzas: " 5o. *determinar,* a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental, los fines (sic) de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo".

"**Parágrafo.** En los casos de los ordinales 5o., 6o., y 7o., las *Asambleas conservan el derecho* de introducir en los proyectos y respecto a las materias específicas sobre que versan las modificaciones que *acuerden*".

"Antes del acto legislativo No. 1 de 1968, las potestades de crear, suprimir y fusionar empleos, correspondía privativamente a las Asambleas. Después de la

> Reforma Constitucional, la potestad pasó al Gobernador, quien presentará los proyectos sobre estas materias a la Asambleas, la cual *si puede*, modificarlas, como lo vimos en el parágrafo transcrito"

Si a esto le agregamos, lo que impone el inciso 2o. del ordinal 9o. del artículo 194 de la C. N., que: "El Gobernador *no podrá* crear con cargo al tesoro Departamental obligaciones que excedan del monto global fijado para el respectivo servicio en el Presupuesto que adopte la *Asamblea*". Tenemos que el Decreto 054 de 1971, de la Gobernación de Boyacá es inconstitucional, pues desequilibra totalmente nuestro presupuesto deficitario de antemano.

> "El Decreto 0054 de enero 29 de 1971 estableció la *Planta de Personal del Departamento de Boyacá*, modificando la existente que tenía origen ordenanzal, y creo algunos cargos, que luego fueron suprimidos por el Decreto número 184 de marzo 17 de 1971".

Anexo número 4. En atención a nuestras observaciones sobre desequilibrio presupuestal, ajustando los aumentos a las cifras globales del presupuesto de funcionamiento —según la Ordenanza— Presupuesto No. 25 de 1970, y alegando que el Gobierno Departamental se puede mover libre y autonomamente dentro de los grandes rubros de cada programa: Gobierno, Educación, Hacienda, Obras Públicas, etc.

"A manera de ejemplo, me permito enunciar algunos de los aumentos ordenados por el Decreto Ejecutivo 0054 de enero 29 de 1971, emanado de la Gobernación de Boyacá:

CARGO	SUELDO EN 1970	SUELDO EN 1971	AUMENTO
Gobernador	$ 9.450.oo	$ 11.000.oo	$ 1.550.oo
Secretarios	6.100.oo	7.000.oo	900.oo
Expertos en Admon.	4.300.oo	5.500.oo	1.200.oo
Economistas	4.300.oo	5.500.oo	1.200.oo
Estadística	2.500.oo	4.400.oo	1.900.oo
Abogado Auxiliar	3.600.oo	5.500.oo	1.700.oo
Director Turismo	4.000.oo	5.500.oo	1.500.oo
Inspectores Gobierno	1.800.oo	4.600.oo	2.800.oo
Alcaldía Tunja	4.600.oo	7.000.oo	2.400.oo
Jefe Analista	4.000.oo	5.500.oo	1.500.oo
Contadores	3.200.oo	4.400.oo	1.200.oo

Nota: La remuneración que se fija para el Gobernador del Departamento únicamente tendrá efecto para los mandatarios que en lo sucesivo sean designados, "como reza el parágrafo del artículo 2o. del Decreto mencionado".

"Todos los aumentos son justificados, no sólo por la calidad de las personas que ocupan los cargos, sino porque los sueldos actuales son muy bajos en todas las escalas de los funcionarios departamentales, comparados con otras secciones del País, no pudiendo con tales salarios conseguirse las calidades humanas que requiera el servicio público, y por tanto la diferencia de criterios no radica en la justicia humana que el caso *subjudice* contempla, sino en el *modus operandi* para realizar los justos aumentos".

Consulta: "Pueden los Gobernadores en forma omnímoda y con plenitud de poderes, crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, (ordinal 9o. artículo 194 de la C.N.). O deben someterse en estas materias a lo que apruebe la Asamblea– del Departamento (ordinal 5o. del artículo 187 de la C. N.) y su Parágrafo? .

"De conformidad con nuestra conversación teléfonica, ruego muy encarecidamente al señor Ministro, se sirva formular por su muy digno conducto y a su nombre, la consulta pertinente que deduzca del caso del Decreto 0054 de enero 29 de 1971, emanada de la Gobernación de Boyacá, y que me permito someter a su estudio y consideración".

"Su servidor muy atento, (firmado) *Hernán Villamarín Gutiérrez Contralor General de Boyacá".*

La nota de los Secretarios de la Gobernación está concebida en los siguientes términos:

"Gobernación de Boyacá. Oficina Jurídica . Tunja, 26 de marzo de 1971. Señor Doctor Abelardo Forero Benavides, Ministro de Gobierno Bogotá. Señor Ministro: Los suscritos funcionarios del Departamento de Boyacá, con todo respeto nos dirigimos a usted, señor Ministro, con el objeto de que se emita concepto a través del Ministerio, como también de la Sala de Consulta del Honorable Consejo de Estado, acerca de la aplicación de las nuevas disposiciones constitucionales que sobre la materia rigen en el país, con relación a la expedición del Decreto 0054, originario del Despacho del Gobernador, el cual establece la planta de personal para el Departamento en el año de 1971".

Al respecto se informa al señor Ministro: La Honorable Asamblea de Boyacá aprobó en su oportunidad, por medio de la Ordenanza No. 25 de diciembre 3 de 1970, el presupuesto de ingresos y gastos para el Departamento en el año de 1971. El presupuesto contiene las partidas respectivas para el pago de servicios personales que le sean prestados al Departamento en las diferentes dependencias de la administración. Comparado el presupuesto aprobado para 1971 con el que se ejecutó para el año de 1970, el de 1971 fué incrementado en los renglones de servicios personales a fín de hacer aumento justo a los sueldos y salarios que el personal devengó en 1970. Así mismo, en el

presupuesto de 1971 fueron incorporadas partidas con el objeto de poder satisfacer el pago de remuneración en el orden de veinticinco (25) empleos que son necesarios para la administración en el año de 1971. Como ya se dijo, el presupuesto fue aprobado plenamente por la Honorable Asamblea en sus sesiones ordinarias de 1970.

"Los cargos adicionales creados para la administración en 1971 tienen una asignación mensual de ciento veinte mil pesos ($120.000.oo).

A la vez los aumentos para los servidores del Departamento ascienden a tres millones seiscientos noventa y seis mil doscientos sesenta y ocho pesos ($3.696.268.oo). Se reitera que estos aumentos y empleos creados se refieren a la diferencia entre lo presupuestado para 1970 y 1971. Igualmente, se advierte una vez más que los recursos para la remuneración de los servicios para 1971 han sido debidamente autorizados presupuestalmente por la Asamblea del Departamento.

"En virtud de lo anterior, el Gobierno del Departamento expidió el decreto en mención, a fín de determinar la planta de personal. En el mismo Decreto se efectúo necesariamente el aumento de los sueldos y la determinación de los nuevos empleos ya presupuestados.

"El decreto No. 0054 se expidió haciendo uso básicamente del Ordinal 9o. del Artículo 194 de la Constitución Política de Colombia.

"Se deja en claro cómo la parte pertinente de este Ordinal, en lo que respecta a que la facultad del Gobernador se realice con sujeción al ordinal 5o. del Artículo 187 de la Constitución, se cumplió, por cuanto la estructura administrativa departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de que habla este ordinal, estaban previamente determinadas por la Asamblea de Boyacá, por medio de la Ordenanza No. 16 de 1968 y el Decreto Ordenanzal No. 184 de 1969.

"El Gobierno expidió el Decreto No. 0054, para establecer la planta de personal, teniendo en cuenta:

a) Recursos presupuestales para este servicio, aprobados por la Asamblea del Departamento",

b) Atribución constitucional del ordinal 9o. del Artículo 194 de la Constitución Política de Colombia;

c) Preexistencia de la estructura administrativa, correspondientes funciones de las dependencias y escalas de remuneración para las distintas categorías de empleo;

d) También se buscó no exceder al monto global que para el respectivo servicio fué aprobado en el presupuesto adoptado por la Asamblea. (Exigencia que hace al inciso 2o. del ordinal 9o. del Artículo 194 de la Constitución Política Colombiana).

"El Gobierno se movió para la expedición del Decreto que nos trae dentro de estos límites. En manera alguna los superó.

"Cuando se produjo la aplicación específica del Decreto, la Contraloría General del Departamento hizo algunas objeciones; concretamente por cuanto el Decreto contiene la creación de siete (7) cargos y el aumento para varios funcionarios, que para los dos casos significan una deficiencia presupuestal nominal de seiscientos treinta y siete mil seiscientos cincuenta pesos ($637.650.oo).

"Tal objeción se adujo en razón de que la parte respectiva del presupuesto no había determinado partidas identificadas en este sentido. Sin embargo los seiscientos treinta y siete mil seiscientos cincuenta pesos ($637.650.oo). deficitarios estaban siendo redimidos y los estimativos para los tres primeros meses del año en cuanto a pago de servicios generan un aprovechamiento superior a los ($637.650.oo).

"El Gobierno ante la posición de la Contraloría produjo el Decreto número 184 de marzo 17 de 1971, por medio del cual se suprimieron los siete (7) cargos y se suspendieron los aumentos de sueldos, objetados inicialmente por la Contraloría. Quedó así estrictamente cumplida la aplicación presupuestal, en cuanto a cantidad de empleos y aumentos, de acuerdo a lo que en este sentido la Ordenanza de presupuesto determinó:

"Al presente, la Contraloría General del Departamento plantea que tanto los aumentos como la creación de nuevos empleos es una atribución de la Asamblea. No importa que el presupuesto y los recursos correspondientes hayan sido aprobados como ya se dijo. A su vez, la Contraloría propone que sea el Honorable Consejo de Estado y el Ministerio de Gobierno quienes absuelvan la confusión que en la interpretación de las normas constitucionales se ha presentado entre el sector de Gobierno y la Contraloría del Departamento, en el caso que se dá a conocer al señor Ministro.

"Se debe hacer saber al señor Ministro, que el presupuesto, como unidad no ha sido objetado por la Contraloría. Unicamente se sostiene que el Gobernador no puede crear los cargos que demanden los servicios de la Administración, ni fijar la remuneración de los mismos, aunque exista el recurso presupuestal legal y pre—existan los elementos del ordinal 5o. del artículo 187 de la Constitución Política Colombiana. Dice la Contraloría que estas atribuciones corresponden a la Asamblea.

"El Gobierno, por el contrario, sostiene que en el Decreto número 0054 se reunen los requisitos y condiciones para su aplicación legal y que el Gobernador si tiene atribuciones suficientes, por facultad que le otorga la Constitución vigente para establecer la planta de personal, de acuerdo al Ordinal 9o. del artículo 194.

"Señor Ministro: Acompaña al presente oficio varios documentos, a fín de que los funcionarios del Ministerio y los Honorables Consejeros de Estado coadyuven a la claridad del caso, como también para complementar solicitud que, entendemos ha hecho al señor Ministro y al Honorable Consejo de Estado el señor Contralor del Departamento en este sentido y con igual propósito al que anima al actual Gobierno de Boyacá.

"Del señor Ministro, con toda atención y reconocimiento.

(Firmados) *Tomás Lesmes Vanegas.* Secretario de Hacienda Encargado. *Eduardo Vega Rodríguez.* Director Oficina de Planeación. *Rómulo González Castillo.* Secretario de Desarrollo. *Alfonso Barrera Zambrano.* Asesor Jurídico Encargado".

Con la presente me permito acompañar a los H. H. Consejeros los cuatro (4) Anexos anunciados en el oficio del mencionado señor Contralor por considerar que ellos pudieran servir a ustedes como elemento de juicio para fijar el criterio que me he permitido solicitar a esa H. Sala".

Para tratar esta consulta que en forma general se refiere a las atribuciones constitucionales que corresponden a las Asambleas y a los Gobernadores en relación con la administración departamental, fijadas en los artículos 187 ordinal 5o. y 194 ordinal 9o. de la Constitución, se considera:

1. Corresponde a las Asambleas, en la ordenación actual, determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleo (Constitución Nacional artículo 187 ordinal 5o.).

Según este precepto, la atribución que se otorga a las Asambleas tiene un carácter general: por medio de ordenanzas establece la estructura de la administración departamental, es decir, señala las diversas partes que forman, en su conjunto, la administración; distribuye e integra esos elementos, por decirlo así, que en una forma ordenada, en relación unos con otros, conforman en un todo esa administración. Así, para dar un ejemplo, por medio de ordenanza, la administración del departamento se distribuye armónicamente en varias unidades, en la "Gobernación", la "Secretaría de Gobierno", la "Secretaría de Hacienda" etc.

Además, por medio de ordenanza también, entra la Asamblea a determinar las distintas divisones que corresponden a cada una de esas unidades, a distribuirlas por "dependencias", ordenada y jerárquicamente, en oficinas que dependen de otra superior. Así, para continuar con el ejemplo, una ordenanza puede dividir la "Gobernación" en el "Despacho del Gobernador", la "Oficina de Planeación", y la "Oficina de Asesoría Jurídica" etc., o, si se trata de una secretaría, la de Educación si es el caso,

en el "Despacho del Secretario", la "Sección de Servicios Docentes", la "Sección de Divulgación Cultural" etc.

Y corresponde también a la Asamblea en este campo, determinar las funciones generales que corresponden a cada una de estas unidades y sus divisiones: "Gobernación", "Secretarías", "Oficinas", "Direcciones" las "dependencias" a que se refiere la Constitución.

En este mismo artículo la Constitución atribuye a la Asamblea determinar en la administración departamental las distintas categorías de empleo y fijar la remuneración correspondiente a cada una de ellas. Para el ejercicio de esta atribución debe tenerse en cuanta que la Constitución hoy usa la palabra "empleo", es decir, hace referencia a un conjunto de funciones que corresponden a un cargo que es desempeñado por una persona, no al "empleado", a la persona natural en particular; que además se mencionan las "categorías" o sea grupos de empleos, grupos caracterizados por la similitud de las funciones que atienden y la naturaleza del trabajo que ejecutan, que requieren calidades semejantes en las personas que los desempeñan, tienen una denominación común, y se ordenan según la complejidad, la dificultad y la responsabilidad que les atañe en sus tareas. A la Asamblea por ordenanza le corresponde únicamente fijar la remuneración, graduada por escalas, correspondiente a cada una de estas categorías; es decir, establecer la nomenclatura de los cargos o empleos de la Administración Departamental y la escala de sueldos. Puede, excepcionalmente, establecer unos cargos directivos, únicos por sus características, por fuera de esas categorías y con asignaciones que no se ajustan a esa escala de sueldos: Gobernador, Secretarios.

2. Pero la Asamblea no puede ejercer estas atribuciones autonomamente. No puede, por sí misma, por propia determinación, entrar a establecer, a cambiar, a modificar en ningún sentido ni la estructura de la Administración Departamental, ni las distintas dependencias y sus funciones, ni las remuneraciones de las categorías de empleos. Para ocuparse de cualquiera de estas materias requiere hacerlo a propuesta del Gobernador. Sólo a él, al Gobernador, corresponde la iniciativa en estos casos, como lo precisa el ordinal 5o. del artículo 187 de la Constitución al que se ha venido haciendo referencia.

Es entendido que cumplido este requisito –la iniciativa del Gobernador– la Asamblea al ocuparse de estas materias no sólo tiene la facultad de aprobar o negar en su conjunto la propuesta que se le haya formulado, sino también la de negar o aprobar parcialmente ese proyecto o la de entrar a modificarlo variando la estructura de la Administración, las funciones de las Dependencias, la remuneración de las distintas categorías de empleos, según sea el caso (Constitución Nacional artículo 187 parágrafo).

Cabe agregar que estas tres cuestiones –la estructura, las funciones de las dependencias, la remuneración de las distintas categorías– aunque íntimamente relacionadas entre sí, son materias distintas y no constituyen un todo; puede por tanto el Gobernador presentar un proyecto de Ordenanza sobre una sola de estas materias y la Asamblea tiene unicamente atribuciones para ocuparse de ella sin que pueda constitucionalmente entrar, por este solo hecho, a determinar sobre las otras. Un proyecto sobre la supresión de una Secretaría, por ejemplo, no implica necesariamente que la asamblea pueda entrar a ocuparse de dependencias y funciones o remuneraciones.

La Asamblea tiene no sólo la posibilidad de ejercer estas funciones por sí misma sino que está facultada para delegarlas al Gobernador, exigiendo la Constitución que esa autorización sea precisa y por un tiempo determinado (Constitución Nacional artículo 187 ordinal 10o.).

3. Al Gobernador, a su turno, le compete establecer los empleos que se requieran para la gestión de la Administración Departamental. El texto de la Constitución es muy amplio: "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales", dice textualmente. Es el Gobernador, y sólo él, quien determina lo que designa como "la planta de personal" de la Administración Departamental; por esta atribución, en concreto, dota cada una de las distintas dependencias del personal necesario; así, si considera que el servicio lo requiere, puede crear un cargo nuevo, suprimir uno o alguno de los existentes, o fusionar en uno solo varios de los empleos con que venía prestándose el servicio. En una "Oficina de Planeación", para dar un ejemplo, si no existían puede crear los cargos de "Expertos en Administración" o "Economistas"; si existían varios, suprimirlos todos o algunos o fusionar varios de ellos en uno solo. Al proceder en esta forma, está facultado para señalar las funciones que corresponden a un empleo por la naturaleza del trabajo, las calidades y las responsabilidades que le incumben. Obviamente, al cambiar las funciones debe reclasificarse ese empleo, y fijarse la remuneración que corresponde a su nueva categoría, lo que hace que se produzca la impresión, si no se tienen cuenta estas atribuciones y condiciones, que el Gobernador simplemente "ha aumentado los sueldos".

Además es atribución propia del Gobernador señalar las funciones propias –"especiales" dice la Constitución– que corresponden y deben ser desempeñadas por cada uno de esos empleos.

4. Para proceder así, la Constitución impone al Gobernador determinadas y expresas limitaciones:

a) La distribución de los empleos la debe hacer ajustándose a la estructura de la Administración, las funciones de cada uno a las de la dependencia a que están adscritos, y las asignaciones según la categoría y la escala que estén establecidas. Así, repite, si se trata del "Economista" o "Economistas", del "Abogado Auxiliar" o"Abogados Auxiliares", del "Experto en Administración" o "Expertos en Administración" de una dependencia, determina el Gobernador si se necesitan varios o uno solo de ellos, de qué categoría o categorías y que sueldo o sueldos les corresponden de acuerdo con la escala. Lo que no puede el Gobernador por sí mismo es crear otra escala de sueldos, ni modificarla, ni fijar asignaciones por debajo o por encima de los límites de la escala aprobada.

b) Tiene el Gobernador otra limitación de carácter presupuestal: "El Gobernador no podrá crear con cargo al tesoro departamental obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto que adopte la Asamblea", según el inciso 2o. del ordinal 9o. del artículo 194.

Para tratar de precisar el alcance de esta norma, puede que no sobre hacer algunas breves observaciones:

Corresponden estos artículos que se han venido comentando a lo que en lo nacional disponen el 76 ordinal 9o. y 120 ordinal 21o., y en lo municipal en relación a los Concejos el artículo 197 ordinal 3o., textos propuestos e incorporados a la Constitución en la reforma de 1968. Por eso, esencialmente, lo que se predique y se considere aplicable a lo nacional, lo es, en su campo, a lo departamental y municipal.

Como es bien sabido y repetido, se considera que en esta forma se buscó establecer una nueva distribución de competencias entre las ramas Ejecutiva y Legislativa del Poder, ampliando la iniciativa y ejecución de la primera pero, aunque restringiendo, manteniendo la decisión "por regla general" (*) en la segunda, a fín de lograr una "administración más dinámica y eficiente".

Decía el proyecto original de esa reforma en relación a las atribuciones del Presidente de la República en lo administrativo, que en lo fundamental y para lo que nos ocupa así fue aprobado: "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y los subalternos de la administración de justicia, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el numeral 9o. del artículo 76. El Gobierno no podrá crear con cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la Ley de apropiaciones" (*).

Y en la correspondiente exposición de motivos se escribió: "Los cambios propuestos parten de la idea básica de que en materias económicas, fiscales y administrativas el Legislador debe limitarse a señalar pautas generales al Ejecutivo, dictando únicamente la orientación política en dichas materias. (. . .) Es al Gobierno al que corresponde desarrollar y ejecutar en esa política (. . .)" (*). Y en otro aparte de la misma exposición al relacionar el ordinal 21 del artículo 120 con el 9o. del 76: "Su razón y fundamento radican en la necesidad de establecer un equilibrio de funciones entre el Congreso y el Gobierno en cuanto al funcionamiento administrativo, dotándolo de la agilidad requerida conforme a la urgencia de los problemas actuales. Es de resaltar sin embargo, que para impedir un aumento desconsiderado de los gastos de *funcionamiento*, la facultad entregada al Gobierno ha de ejercerse dentro del grupo presupuestal determinado por la Ley para cada ejercicio". (*).

Pasando ya concretamente al aspecto del presupuesto, se puede leer en el artículo 19 del Decreto Ley 1675 de 1964:

> "El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones se dividirá en Presupuesto de Gastos de Funcionamiento y Presupuesto de Gastos de inversión. Cada uno de estos presupuestos se presentará dividido en diferentes partes, las cuales corresponderán a la Rama Legislativa, la Rama Ejecutiva, la Rama Jurisdiccional, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República. La Rama Ejecutiva tendrá una sección correspondiente a la Presidencia de la República y tantas secciones como sean los Ministerios y Departamentos Administrativos. Además habrá una sección especial para la Policía Nacional y otra para la Deuda Pública.
>
> "Los gastos, dentro de cada sección, se clasificarán por capítulos, programas y artículos. Los capítulos, en orden numérico dentro de cada división, representan las distintas unidades de la organización de la respectiva dependencia. Los programas representan los diferentes grupos de actividades homogéneas que ejecutarán los organismos. Cuando los programas lo requieran podrán dividirse en subprogramas que representen actividades homogéneas más reducidas. Los artículos en órden numérico y contínuo dentro de cada Sección, representan el objeto mismo del gasto, y, cuando fuere necesario, contendrán ordinales en el Presupuesto de Funcionamiento, y proyectos específicos en el Presupuesto de Inversión.
>
> Los programas y subprogramas se presentarán debidamente explicados, integrados y en orden numérico".

Disposiciones semejantes se encuentran en los Códigos Fiscales de los Departamentos, por ejemplo en el artículo 121 del de Boyacá:

> "El Presupuesto de Gastos se presentará dividido en Presupuestos de Gastos de Funcionamiento y Presupuesto de Gastos de Inversión. El Presupuesto de Gasto de Funcionamiento se dividirá en una sección correspondiente a la Asamblea

Departamental, en tantas Secciones cuantas sean las Secretarías, y en una Sección correspondiente a la Contraloría. El Presupuesto de Gastos de Inversión se dividirá en secciones que corresponderán a las Secretarías que efectúan los gastos de inversión.

"Tanto en el caso de los gastos de funcionamiento como en el de los Gastos de Inversión, cada una de estas secciones se clasificará en capítulos, en orden numérico dentro de cada sección, comprenderán las distintas dependencias de las entidades respectivas. Los programas representarán las distintas clases de actividades que ejecutará cada organismo; los subprogramas constituirán una división más reducida de actividades homogéneas; y los proyectos representarán las distintas obras, que se van a ejecutar dentro de cada programa o subprograma, como escuelas, caminos, hospitales o puestes. Los programas, subprogramas y proyectos se presentarán debidamente explicados, integrados y en orden numérico. Los artículos comprenderán los elementos que se van a adquirir para cumplir los programas, sean éstos servicios personales o bienes materiales que irán numerados. Las partidas que correspondan a los diferentes artículos serán sumadas por proyectos, subprogramas, programas y capítulos".

Si es al Congreso, a los cuerpos representativos en general, a los que corresponde dar las pautas a que debe someterse el Ejecutivo, es en el presupuesto precisamente en donde se señalan esas orientaciones. Es bien sabido y repetido que ese es el origen y fundamento de los cuerpos representativos y de la llamada división de poderes; que ese espíritu, ese criterio y aún la letra de la Constitución Colombiana siguen esos postulados.

Por eso, si en el presupuesto por técnica y en la presentación de los gastos públicos se adopta en su clasificación la de programas o subprogramas, es en ellos –y no en la más amplia de secciones y capítulos o en la más reducida de artículos– en donde el Ejecutivo al proponerlos indica la acción concreta que busca emprender y en donde el Legislativo, al votar la partida correspondiente, tiene realmente oportunidad de examinar esa acción y ejercer sus atribuciones. Si de una parte dice el artículo 19 citado que esos programas o subprogramas, en su caso, "representan los distintos grupos de actividades homogéneas" y, de otra parte, en su último inciso agrega que "se presentarán debidamente explicados" –lo que no exige para las otras divisiones presupuestales–, es eso, esas actividades homogéneas presentadas y explicadas a los cuerpos representativos, lo que constituye "las pautas generales", los marcos que señalan y circunscriben por el Legislativo la actividad de un Gobierno. Si en la reforma no se pretendió quitar esa atribución al Congreso, a los cuerpos representativos en general, al contrario, se hizo énfasis de que a él y a ellos les correspondían la orientación política, es en esos cupos presupuestales para programas o subprogramas en donde se define la órbita de competencia y de acción de cada uno de los Poderes.

Además, si por la misma técnica y claridad presupuestal los programas o subprogramas se presentan distribuídos en "Servicios Personales", "Gastos Generales" y "Transferencias", es dentro de esa partida global de Servicios Personales en cada caso, y del presupuesto inicial, —esto es sin tomar en cuenta los créditos adicionales o suplementales— a la que el Gobierno debe ajustarse, por ser ella la apropiación destinada para cubrir las asignaciones que demanden los empleos de cada servicio. La norma anterior que daba al Congreso competencia para "crear todos los empleos que demande el servicio público" por haberse demostrado inelástica o de tan difícil aplicación que conduce con frecuencia al otorgamiento de facultades extraordinarias, "uno de los orígenes de la hipertrófia burocrática", fue madificada precisamente por las disposiciones de los artículos 76 y 120 que se vienen comentando, que le otorgan mayores prerrogativas al Ejecutivo pero que continúan reconociendo determinadas atribuciones al legislativo: ". . . y el Gobierno indicará cada año, en el proyecto de Presupuesto, cuántos cargos y de qué categorías cree necesitar para la adecuada prestación del servicio en la vigencia siguiente, suministrando las informaciones pertinentes. El Congreso conserva en sus manos la facultad de permitir o no los ensanches, aprobando, reduciendo las apropiaciones propuestas. El nuevo sistema resulta más lógico, más agil y contribuirá a la buena marcha de la Administración", según consideraciones que contribuyen a aclarar y precisar precisamente este tema, por ser del Presidente Lleras Restrepo autor y orientador de esta parte de la reforma. (*)

Si otra cosa se entendiera, si se limitara la facultad del Legislativo a fijar la partida presupuestal para cada una de las Ramas del Poder Público, y dentro de estas las partidas de las secciones, —los distintos Ministerios y Departamentos Administrativos en lo nacional— y las de los capítulos, —las de las Secretarías en los presupuestos de algunos departamentos— sin competencia para más, sería reducir en tal forma sus atribuciones que se haría irrisoria su función o se lesionaría la esencia histórica del sistema. Históricamente también es cierto esas prerrogativas del Legislador se han modificado, se han restringido, se le ha quitado la iniciativa del gasto o la de modificarlo a su antojo, pero donde se conserva el sistema se ha mantenido, se repite, lo que en el fondo es de su esencia: votar, decidir el gasto público.

5. Para volver a la órbita departamental y a la consulta se puede resumir, teniendo en cuenta las anotaciones que se han hecho, el proceso a que está sometida esta cuestión y en su orden así:

1. Corresponde a la Asamblea, siempre a iniciativa del Gobernador, determinar la estructura de la administración, las funciones generales de las dependencias, y establecer la nomenclatura y la escala de sueldos correspondiente a las categorías de empleos. Estas atribuciones pueden ser

ejercidas directamente por la Asamblea o delegadas al Gobernador para que las ejerza como facultades extraordinarias;

2. Corresponde al Gobernador crear los empleos, asignarles sus funciones específicas y proveerlos, todo esto con sujeción a la estructura general, las funciones globales de la respectiva dependencia, la nomenclatura, la escala de sueldos, sin exceder el monto inicial de la partida presupuestal para el servicio correspondiente.

(*) (Las citas se han tomado de "Historia de la Reforma Constitucional de 1968" páginas 23, 37, 44, 52 y 418).

Alejandro Domínguez Molina — Presidente — *Mario Latorre Rueda* — *Luis Carlos Sáchica* — *Alberto Hernández Mora* — *Julieta Chaparro de Rojas* — Secretaria Encargada.

Con Oficio OS–956 del 17 de junio de 1971 se autorizó la publicación del concepto. Oficio 093 Sección de la Sala de Consulta y Servicio Civil, junio 22 de 1971.

A II Y

CONSULTAS

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL

PRIMA TECNICA. Dentro de la competencia constitucional actual del Presidente de la República, para crear cargos y fijarles sus emolumentos, está comprendida la de determinar qué cargos pueden tener prima técnica.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Bogotá, D.E., junio dieciséis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alberto Hernández Mora.*

Radicación número 565.

El señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil formula a la Sala la siguiente consulta:

Puede el Presidente de la República señalar los cargos a los cuales deba corresponder prima técnica? y más concretamente puede el Presidente de la República, en el decreto que establezca la nueva planta de personal del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil señalar a qué cargos corresponde prima técnica?

El Señor Presidente por medio del Decreto que crea los cargos de planta de personal de este Departamento puede disponer que el Secretario General del mismo escoja entre la prima técnica o los gastos de representación, pues el Decreto–Ley 2285 en su artículo 8o. dice que: "en los Ministerios para los cuales no se designe Vice–Ministro, el Secretario General tendrá derecho a gastos de representación o a conservar la prima técnica si la hubiere señalado, a su elección", pero no se menciona a los Departamentos Administrativos.

LA SALA CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 120, ordinal 21, de la Carta, corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa "crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del ministerio público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción, a las leyes a que se refiere el ordinal 9o. del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales".

Este precepto derogó en la reforma constitucional de 1968, el ordinal 9o. del artículo 76, que señalaba como función del Congreso la de "crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones".

La reforma tuvo como finalidad la de confiar al Ejecutivo una actividad eminentemente administrativa, pero sometiéndola a ciertos controles por parte del legislador, que son los señalados en el artículo 76, ordinal 9o., del actual texto constitucional, y en el propio ordinal 21 del artículo 120.

Según estas normas corresponde al Presidente crear los empleos del servicio nacional y señalarles su asignación, pero al ejercer esta función deberá hacerlo con referencia a la ley que señale "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos" y a la señalada para cada clase en la nomenclatura general de empleos, sin exceder, en materia presupuestal, el "monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales".

El Decreto 2285 de 1968, expedido el 2 de septiembre de ese año, con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1968, contiene la escala de sueldos vigente para los empleos nacionales, estatuto que además establece una prima técnica, adicional al sueldo básico, en los siguientes términos:

> "**Artículo 7o.** Créase una prima técnica destinada a traer o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica. La ley señalará dichos cargos; pero la prima se asignará, cuando resultare indispensable otorgarla, tomando en cuenta la experiencia, competencia especial o títulos profesionales de quien ejerza o sea llamado a ejercer un empleo.
>
> "La asignación se hará por decreto del gobierno, previo concepto favorable del Consejo de Ministros, con base en la solicitud razonada que formule por escrito y para cada caso el Jefe del respectivo organismo acompañada del dictamen del Consejo Superior del Servicio Civil.
>
> "Salvo cuando la ley disponga expresamente otra cosa, el total del sueldo más la prima técnica no podrá exceder la remuneración que por concepto de sueldo y gastos de representación corresponda a los Ministros del Despacho".

La disposición transcrita era armónica con el ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución derogado en la reforma de 1968, que reservaba al Congreso la creación de los empleos y la fijación de las respectivas asignaciones.

Al cambiar en 1968 el sistema y pasar al Ejecutivo la creación de empleos, el señalamiento de sus funciones especiales y la fijación de sus dotaciones y emolumentos, reservando al Legislador establecer la escala de remuneración

y la nomenclatura de empleos que son normas generales que el Ejecutivo aplica en cada caso particular, el artículo 8o. del Decreto 2285 de 1968 debe entenderse modificado en cuanto atribuía a la ley señalar los empleos a los que podía corresponder prima técnica por ser diferentes las atribuciones actuales del Presidente a aquellas de que gozaba antes de la reforma. Por tanto, dentro de su competencia para crear cargos y fijarles sus emolumentos, está comprendida la de determinar qué cargos pueden tener prima técnica, a partir de la escala de remuneración establecida por el Congreso, correspondiente a la estructura y categorías de empleos, sin sobrepasar las apropiaciones iniciales del respectivo servicio, y su otorgamiento se hará conforme lo disponen los incisos 2o. y 3o. del artículo 7o. del Decreto 2285 de 1968.

En cuanto al segundo punto consultado considera la Sala, que siendo el artículo 8o. una disposición especial para los Vice–Ministros y Superintendentes, no puede hacerse extensiva a los Secretarios Generales de los Departamentos Administrativos.

Transcríbase al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Alejandro Domínguez Molina — *Mario Latorre Rueda* — *Luis Carlos Sáchica* — *Alberto Hernández Mora* — No asistió con excusa.

Julieta Chaparro de Rojas
Secretaria.

Con oficio No. 178–S.R, de junio 17 de 1971, el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, autorizó la publicación del concepto.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

JUICIOS DE MINAS Y PETROLEOS

A 291-O/PJ

JUICIOS DE MINAS Y PETROLEOS

DOMINIO PRIVADO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. ***Situación jurídica del subsuelo a la luz de los preceptos de la Ley 20 de 1969.*** **El inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos fue derogado por la Ley 20 de 1969. Quienes no tenían definida a su favor una situación jurídica concreta e individualizada en virtud de un título de adjudicación, de una sentencia definitiva o una declaración administrativa conforme a los preceptos del Código de Petróleos, con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedaron comprendidos en la excepción consagrada en el artículo 1o. de la Ley 20, pues su situación con relación a aquellos presuntos yacimientos apenas configuraba una mera expectativa. En consecuencia, son de propiedad de la Nación todos los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional y que no se hallen en los casos exceptivos que se acaban de enumerar, trátese de terrenos baldíos o de propiedad particular, así éstos hayan salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Bogotá, D.E., enero veintiocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Castilla Sáiz.*

Ordinario. (Minas y Petróleos). Juicios acumulados, seguidos por Alberto Arenas Díaz, Fernando Reyes M., Jorge Luis Vargas y otros. Contra la Nación (Propuesta No. 193), sobre dominio del subsuelo petrolífero en terrenos ubicados en los Llanos de Casanare. (Sabanas de Tocaría).

Ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, fueron presentadas las siguientes demandas en su orden:

– I –

Con fecha 31 de mayo de 1951, la presentada personalmente por el Doctor *Helí Rodríguez,* en su calidad de apoderado especial del señor *Alberto Arenas Díaz,* a efecto de que se declare en síntesis:

"A. Que por haber salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, son de propiedad privada de Alberto Arenas Díaz y de sus comuneros o copropietarios señores Fernando y Jaime Arenas Díaz, los terrenos o sabanas denominadas "El Deshecho" del Municipio de Pore, 'Pescadero' y 'Providencia', hoy 'Gaviotas', en el Municipio de Trinidad, de los Llanos de Casanare, terrenos que, en todo o en parte, están comprendidos en la Propuesta número 193, sobre exploración y explotación de petróleos hecha por el señor Ernesto Saldarriaga y admitida por el Ministerio del Ramo por Resolución de 20 de octubre de 1944, y aviso publicado en el número 25695 del Diario Oficial de 16 de noviembre de 1944, de acuerdo con las alinderaciones que la demanda transcribe;

"B. Que por haber salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, el petróleo que se encuentra en los terrenos o sabanas ya citados, comprendidos dentro del globo general de las Sabanas de Tocaría, incluídos en todo o en parte en la Propuesta No. 193, de Ernesto Saldarriaga, es de propiedad de Alberto Arenas Díaz y de los condueños señores Fernando y Jaime Arenas Díaz, o de la comunidad que ellos forman sobre los citados predios;

"C. Que, en consecuencia de ser el petróleo que haya en los terrenos aludidos de propiedad privada, la Nación no puede continuar la tramitación del Contrato sobre la propuesta 193 citada".

En la exposición de los hechos fundamentales de la demanda se afirma lo siguiente:

"1. La Junta de Temporalidades, por remate del 20 de octubre de 1790, enajenó las Sabanas de Tocaría a don Joaquín Lasso de la Vega por la cantidad de $26.000.oo; sabanas estas que la Compañía de Jesús había poseído en los Llanos de Casanare, Municipios de Pore, Nunchía y Trinidad;

"2. El dominio sobre las Sabanas de Tocaría pasó después al patrimonio de Rosaura Vega, hija del rematante Joaquín Lasso de la Vega; posteriormente se adjudicaron al señor Antonio Liccione el 19 de abril de 1846, en el ejecutivo que le siguió la Hacienda Nacional a la señora Cecilia Huertas; y después de toda una serie de tradiciones, que la demanda señala detalladamente, una parte de las referidas Sabanas de Tocaría, o sean los predios hay conocidos con los nombres de 'El Deshecho' y 'Gaviotas', vino a radicarse en el patrimonio del General Silvestre Arenas, de quien luego pasó a sus hijos Alberto, Fernando y Jaime Arenas Díaz.

"3. Desde hace más de veinte años, la posesión material de las Sabanas de 'El Deshecho' y 'Gaviotas', ha sido ejercida por el General Silvestre Arenas y por sus hijos Alberto, Fernando y Jaime Arenas Díaz, de manera pública, tranquila y no interrumpida;

"4. Los hermanos Arenas Díaz, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Támara, expedido el 14 de abril de 1945, son poseedores inscritos de los terrenos a que se refiere la demanda".

"El 6 de junio de 1951 se sometió la demanda a reparto, habiéndole correspondido al entonces Magistrado doctor Rafael Leiva Charry, bajo el número 157.

"Por auto de 18 de junio de 1951, se admitió la demanda y se ordenó en consecuencia, el respectivo traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le notificó personalmente dicha providencia el día dos de julio del mismo año de 1951.

"El referido funcionario descorrió oportunamente el traslado de la demanda, en escrito de 13 de junio de 1951.

"La tramitación de la instancia ha venido surtiéndose de acuerdo con la ley, hasta dictarse la providencia de 26 de marzo de 1952, que ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión.

"A virtud de pedimento de las partes, se han venido decretando sucesivas suspensiones del juicio, según providencias de 27 de marzo, 23 de julio y 14 de agosto de 1953.

"En el reparto general de negocios verificado el 2 de febrero de 1954, el juicio de que se trata le correspondió al H. Magistrado Doctor Néstor Pineda".

– II –

Con fecha 21 de agosto de 1952, el Doctor José Antonio Reyes obrando como apoderado del señor Fernando Reyes Moreno, presentó demanda ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que en juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, contra la Nación, se hagan en síntesis, las siguientes declaraciones:

"A. Como principales, que por haber salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, son de propiedad del demandante Fernando Reyes Moreno, las Sabanas que se denominan Hato de 'Santa Ana' y fundación de 'San José de Pirichagua' o 'Mata de Palma', ubicadas en jurisdicción de los Municipios de Nunchía y Orocué (Comisaría de Casanare), Sabanas que en todo o en parte están comprendidas por el área de la propuesta número 193 sobre exploración y explotación de petróleos hecha por el señor Ernesto Saldarriaga y admitida por el Ministerio del Ramo según Resolución de 20 de octubre de 1944. A virtud de lo cual el petróleo y sus derivados que se encuentren en las referidas, por los linderos que la demanda señala, comprendidos a su vez dentro del globo general denominado *"Sabanas de Tocaría'* son de propiedad del actor y, en consecuencia, la Nación no puede continuar tramitando el proyectado contrato de concesión.

"B. Como peticiones subsidiarias, que por haber salido del Estado con anterioridad a la fecha en que se decretó la reserva nacional del petróleo, pertenecen a la comunidad de la antigua Hacienda de Tocaría, de la cual forma parte el demandante Fernando Reyes M., las Sabanas de la Comunidad del mismo nombre, situadas en la comprensión de los Municipios de Pore, Nunchía, Trinidad y Orocué (Comisaría de Casanare), terrenos que en todo o en parte quedan comprendidos dentro del área de la referida Propuesta número 193, de Ernesto Saldarriaga, según los linderos que la demanda señala; por lo cual el petróleo y sus derivados que se encuentren en dichas Sabanas son de propiedad de la citada comunidad, y en consecuencia, la Nación no puede continuar la tramitación del proyectado contrato.

"En la exposición de los hechos fundamentales de la demanda, se afirma lo siguiente;

"1. La Junta de Temporalidades, por remate del 20 de octubre de 1790, enajenó las *Sabanas de Tocaría* a don Joaquín Lasso de la Vega, por la cantidad de

$26.000.oo; Sabanas éstas que la Compañía de Jesús había poseído en los Llanos de Casanare, Municipios de Pore, Nunchía y Trinidad;

"2. El dominio sobre las Sabanas de Tocaría pasó después al patrimonio de Rosaura Vega, hija del rematante Joaquín Lasso de la Vega; posteriormente se adjudicaron al señor Antonio Liccioni, el 19 de abril de 1846, en el ejecutivo que le siguió la Hacienda Nacional a la señora Cecilia Huertas;

"3. El señor Liccioni hizo una serie de ventas proindiviso sobre las Sabanas de Tocaría, formando así una comunidad, como también vendió determinadas cantidades de leguas de extensión en dichas Sabanas, en donde están las Haciendas que hoy posee como cuerpo cierto el señor Fernando Reyes M., y que son materia de la demanda de que se trata.

"El 22 de agosto de 1952 se sometió la demanda a reparto, habiéndole correspondido al entonces Magistrado doctor Luis Rafael Robles, bajo el número 243.

"Mediante providencia de primero de septiembre de 1952, se admitió la demanda y se ordenó, en consecuencia, el respectivo traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil de la Nación, a quien se le notificó personalmente dicha providencia el diez de los mismos mes y año.

"El referido funcionario descorrió oportunamente el traslado de la demanda, según escrito de 18 de septiembre de 1952.

"La tramitación de la instancia ha venido surtiéndose de acuerdo con la ley hasta dictarse el auto de 30 de septiembre de 1952, por medio del cual se abrió a pruebas el juicio. Las pedidas oportunamente por la parte demandante, fueron decretadas en providencia de ocho de abril de 1954.

"En el reparto general verificado en esta Sala el día 2 de febrero de 1954, en el juicio referencia le correspondió al H. Magistrado Doctor Roberto Goenaga".

— III —

"El Doctor Gustavo Hernández Rodríguez, obrando como apoderado especial de Jorge Luis Vargas, Gerardo Zambrano, Juan Medina Díaz, Hernando Díaz, Hemelina Cuervo de Díaz, María del C. Jiménez de Angarita, María Cristina Jimenez de Raymond, Guillermo Díaz Estrada, Manuel José Avella, Ana Medina de Durán, Luis María Tobián, Julio Argüelles y María Luisa Chaparro de Hernández (condueños de los terrenos denominados Hacienda o Sabanas de Tocaría), en demanda presentada personalmente ante esta Sala el día veintitres (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos (1952) promovió juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia contra la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, a efecto de que se declare en síntesis, que la Comunidad propietaria y poseedora de los terrenos denominados 'Sabanas o Hacienda de

Tocaría', situados en jurisdicción de los Municipios de Pore, Nunchía y Trinidad, Comisaría de Casanare, por los linderos que la demanda señala, es igualmente propietaria privada del petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que existan en su subsuelo, por haber salido legítimamente aquellos predios del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Subsidiariamente, se solicita declaración en el sentido de que los demandantes como poseedores de terrenos en las Sabanas o Hacienda de Tocaría, son dueños por los linderos que se acrediten en el término probatorio, de las extensiones de suelo que han venido explotando económicamente, y también del petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que existan en el subsuelo de dichas tierras".

En la exposición de los hechos fundamentales de la demanda, se afirma lo siguiente:

"1. La Junta de Temporalidades, por remate del 20 de octubre de 1790, enajenó las Sabanas de Tocaría a don Joaquín Lasso de la Vega, por la cantidad de $26.000.oo; Sabanas éstas que la Compañía de Jesús había poseído en los Llanos de Casanare, Municipios de Pore, Munchía y Trinidad.

"2. El dominio sobre las Sabanas de Tocaría pasó después al patrimonio de Rosaura Vega, hija del rematante Joaquín Lasso de la Vega; posteriormente fueron adjudicadas al señor Antonio Liccioni, el 19 de abril de 1846, en el ejecutivo de la Hacienda Nacional contra Cecilia Huertas;

"3. El señor Liccioni hizo una serie de ventas de derechos proindiviso sobre las Sabanas de Tocaría, formando así una comunidad, de la cual forman hoy parte los demandantes y muchas otras personas, qué sea por herencia, compra u otros títulos igualmente válidos, adquirieron los derechos sobre tales Sabanas.

"4. Sobre las Sabanas o Hacienda de Tocaría se superpone el área de la Propuesta número 193, formulada por Ernesto Saldarriaga, sobre exploración y explotación de petróleos en terrenos de 155.250 hectáreas, en los Municipios de Moreno, Pore, Nunchía, Marroquín y Trinidad, propuesta que fue admitida por el Ministerio del Ramo en Resolución de fecha 20 de octubre de 1944.

"En 18 de septiembre de 1952 se sometió la demanda a reparto, habiéndole correspondido al entonces Magistrado Doctor Agustín Gómez Prada, bajo el No. 246.

"Mediante providencia de 30 de septiembre de 1952, se admitió la demanda; se reconoció al Doctor Gustavo Hernández Rodríguez como apoderado de los demandantes, y se ordenó el respectivo traslado al señor Procurador el día tres de octubre del mismo año.

"El referido funcionario descorrió oportunamente el traslado de la demanda, según escrito de 15 de octubre de 1952.

"Por auto de 23 de octubre de 1952 se abrió el juicio a pruebas. Las pedidas oportunamente por el apoderado de los demandantes, fueron decretadas en providencia de 24 de junio de 1954.

"En el reparto general verificado en esta Sala el 2 de febrero de 1954, el negocio de que se trata le correspondió al H. Magistrado Doctor Aníbal Cardozo Gaitán.

"En negocio de que se trata en el Capítulo III de esta relación, fue acumulado al que se menciona en el Capítulo II de la misma, previos los trámites del respectivo incidente, que se falló en providencia de fecha 6 de julio de 1954; de tal suerte que de los dos negocios así acumulados, conoció el Magistrado Doctor Roberto Goenaga".

Hecha la relación anterior de autos, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de junio 20 de 1955, Decretó la acumulación respectiva de los tres juicios mencionados en la citada relación y en virtud de haber solicitado el apoderado especial de Jorge Luis Vargas y otros y porque "las tres demandas tienen por objeto una declaración sobre dominio privado del petróleo que pueda encontrarse en terrenos que hicieron parte de las llamadas 'Sabanas de Tocaría', las cuales según las demandas, salieron del patrimonio nacional en virtud de un remate verificado el 20 de octubre de 1970 por la Junta de Temporalidades; a las demandas que cursan en única instancia ante la Corte, dió origen la propuesta de contrato número 193: y en todas ellas es demandada la Nación.

"La acumulación de los juicios referida se siguió tramitando bajo una misma cuerda y correspondió conocer de todos ellos al Doctor Néstor Pineda, Magistrado de la Corte, por ser el más antiguo el referente a Alberto Arenas Díaz y del cual venía conociendo hasta esa fecha el Doctor Pineda.

Volviendo hacia atrás, se tiene que antes de quedar acumulados los tres juicios de la referencia, y durante el término probatorio de cada uno de ellos se trajeron abundantes documentos relacionados con la tradición de los respectivos globos de terreno enderezados a demostrar la propiedad de los inmuebles que se hallan situados en la denominada Sabana de Tocaría y dentro del área de la propuesta número 193 que dió lugar a estos negocios. Oportunamente se decretaron y se llevaron a cabo dos inspecciones oculares dentro del término probatorio así:

"Juicio de Alberto Arenas Díaz".

Por auto de cinco de septiembre de 1951 proferido en el juicio llevado por Alberto Arenas Díaz y correspondiente a los terrenos de "El Deshecho", "Pescadero" o "La Providencia" hoy "Gaviotas" se ordenó la práctica de la Inspección Ocular a estos inmuebles. Esta diligencia la llevó a cabo el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), a quien comisionó para ello la H. Corte, con asistencia del señor Fiscal de esa Corporación, de los peritos y testigos, entre los días comprendidos del 18 al 24 de marzo de 1954 (folios 81 a 95 del Cuaderno No. 2, Grupo 1o.), y durante ella se recorrieron los predios motivo de la diligencia, y al final de esta el Tribunal consignó las declaraciones que consideró pertinentes al respecto y que aparecen a los folios 93 vto. a 95 del Cuaderno correspondiente al Grupo No. 1, marcado con el 2.

Los peritos rindieron su dictámen dentro del término que para el efecto se les concedió, y tal experticio obra a folios 99 a 102 del cuaderno citado anteriormente.

Puesto en conocimiento de las partes el dictamen pericial conforme a lo dispuesto en el artículo 719 del C. J. éstas guardaron silencio.

Con fecha 25 de marzo de 1957, la Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia profirió el auto que obra a folios 231 vuelto del Cuaderno de Pruebas solicitadas por el apoderado de Fernando Reyes M., mediante el cual ordenó dicha Corporación que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo practicara las inspecciones oculares decretadas en los juicios seguidos por Fernando Reyes M., y Jorge Luis Vargas y otros contra la Nación, según proveídos de fechas 8 de abril y 24 de junio de 1954.

En cumplimiento de lo anterior el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo llevó a cabo la Inspección Ocular entre los días comprendidos del 6 al 12 de abril de 1957, que obra a folios 240 a 266 del Cuaderno de Pruebas de Fernando Reyes M., y al término de la diligencia el Tribunal consignó varias conclusiones que llegado el caso más adelante se estudiaran. Los peritos rindieron oportunamente (Folios 286 a 301 del Cuaderno 1o. Pruebas de Fernando Reyes) y puesto oportunamente en conocimiento de las partes, éstas guardaron silecio.

El Doctor Gustavo Hernández Rodríguez con fecha 13 de julio de 1961, presentó demanda de coadyuvancia en representación de Gabriel Ramos y otros ante la H. Corte Suprema de Justicia con fundamento en que sus poderdantes "son poseedores inscritos de derechos proindivisos en las Sabanas de Tocaría, que es la misma Hacienda de Tocaría que fue de los Jesuítas y por ser poseedores la sentencia que se dicte, aprovechará a mis poderdantes o los perjudicará según el fallo" (Cuaderno No. 12 del Grupo 1o.). La Corte al desatar la propuesta de coadyuvancia accedió en cuanto a varios de los coadyuvantes y respecto de otros negó la solicitud por no haber demostrado su interés en la causa "puesto que tal interés solo puede ser

establecido en este caso con el título que acredite la calidad de poseedores de derechos dentro del globo que es objeto de la demanda, acompañado del certificado del Registro Público sobre la vigencia del título, sin que al juicio se haya traído tal prueba instrumental". (auto de 3 de octubre de 1961. Cuaderno No. 12 del Grupo 1o.). Así las cosas, y habiendo precluído el término probatorio en todos los negocios acumulados, se dió el traslado de rigor a las partes por diez días a cada una para alegar de conclusión mediante el auto de enero 26 de 1959, que obra a folio 75 del Cuaderno Principal. (Juicio de Alberto Arenas Díaz).

El Doctor Gustavo Hernández Rodríguez en su carácter de apoderado de los señores Jorge Luis Vargas, Fernando Reyes M. y otros, presentó un extenso alegato en que hizo el análisis de las pruebas traídas a los dos juicios para concluír que debía accederse a las peticiones de la demanda.

El Doctor Helí Rodríguez apoderado del señor Alberto Arenas Díaz, presentó también su alegato de conclusión ante la Corte el 13 de julio de 1961 (folios 128 a 140 del Cuaderno principal del juicio en cuya carátula aparece como actor Alberto Arenas Díaz), igualmente concluye que debe accederse a las súplicas de la demanda.

Formulados los alegatos de conclusión por las partes en los juicios acumulados pasó el negocio al señor Procurador Primero Delegado en lo Civil de la Nación, para concepto de fondo quien concluyó manifestando que: No se acreditó la identificación como realidad topográfica del terreno que se afirma salió del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni se comprobó la singularidad objetiva del predio descrito en la demanda; ni la relación clara entre los terrenos que se dicen salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 y los cuales se señalan como de propiedad actual de los demandantes, ni la relación de que estos terrenos los comprende en forma total o parcial, la propuesta de contrato No. 193.

Producido el anterior concepto, la Corte citó para sentencia con fecha tres de octubre de 1962. (Folio 170 del Cdno. Ppal. Juicio de Alberto Arenas Díaz).

En virtud de lo dispuesto por el Decreto 528 de 1964, pasó el negocio al Consejo de Estado por competencia, sin que en el expediente exista constancia de tal envío a esta Corporación, en donde aparece repartido con fecha 16 de agosto de 1965 al H. Consejero Doctor González Charry quien formaba parte en ese entonces de la Sección III de la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación. Correspondió después el conocimiento al Doctor de Sola Roncallo de la misma Sección y posteriormente por haber observado el Consejero Doctor Bonilla Gutiérrez que el negocio llegó al Consejo, de la Sala de Negocios Generales de la Corte sin oficio remisorio,

dictó el auto de septiembre 18 de 1969 en el cual dispuso: "Notificar a los demandantes en la forma prevista en el artículo 322 del C. de P. C. para que tengan conocimiento de que el negocio de la referencia se halla al despacho de esta Sección y a fin de que suministren el papel necesario para el fallo".

Lo ordenado en el auto anterior fue cumplido por la Secretaría de esta Sección III, como consta a folios 174, 177 y ss. del Cuaderno Principal. (Juicio de Alberto Arenas Díaz).

Los señores Héctor y Alfonso Moreno Díaz, reconocidos como interesados en el presente negocio por medio de la providencia de 3 de octubre de 1961 (Coadyuvancia. Grupo 1o. Cuaderno 12, folio 40), por medio de memorial dirigido a esta Corporación el 30 de septiembre de 1969, confirieron poder amplio y suficiente al Doctor Horacio Perdomo, abogado titulado e inscrito, para que los representara en este juicio, y fue así como por auto de fecha 30 de octubre del mismo año (folio 171 del Cdno. Ppal.) se reconoció con tal carácter al Doctor Perdomo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar el fallo en el presente negocio, previas las siguientes consideraciones:

La competencia para conocer de estos juicios estuvo radicada en la H. Corte Suprema de Justicia por muchos años, y fue doctrina constante de esa Corporación, mantenida en todos sus fallos, la de que los elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolífero eran los siguientes:

a) Título proveniente del Estado con el cual se acredite que las tierras materia del litigio salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

b) Propiedad actual del actor en el período de la prescripción extraordinaria relativa a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata;

c) Determinación precisa del inmueble en que subyace el petróleo cuya propiedad se disputa;

d) Identificación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado;

e) Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se halla el petróleo objeto de la declaración de propiedad particular impetrada.

De acuerdo con lo anterior, al Consejo le bastaría examinar si en el caso de autos se reunen aquellos elementos constitutivos de la acción, para decidir lo que fuere del caso. Sin embargo, la Sala considera necesario detenerse a estudiar previamente la situación jurídica del subsuelo petrolífero en virtud de la innegable influencia que en el panorama jurídico nacional tiene, respecto de la legislación sobre minas e hidrocarburos, la Ley 20 de 1969 expedida por el Congreso Nacional a propuesta del Gobierno.

En efecto, según los artículos 1o. y 13 de esta ley todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", y agrega; "esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto No. 1275 de 1970, reglamentario de la Ley 20 de 1969, "se entiende que únicamente reunen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha (22 de diciembre de 1969) por un título específico de adjudicación minera, por una redención a perpetuidad o por una sentencia definitiva, siempre que estos actos, de acuerdo con la legislación de la época, impliquen el otorgamiento, el reconocimiento, o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de las minas de que se trate, y que conserven su validez jurídica". Y el artículo 5o. del mismo Decreto agrega que "se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezcan perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares".

Según el artículo 5o. del referido estatuto "las disposiciones precedentes se aplican a las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre las minas y el subsuelo y que el 22 de diciembre de 1969 no hayan sido objeto de sentencia definitiva".

Pues bien, en sentir de la Sala, el inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos en que se apoyan las presentes demandas y según el cual "es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmete del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873", fue derogado por la Ley 20 de 1969, de donde resulta indispensable estudiar a la luz de las disposicones que se dejan transcritas, si el derecho invocado por los demandantes, o sea la norma del Código de Petróleos citada anteriormente, constituye por sí "el derecho constituído a favor de terceros", es decir, si se configura "una situación jurídica subjetiva y concreta debidamente perfeccionada y vinculada a un yacimiento descubierto", o sí, por el contrario, los propietarios de terrenos que salieron

del dominio del Estado con anterioridad a aquella fecha adquirieron el derecho real de dominio sobre los presuntos yacimientos petrolíferos que se encontraren en ellos, siendo pertinente, por consiguiente, examinar los efectos de la Ley 20 de 1969 a través de los principios consagrados en los artículos 17 y 28 de la Ley 153 de 1887 sobre tránsito de legislación, que dicen:

> **"Artículo 17.** Las meras espectativas no constituyen derecho contra la ley que las anule o cercene".
>
> **"Artículo 28.** Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

Parece innecesario, por haberse hecho ya en forma exhaustiva por la jurisprudencia y la doctrina, un nuevo recuento de toda la legislación que en materia de propiedad minera ha regido desde la Conquista hasta nuestros días; según ellas, ésta puede dividirse en tres períodos:

1. Desde la Conquista hasta la Confederación Granadina en 1858;

2. De la Confederación Granadina hasta la Constitución de 1886, y

3. De 1886 hasta la fecha.

Durante el primer período rigió la legislación española en general, según la cual las minas eran de propiedad de la Corona o del Soberano y no del dueño del suelo, o sea que en todo este lapso, rigió, con algunas excepciones, el principio de la división del suelo y el subsuelo. Consolidada la independencia y hasta 1858 continuó rigiendo esta legislación en virtud de diversas normas legales, como la Constitución de 1821, en cuanto no se opusiera a dicha Constitución o a las leyes que expidiera el Congreso.

Entre las normas de carácter legal expedidas entonces es pertinente citar el Decreto dictado por el Libertador el 24 de octubre de 1829 denominado Reglamento sobre Minería, cuyo artículo 1o. decía: "las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto", con lo cual se reiteró la nacionalización del subsuelo minero.

En síntesis, la jurisprudencia, en cuanto a este lapso ha concluído:

1. Que en el derecho histórico español rigió como principio general el de la división del suelo y el subsuelo minero, y que las minas pertencían a la

Corona (Después a la República) quien las daba en concesión temporal para su beneficio mediante el pago de una regalía;

2. Que eran del dominio privado, por excepción, las que habían sido cedidas expresamente por el rey en ley, ordenanza o cédula o nominativamente en carta de enajenación o merced;

3. Que pertenecen al dueño del terreno las que el Soberano no se había reservado en capitulación para el descubrimiento, conquista o población de nuevas tierras.

Refiriéndose a este período, la exposición de motivos de la Ley 20 de 1969, llega a estas conclusiones:

1. Durante la época colonial y durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida independiente, todas las minas, ya se encontraran en terrenos baldíos o de propiedad privada pertencían exclusivamente a la Corona y después a la República, que no a los particulares;

2. Los conceptos de derechos constituídos y adquiridos de que trata la norma analizada (artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886) no se extienden a épocas anteriores al 22 de mayo de 1858, ya que en esos tiempos el dueño del suelo no lo era de las minas subyacentes, y, por lo tanto, no podía constituir o adquirir ningún derecho de propiedad sobre éstas. Aquellas expresiones sólo se refieren, en lo tocante con el período estudiado, a las situaciones jurídicas individuales creadas sobre determinados depósitos y condicionadas al pago de las regalías y a la explotación económica, y

3. La unificación del dominio de la República sobre todas las minas que se encontraban en el territorio nacional creó, hasta 1858, un estado de derecho perfecto y una situación jurídica consolidada e irreversible que no podía desconocerse por leyes posteriores.

Al organizarse la Confederación Granadina por la Constitución de 1858, la situación jurídica del subsuelo minero sufrió las modificaciones que pueden sintetizarse así: por el artículo 6o. se declaró que pertencían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos nacionales o particulares; por el artículo 8o. se confirió a los Estados Soberanos la potestad de regular todos los objetos o asuntos no atribuídos a la competencia de aquella. En desarrollo de esta disposición los Estados Soberanos procedieron a legislar sobre el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a la reserva federal, la cual fue ampliándose por leyes posteriores como la 13 de 1868 que incluyó las minas y depósitos de carbón

en algunos Departamentos del Estado del Magdalena, y la 29 de 1873 que la extendió a todos los depósitos y minas de la misma sustancia. Por último el Código Fiscal expedido en 1873, Ley 106 de ese año, la amplió en la siguiente forma: por el artículo 1116 se reservó la propiedad de las minas y depósitos de carbón, guano y cualquier otro abono semejante que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación, y por el artículo 1126 se declaró que pertenecían a la Unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, las de azufre y otros no expresados en el Título 14 del Código, entre los cuales figura el petróleo.

De los Códigos de Minas expedidos por los Estados Soberanos el de Antioquia, Ley 127 de 1867, que fue adoptado posteriormente para toda la República según la Ley 38 de 1887, es pertinente mencionalrlo aquí para el estudio que se viene haciendo, por cuanto por medio del artículo 1o. se definió la propiedad de las minas así: de la Nación las de esmeraldas y sal gema: al Estado las de oro, plata, platino y cobre; y al dueño del terreno todas las demás de cualquier clase que sean, lo cual quiere decir que, respecto de la reserva para el Estado y para la Unión estableció la división del suelo y el subsuelo y la accesión para las otras.

Y en el tercer período, al expedirse la Constitución de 1886 varió fundamentalmente el sistema o régimen vigente hasta entonces, ya que por medio del artículo 202 se regresó a la nacionalización total de las minas que pertencían a los Estados Soberanos y, obviamente, a las que se refería la reserva federal anterior, "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de estos por la Nación a título de indemnización".

Es importante citar aquí la norma consagrada por el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 mencionada anteriormente y que adoptó para la Nación el Código de Minas de Antioquia, que es del tenor siguiente: "En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esa heredad serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley". Y también el artículo 11 que dice: "el titular de las minas que, pasando cinco años desde la fecha de la adjudicación, no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aún cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

En este lapso se expidió la norma que hoy es el artículo 5o. del Código de Petróleos, cuyo inciso 2o. confiere la propiedad del petróleo que se encuentre en terrenos que salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, al dueño del suelo. Cabe observar aquí, para la mejor inteligencia del problema, que esta norma es similar al precepto contenido en el artículo 1o. del Código de Minas de Antioquia, Ley 106 de 1867, que luego fue el Código de Minas de la Nación, en cuanto atribuye al dueño del suelo la propiedad de las minas no reservadas por la Unión o por el Estado Soberano de Antioquia. E igualmente al caso del Tesoro no descubierto, el cual pasa a ser propiedad del dueño del suelo si éste mismo es quien lo descubre, sólo que este modo de adquisición del dominio lo sitúa el Código Civil en el Capítulo que trata de la Ocupación. Y con la expedición de la Ley 20 de 1969 se cierra este período, en cuanto a la legislación que interesa al presente estudio.

Como conclusión de todo lo anterior, se transcribe a continuación los siguientes pasajes de la exposición de motivos de la Ley 20 que dicen:

"Ninguna de las Constituciones del siglo pasado y del presente consagró el principio de que los dueños del suelo lo fueran también de las minas que en él se encontrarán. La Carta de 1858 se limitó a decir que los "objetos" no atribuídos por ella a los poderes de la Confederación serían de competencia de los Estados, y la de 1863 apenas autorizó para modificar el sistema de dominio por actos legislativos especiales. Por otra parte, las antiguas ordenanzas españolas y las disposiciones que rigieron durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida republicana rechazaron completamente aquella posibilidad al establecer que todos los yacimientos pertenecían a la Corona y después a la Nación.

"Solo con posterioridad a 1858, las Asambleas de los Estados vinieron a introducir, aunque en forma muy restringida y para ciertos minerales únicamente, aquel principio exótico en nuestro derecho minero. Y siguiendo un criterio semejante, el artículo del Código Fiscal de 1873 admitió la idea de la accesión en las adjudicaciones de baldíos, pero solo en cuanto ella no afectara los depósitos de la Nación.

"Es claro que ninguna de estas disposiciones podía desconocer o alterar en forma alguna el dominio anterior de la República sobre la totalidad de las minas que se encontraren en su territorio, ni retrotraer, por lo tanto, el derecho de los adjudicatarios de baldíos a épocas peexistentes en las cuales se consagraba el régimen contrario.

"Así se desprende de los principios generales de derecho que en todas las épocas han orientado nuestra organización jurídica, y así quedó consagrado, de manera expresa y categórica, en el artículo 24 de la Constitución de 1863, cuando dijo: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo en el Gobierno General ni en el de los Estados, excepto en materia penal, cuando la ley posterior imponga

menor pena". La norma transcrita significa que el principio de la accesión de la mina al suelo, adoptado en forma muy limitada por los Estados y por el Código Fiscal, solo produjo efectos para el futuro y, por consiguiente, no modificó en nada el dominio que antes tenía la Nación sobre los yacimientos mineros, ni otorgó a los particulares derecho alguno a extender la nueva situación a épocas pretéritas. Por lo tanto, los ordenamientos legales dictados en tiempos de la Federación no tuvieron incidencia alguna en el régimen preexistente que ya había creado a favor de la República un status jurídico consolidado e irreversible. En consecuencia, no se puede dicir, como se ha venido haciendo con tanta ligereza y precipitación, que las minas y los yacimientos petrolíferos que se encuentren en terrenos adjudicados con anterioridad al 28 de octubre de 1873 pertenecen a los dueños de las zonas respectivas.

"De acuerdo con los razonamientos anteriores y con los artículos 6o. de la Carta de la Confederación Granadina, 24 y 30 de la Constitución de Rionegro y 939, 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873, a los dueños de terrenos nunca pertenecieron las vertientes saladas ni las minas de esmeraldas (sobre estas hubo algunas variaciones), de sal gema, de carbón, de guano, de abonos en general, de cobre, de hierro, de metales no preciosos, de azufre, de petróleo y de las otras sustancias que en aquellas disposiciones se enumeran. Y de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados, tampoco pertencían a los propietarios del suelo las que aquellos declararon de su dominio, es decir, los yacimientos de piedras preciosas y de metales en general en Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima; los de oro, plata, platino y cobre en Antioquia y Bolívar; los de cualquier clase que se encontraran en el territorio de Boyacá; y los conocidos con los nombres de minas y mineras en el Cauca.

"Los depósitos distintos a los enumerados anteriormente sí pertenecieron al dueño del terreno respectivo, pero solo desde el momento en que hubiere empezado a regir la disposición que estableciera ese régimen jurídico. Las adjudicaciones de baldíos hechas con anterioridad a la vigencia de la norma correspondiente no comportaban el derecho a la acción aludida, como ya se dijo. Pero es preciso destacar que cualquiera que fuesen las minas que pertenecían al propietario del suelo durante la Federación, todas ellas se incorporaron al patrimonio de la República por mandato del artículo 202 de la Constitución, en armonía con el 5o. de la Ley 38 de 1887.

"Los antecedentes relatados y la letra y espíritu de los artículos 202 de la Carta Fundamental, 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887, demuestran con toda evidencia lo siguiente:

"1. Que desde que entró a regir la nueva Constitución, la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraran en el territorio nacional, ya hubiesen pertenecido a los extinguidos Estados o a los propietarios del suelo. Se retornó, de esta manera, al sistema jurídico anterior al 22 de mayo de 1858 y se eliminó, de consiguiente, el régimen consagrado durante la época de la Federación.

"2. Que las excepciones relativas a los derechos constituídos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de ciertos yacimientos se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas

individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero especificadamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86.

"3. Que a los descubridores y explotadores no se les otorgaban, por regla general, derechos permanentes e irrevocables sobre las minas sino que apenas se les confería prerrogativas sujetas al cumplimietno de ciertas obligaciones, como el pago de los gravámenes correspondientes, el laboreo de los yacimientos, el lleno de algunas formalidades, etc. No se les concedía, pues, un dominio irreversible y constante. Por el contrario, el derecho era contingente y quedaba sometido a condiciones resolutorias. Estas modalidades, con algunas variaciones establecidas en las leyes nacionales y locales, caracterizaban las situaciones jurídicas creadas antes de la vigencia de la Constitución del 86. Tales situaciones hicieron tránsito al nuevo régimen, pero con la carga adicional de que para conservar el derecho, los interesados tenían que establecer trabajos formales de explotación dentro de los cinco años siguientes a la adjudiciación, como reza el artículo 11 de la Ley 38 de 1887. De igual manera, a los nuevos descubridores y explotadores se les concedía posteriormente su derecho, y

"4. Que desde la fecha de vigencia de la Constitución del 86 quedó absolutamente eliminado el criterio de que cierta clase de minas pertenecían al dueño del suelo, ya que ese privilegio se tradujo simplemente, por mandato del artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en un derecho de preferencia, por el término de un año, para denunciar los yacimientos que se encontraran en las respectivas heredades. Igualmente desapareció, como consecuencia necesaria de la referida norma legal, el principio de que la adjudicación de baldíos implicara la cesión de algunos de los depósitos que se pudieran encontrar en el correspondiente globo de terreno. Por consiguiente, en la forma indicada quedaron modificadas o derogadas todas las disposiciones contrarias al Código de Minas del Estado de Antioquia y del Código Fiscal Nacional de 1873, adoptados para la República unificada.

"No obstante que los artículos 202 de la Constitución, y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887 restablecieron el dominio de la República sobre todas las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en su territorio, con la única excepción de los derechos constituídos a favor de terceros, en la Ley 110 de 1912 se dice que tienen el carácter de bienes fiscales del Estado los depósitos de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertos o que se descubran en baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Se sugiere, de esa manera, que las minas citadas pertenecen a los particulares cuando se hallen en baldíos adjudicados con anterioridad a la fecha mencionada. Así lo estableció, posteriormente, el Código de Petróleos.

"En tales disposiciones no hay más que una errónea interpretación de los artículos 1116 y 1126 del antiguo Código Fiscal de 1873. En esa época, y mediante las normas referidas, la República se reservó los depósitos de carbón, guano y otros abonos y, además, declaró que le pertencían los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y los nó expresados en el Título 14 de aquel estatuto, entre los cuales se encontraban los de petróleo. Pero

esas disposiciones únicamente significaban y significan que tales depósitos, a partir de la fecha indicada, ya no correspondían a los antiguos Estados Soberanos como venía ocurriendo desde 1858, sino a la Unión Colombiana. Simplemente se trasladó el dominio de una entidad de derecho público a otra entidad de derecho público. De allí que resulte inadmisible la extraña apreciación de que la reserva consagrada en 1873 implicara un tácito reconocimiento de propiedad privada para los yacimientos situados en baldíos adjudicados con anterioridad a esa fecha.

"Si hasta 1858 los particulares carecían de derecho alguno sobre las minas que se encontraran en sus propios terrenos en razón de que todas ellas pertenecían, primero a la Corona y después a la República, cómo puede sostenerse que el beneficiario de una adjudicación de baldíos hecha en 1830 o en 1840, por ejemplo, viniera posteriormente a adquirir un derecho que la legislación vigente en esos años le negaba? O es que se pretende que el Código Fiscal de 1873 tuvo efecto retroactivo en favor de los particulares y en perjuicio de la República, a pesar de que el artículo 24 de la Constitución de 1863 rechazó expresamente semejante posibilidad? Una interpretación de esa naturaleza resulta a todas luces equivocadas, ya que al empezar a regir la Carta de la Confederación Granadina era irreversible la situación jurídica creada en beneficio de la Nación.

"Pero hay algo más. Aún en el supuesto inadmisible de que los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873 hubiesen reconocido implícitamente el dominio particular de las minas ubicadas en los baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de ese año, el hipotético derecho habría desaparecido totalmente al iniciarse la vigencia de la Constitución del 86, ya que ésta, en su artículo 202 restauró para la República el dominio de todos los yacimientos situados en su territorio y que el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el supuesto derecho de los dueños del suelo.

"De allí que no se pueda aceptar la constitucionalidad de las normas legales posteriores a 1887 que consagran la propiedad de los particulares sobre las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de 1873. Por esa razón, entre otras, el Gobierno ha estimado indispensable someter este proyecto a la consideración de las HH. Cámaras Legislativas. Desea cumplir un mandato imperativo de nuestra Carta Política y aspira a que la Nación recobre la totalidad de su dominio minero".

Como puede observarse, la identidad de las tesis jurídicas que se dejan transcritas con las consagradas en la Ley 20 de 1969, que le sirvieron de fundamento, es manifiesta.

Confirman las tesis anteriores los siguientes pasajes de una sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de fecha 29 de agosto de 1963 proferida en el juicio ordinario de minas de segunda instancia de Arsecio Mejía Hoyos contra la Nación, en los cuales se fija el alcance de la frase "derechos constituídos a favor de terceros" que emplea el ordinal 2o. del artículo 202 de la Constitución, expresión que repite el artículo 1o. de la

Ley 20 de 1969, en relación con el artículo 1o. del Código de Minas de Antioquia (Ley 127 de 1867) adoptado para la Nación, respecto de las minas no reservadas para la Unión ni para los Estados Soberanos, sino de propiedad del dueño del suelo, disposición que, como se dijo al principio, contiene un precepto idéntico al del inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos, o sea el de la accesión del subsuelo minero al suelo, que dicen: "Los *derechos constituídos* de que habla el ordinal 2o. no son otros que los *adquiridos* conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas individuales creadas a su amparo. Así lo sugiere el común empleo que doctrinantes y jurisconsultos hacen de las locuciones como *derechos consumados, derechos constituídos, constitución de un derecho, consumación de un derecho, etc.*, para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de *derecho adquirido,* y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele *constituir* o *atribuir* derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezcan de la calidad de adquiridos; para esta distinción entre derechos constituídos y derechos adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de este pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituída con su reglamentación legal: en efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o sustancias en él subyacentes hipotéticamente, sino de establecer un *modo* general de adquisición de la propiedad minera; la ley en este caso es de carácter abstracto, como es de su naturaleza serlo, y con este criterio contituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se *hallen* o *descubran* en él: el de la unidad del suelo y el subsuelo o de la accesión" (los subrayados son de la Corte).

"La excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la Ley 127, como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión, solo puede crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados, y además, porque no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un *hecho cumplido* conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre los bienes individualizados o determinados (al punto que en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa; usualmente se dice: 'mi cosa', 'mi mina', en vez de 'soy dueño

de tal cosa' o 'de tal mina'), y el venero aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple espectativa, según Lhemann (Tratado de Derecho Civil, Vol. I, Parte 1a., sec. I. Capítulo III, 12, II, 4): y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una espectativa de derecho: 'El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propietario y para el descubridor un *derecho de espectativa de propiedad,* enajenable y transmisibles por herencia. En cambio, semejante derecho *no* existe todavía antes del *descubrimiento del tesoro*, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos' (Enneccerus, Kipp, Wolff, Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Capítulo III, 83, III, I, b). Los subrayados son del autor".

No sobra agregar que de conformidad con la legislación nacional sobre petróleos, en ninguna época, los propietarios de fundos, aún en el supuesto de que ellos hubieran salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 estaban facultados, por la ley, para ejercer por sí y ante sí sobre los yacimientos de hidrocarburos subyacentes, en el caso de que existieran, los mismos actos de señor y dueño que podían ejercer respecto del suelo, pues al paso que éstos no tenían ninguna traba para su ejercicio, aquellos estaban sometidos a una serie de requisitos sin cuyo cumplimiento ningún derecho podía materializarse sobre ellos.

De lo expuesto hasta aquí la Sala concluye que el inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos no confirió a favor de los propietarios de terrenos salidos del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por sí, es decir, por ministerio de la ley, el derecho real de dominio sobre los presuntos yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en ellos, y que aquellos propietarios que no tenían definida a su favor una situación jurídica concreta e individualizada en virtud de un Título de Adjudicación, de una sentencia definitiva, o una declaración administrativa conforme a los preceptos del Código de Petróleos, respecto de ellos, con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedaron comprendidos en la excepción consagrada en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, pues su situación con relación a aquellos presuntos yacimientos apenas configuraba una mera expectativa, de aquellas que, según el artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "no constituye derecho contra la ley nueva", en este caso la Ley 20 de 1969. En consecuencia, son de propiedad de la Nación todos los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional y que no se hallen en los casos exceptivos que se acaba de enumerar, trátase de terrenos baldíos o de propiedad particular, así éstos hayan salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala considera innecesario detenerse a examinar si se reúnen, en el presente caso, los elementos constitutivos de la

acción de dominio privado de los presuntos yacimientos petrolíferos que pudieran encontrarse en los terrenos delimitados en la propuesta No. 193, enumerados al principio de este estudio.

En cada una de las demandas de que se viene haciendo mérito, los actores, entre las peticiones respectivas, solicitan que se haga la declaración de que los terrenos señalados en ellas son de propiedad de los demandantes por haber salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, declaración para la cual no es competente esta Corporación. Esta incompetencia, sin embargo, no produce nulidad de lo actuado, según jurisprudencia reiterada, en varios fallos, de la H. Corte Suprema de Justicia, en virtud de que el Consejo de Estado sí es competente para conocer de la acción sobre propiedad del subsuelo petrolífero.

En mérito a 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,

FALLA:

1. Se declara inhibido de pronunciarse respecto de las peticiones sobre declaratoria de propiedad privada de los terrenos a que se refieren las demandas acumuladas de que trata este juicio.

2. Niéganse las demás peticiones de las mismas tres demandas en referencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Este fallo fue aprobado por la Sala en la sesión verificada el 28 de enero de 1971.

Alfonso Castilla Saíz — Osvaldo Abello Noguera — Carlos Portocarrero Mutis — Gabriel Rojas Arbeláez.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

A 292-0/PJ

JUICIOS DE MINAS Y PETROLEOS

MINAS. Pertenecen a la Nación todas las minas de cualquier clase que sean, que se encuentren en el territorio nacional que no se hallen en los casos exceptivos consagrados en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 en armonía con el artículo 3o. del Decreto 1265 de 1970, situadas en terrenos baldíos o de propiedad privada aún cuando éstos hayan salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D. E., mayo once de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Castilla Sáiz.*

Ref. Expediente número 1015. Ordinario. (Minas).

Actores: Estrella Marina Padrón de Laage y Antonio Londoño V.

Los señores *Estrella Marina Padrón de Laage* y *Antonio Londoño V.* presentaron demanda por medio de apoderado ante el Consejo de Estado el 26 de octubre de 1968, para que con base en los hechos descritos en libelo y "por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia" se hagan las siguientes declaraciones con citación y audiencia del Ministerio Público:

"1. Que las tierras denominadas 'La Castalia, Mesitas y Cascadas Altas', ubicadas descritas y alinderadas en los hechos primero y segundo del presente libelo de demanda, salieron del patrimonio nacional del Estado de manera legítima y con anterioridad a la reserva nacional de minas, efectuada el 28 de octubre de 1873 por título justo emanado del Estado.

"2. Que el hierro, sustancias metálicas y no metálicas, excepción hecha de las esmeraldas y sal gema, madera, etc., que se hallen dentro de los predios de mis poderdantes señalados en el suelo y en subsuelo, son igualmente de propiedad de mis poderdantes.

"3. Que, como consecuencia de lo anterior, la Nación no puede impedir trabajos de exploración y explotación, aprovechamiento y beneficio de los minerales señalados, a mis poderdantes, realizados o que realicen por sí mismos o por conducto de terceras personas naturales o jurídicas.

"4. Que igualmente, y como consecuencia de lo anterior, la Nación no puede contratar o dar permisos para explotar y explorar minas situadas en tales predios, como si fueran de propiedad Nacional, por ser hoy de mis poderdantes".

Fundamenta las anteriores peticiones en los siguientes *hechos:*

"1. Mis poderdantes señores Estrella Marina Padrón Heredia de Laage y Antonio Londoño V., de las generalidades señaladas, son propietarios y poseedores

actuales materiales, en virtud de los títulos que luego relaciono a este libelo, por un lapso anterior a ciento trece (113) años, de dos globos de terreno denominados 'La Castalia' y 'Las Mesitas' y 'Cascadas Altas', ubicados en las fracciones rurales de Boca de Monte y Monte Cristo, de la jurisdicción del Municipio de Gachalá, Departamento de Cundinamarca, que se alinderan así: (se determinan los linderos).

"2. La Nación, ha respetado la propiedad privada sobre estos predios como sobre los aledaños, pues es un hecho evidente que, desde la fundación de la República, no ha efectuado ninguna adjudicación como baldío en estos lugares, porque a su tiempo los dió en dominio a varias personas naturales.

"3. Estos predios y quizá otros, salieron del Patrimonio del Estado, mucho antes del 28 de octubre del año de 1873, y por ninguno de los medios conocidos legalmente han vuelto o se han reintegrado al dominio de la Nación.

"4. Estos predios en mayor porción, fueron adjudicados así: Una parte a don Pastor Ospina Rodríguez, por Resolución de marzo de 1855, efectuada por la Gobernación de la Provincia de Zipaquirá, Resolución que fue debidamente aprobada luego por la Secretaría de Relaciones Exteriores de la República de Nueva Granada por Resolución No. 2 de 13 de marzo de 1855, publicadas oportunamente en la Gaceta Oficial; por otra parte, por adjudicación efectuada al señor Germán Jiménez, por Resolución de 30 de diciembre de 1867 del Gobierno del Estado de Cundinamarca, resolución aprobada por la Secretaría de Hacienda y Fomento, según Resolución de fecha 15 de abril de 1868, también debidamente publicada en la Gaceta Oficial de la época.

"5. Desde los citados años en que el Ejecutivo de Cundinamarca, (Estado Soberano de la Confederación Granadina), efectuó las adjudicaciones señaladas hasta hoy ha habido una continuada cadena de títulos, por traslación regular del derecho de propiedad, sin que exista vacío alguno, como oportunamente se verá dentro de la acción.

"6. Cabe anotar que mis poderdantes en el día de hoy ejercen posesión efectiva por medio de una explotación económica indiscutible.

"7. Los predios descritos son fácilmente identificables.

"8. Como consecuencia de estos hechos, mis poderdantes quieren establecer una factoría, fundición, fábrica o siderúrgica por encontrarse en tales predios unos yacimientos de hierro oligisto, de especial pureza mineral que viene siendo importado de Suecia y Noruega para templar los hierros de Paz del Río, conocidos como de baja calidad, con grave sacrificio de las reservas de divisas.

"9. Por Resolución No. 0469 de 24 de marzo de 1964, el Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Minas y Petróleos, resolución actualmente vigente, declaró congelada toda la región de la Provincia del Guavio, en el Departamento de Cundinamarca, y otras zonas más, especialmente la zona donde se sitúan los predios de mis poderdantes, alegando como fundamento la necesidad de un inventario

minero. En dicha Resolución esta zona está marcada con la número 4, y se indican los linderos correspondientes.'

"10. Parece ser que tal inventario ya terminó, pero es el caso que el Ministerio de Minas y Petróleos tiene congelada la zona; no admite permisos ni concesiones; ha suspendido varias propuestas en trámite, perjudicando de esta manera a los verdaderos dueños de los predios, quienes se han quedado sin acción para iniciar trabajos de explotación de minas de propiedad particular, o por lo menos para hacer las oposiciones legales a los permisos o propuestas de concesión que terceros vienen intentando para la explotación de minas de hierro ante el citado Ministerio.

"11. En estas condiciones, el Estado, por intermedio del Ministerio de Minas y Petróleos, presume que el mineral de hierro y otras sustancias metálicas situadas dentro de tales predios son de propiedad de la Nación, cuestión esta inaceptable, pues reitero que tales predios en mayor extensión, salieron del patrimonio nacional, antes de efectuarse la reserva minera en nuestro país.

"12. El Estado en las circunstancias actuales, impide el ejercicio pleno del derecho de propiedad respetado por la misma Constitución, frena el desarrollo económico, convirtiéndose en un competidor abusivo, además de desleal, porque está acudiendo a vías vedadas para que los nacionales o extranjeros que residen en Colombia tengan ejercicio pleno de sus derechos, por lo menos en lo relativo al dominio indiscutible sobre minas que se sitúen en terrenos legítimamente adjudicados, vendidos o entregados por el Estado antes del mentado 28 de octubre de 1873".

En Derecho se fundó en el Decreto de 24 de octubre de 1829, Constitución de 1863, Ley de mayo de 1864 del Estado Soberano de Cundinamarca, Ley 38 de 1887, Ley 110 de 1912, artículo 202 de la Constitución de 1886 y leyes vigentes; en procedimiento en los artículos 734, 735, 736 y siguientes del C. J., 205, 206 siguientes y pertinentes de la misma obra.

Presentada la demanda correspondió en reparto al doctor *Ricardo Bonilla Gutiérrez* quien en ese entonces formaba parte de esta sección III y la aceptó por medio del auto fechado el 16 de diciembre de 1968, disponiendo el traslado de la misma por el término de diez (10) días al señor Fiscal de la Corporación y demás requisitos previstos en el artículo 739 del C. J.

El señor Fiscal 4o. del Consejo de Estado contestó la demanda el 5 de febrero de 1969, oponiéndose a las peticiones de la misma por no constarle ninguno de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones.

Abierto el negocio a prueba, la parte demandante solicitó la práctica de varias y entre ellas de la de inspección ocular a los predios "La Castalia", "Mesitas" y "Cascadas Altas" afectados por la Resolución 0569 de 24 de marzo de 1964, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos, con el fin

de identificar los linderos de los citados predios y aclarar otros puntos que exigió el apoderado de los actores en el correspondiente memorial de pruebas, diligencia para la cual se comisionó al señor Juez Civil del Circuito de Gachetá.

Durante el término probatorio se trajeron a los autos varios de los documentos pedidos por el apoderado de los actores, pero en cuanto a la inspección ocular ésta no se llevó a cabo por negligencia de la parte interesada, como se verá más adelante.

El Ministerio de Minas y Petróleos confirió poder por medio de la correspondiente Resolución Ejecutiva que obra en autos, al doctor *Gabriel Francisco Cerón Cala,* cuya personería fue reconocida oportunamente.

Cabe advertir, que el Juez comisionado señaló el día 13 de mayo de 1970 para practicar la diligencia de inspección ocular la cual no se pudo llevar a cabo "porque las partes no se presentaron a suministrar los elementos necesarios para el transporte de la diligencia en cuestión", según informe Secretarial del 16 del mismo mes. El 21 siguiente el apoderado de los demandantes, solicitó nueva fecha "en vista del intenso invierno que azota la región" donde se hallan los predios motivo de la diligencia, y el funcionario por auto de mayo 26 de 1970 (fl. 33. Cdno. Pruebas de la demandante) ordenó permanecer el negocio en la Secretaría en espera de un tiempo mejor para la práctica de la diligencia y comunicar al Consejo de Estado para si fuere el caso prorrogar la comisión ordenada. Así las cosas, el apoderado de los demandantes se dirigió a esta Corporación en escrito de folio 37 (Cdno. Pruebas de la parte actora) haciendo idéntica solicitud y el Consejero del conocimiento negó la prórroga impetrada por considerar que las lluvias no constituían un caso de fuerza mayor al que fuera imposible resistir. Devuelto el negocio por el comisionado y precluída la etapa probatoria, se dió en traslado a las partes por diez días en su orden para que alegaran de conclusión, éstas guardaron silencio y puesto el negocio a disposición del señor Fiscal 2o. de la Corporación, éste conceptuó que la Sala debía declararse inhibida para resolver sobre las peticiones de declaratoria de propiedad privada que se hacen en la demanda, en atención a que el Consejo de Estado se pronunció al respecto sobre propiedad de subsuelo minero en sentencia proferida por esta misma Sala con ponencia del doctor *Alfonso Castilla Saiz,* de fecha 28 de enero de 1971, aplicable al presente caso.

Para resolver se considera:

Evidentemente en el fallo de enero 28 de 1971 a que se refiere el señor Agente del Ministerio Público, se hizo un estudio de la Ley 20 de 1969 y su incidencia respecto de la propiedad del subsuelo petrolífero, y ciertamente lo

que allí se dijo es aplicable en gran parte al caso de autos, sólo que como aquí se trata no de yacimientos petrolíferos sino de depósitos mineros de otra naturaleza, es necesario analizar la situación jurídica de tales depósitos en relación con la misma Ley 20 de 1969.

Realmente no existe hoy día ninguna disposición de carácter legal ni constitucional que expresamente diga que ciertas minas pertenecen al dueño del terreno cuando este hubiere salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como si la había respecto del petróleo, inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos, disposición que fue derogada por la Ley 20 de 1969, como se dijo en aquella sentencia. Sobre el particular es pertinente transcribir los siguientes apartes del referido fallo que dicen:

"**Propiedad Minera.** Períodos en que puede dividirse la legislación. Primer Período. La legislación que en materia de propiedad minera ha regido desde la conquista hasta nuestros días, puede dividirse en tres períodos:

"1. Desde la Conquista hasta la Confederación Granadina en 1858;

"2. Desde la Confederación Granadina hasta la Constitución de 1886; y

"3. De 1886 hasta la fecha.

"Durante el primer período rigió la legislación española en general, según la cual las minas eran de propiedad de la Corona o del Soberano y no del dueño del suelo, o sea que en todo este lapso rigió, con algunas excepciones, el principio de la división del suelo y el subsuelo. Consolidada la independencia y hasta 1858 continuó rigiendo esta legislación en virtud de diversas normas legales, como la Constitución de 1821, en cuanto no se opusiera a dicha Constitución o a las leyes que expidiera el Congreso. Entre las normas de carácter legal expedidas entonces es pertinente citar el Decreto dictado por el Libertador el 24 de octubre de 1829 denominado Reglamento sobre Minería, cuyo artículo 1o. decía: "las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto", con lo cual se reiteró la nacionalización del subsuelo minero. En síntesis, la jurisprudencia en cuanto a este lapso ha concluído:

"1. Que en el Derecho histórico español rigió como principio general el de la división del suelo y el subsuelo minero, y que las minas pertenecían a la Corona (Despues a la República) quien las daba en concesión temporal para su beneficio mediante el pago de una regalía;

"2. Que eran del dominio privado, por excepción, las que habían sido cedidas expresamente por el Rey en ley, ordenanza o cédula o nominativamente en carta de enajenación o merced;

"3. Que pertenecen al dueño del terreno las que el Soberano no se había reservado en capitulación para el descubrimiento, conquista o población de nuevas tierras.

"Segundo período de la legislación. Al organizarse la Confederación Granadina por la Constitución de 1858, la situación jurídica del subsuelo minero sufrió las modificaciones que pueden sintetizarse así: por el artículo 6o. se declaró que pertencían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en territorios nacionales o particulares; por el artículo 8o., se confirió a los Estados Soberanos la potestad de regular todos los objetos o asuntos no atribuídos a la competencia de aquélla. En desarrollo de esta disposición los Estados Soberanos procedieron a legislar sobre el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a la reserva federal, la cual fue ampliándose por leyes posteriores como la 13 de 1868 que incluyó las minas y depósitos de carbón en algunos Departamentos del Estado del Magdalena, y la 29 de 1873 que extendió a todos los depósitos y minas de la misma sustancia. Por último el Código Fiscal expedido en 1873, Ley 106 de ese año, la amplio en la siguiente forma: por el artículo 1116 se reservó la propiedad de las minas y depósitos de carbón, guano y cualquier otro abono semejante que se encuentre en los terrenos baldíos de la Nación, y por el artículo 1126 se declaró que pertenecían a la Unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, las de azufre y otros no expresados en el Título 14 del Código, entre los cuales figura el petróleo. De los Códigos de Minas expedidos por los Estados Soberanos, el de Antioquia, Ley 127 de 1867, que fue adoptado posteriormente para toda la República según la Ley 38 de 1887, es pertinente mencionarlo aquí para el estudio que se viene haciendo, por cuanto por medio del artículo 1o, se definió la propiedad de las minas así: de la Nación las de esmeraldas y sal gema; al Estado las de oro, plata, platino y cobre; y al dueño del terreno todas las demás de cualquier clase que sean, lo cual quiere decir que, respecto de la reserva para el Estado y para la Unión estableció la división del suelo y el subsuelo y la accesión para las otras.

"Tercer período de la legislación. Al expedirse la Constitución de 1886 varió fundamentalmente el sistema vigente hasta entonces, ya que por medio del artículo 202 se regresó a la nacionalización total de las minas que pertenecían a los Estados Soberanos y, obviamente, a las que se refería la reserva federal anterior 'sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización'. Es importante citar aquí la norma consagrada por el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 mencionada anteriormente y que adoptó para la Nación el Código de Minas de Antioquia. Y con la expedición de la Ley 20 de 1969 se cierra este período, en cuanto a la legislación que interesa al presente estudio".

De acuerdo con lo anterior, la legislación minera, en lo que a este estudio se refiere, puede reducirse a lo siguiente: Ley 127 de 1867, Código de Minas del antiguo Estado Soberano de Antioquia, adoptado posteriormente para toda la Nación por la Ley 38 de 1887, con las modificaciones, adiciones y reformas introducidas por esta misma ley y leyes posteriores; la Ley 38 de

1887; la Ley 106 de 1873, Código Fiscal; Constitución Nacional artículo 202; la Ley 110 de 1912, Código Fiscal; y por último la Ley 20 de 1969.

Según la legislación anterior a la Ley 20 de 1969, la situación jurídica de las minas en general, puede sintetizarse así:

1. Pertenecen a la Nación, con el carácter de adjudicables, las minas de oro, plata, platino, cobre y piedras preciosas con excepción de las esmeraldas, cualquiera que sea el dueño del terreno donde se encuentren;

2. También son de la Nación, pero nó adjudicables; las de esmeraldas de Muzo y Coscuez y Somondoco; las de oro y plata de Supía y Marmato; las de sal gema de Zipaquirá y Nemocón, y las de oro y plata situadas en el antiguo municipio de Fálan en el Departamento del Tolima;

3. Igualmente pertenecen a la Nación las minas de hierro, azufre, asfalto, etc. que se encuentren en terrenos particulares adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, y tampoco son adjudicables. Respecto de estas mismas minas pero situadas en terrenos adjudicados como baldíos antes de esa fecha, se entendía "a contrario senso" que pertenecían al dueño del terreno, y así fue aceptado generalmente.

Cabe aquí detenerse a examinar la situación jurídica de este último grupo de minas creada por el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 según el cual: "en donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley". La excepción se refiere a las minas de aluvión y de filón en terrenos cultivados o destinados a la ceba o cría de ganados, caso en el cual solo podían ser denunciadas por el propietario del suelo o con su permiso. Este artículo 5o. convirtió el presunto derecho que pudieran haber tenido los propietarios de terrenos sobre las minas subyacentes en uno que consistía en poder denunciarlas preferencialmente. De suerte que quienes no hicieron tal denuncia ningún derecho les quedó sobre los potenciales depósitos mineros no descubiertos y explotados con anterioridad a aquella fecha, porque sobre las minas ignoradas hasta entonces ningún propietario del suelo había adquirido por ministerio de la ley, el derecho real de dominio sobre ellas.

Así pues que, no obstante que el Código Fiscal de 1912, Ley 110, al enumerar los bienes fiscales del Estado menciona las minas de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, los depósitos de guano etc., descubiertos o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873, ello no quiere decir que aquellos depósitos o minas no descubiertas y explotadas antes de esa fecha, o denunciados conforme al artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en terrenos adjudicados con anterioridad a tal fecha, pertenecen hoy día al dueño del suelo, es decir, que en su cabeza radique el derecho real de dominio sobre esos minerales o depósitos ignorados.

Ahora bien, según el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", y agrega: "esta excepción a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto número 1275 de 1970, reglamentario de la Ley 20 de 1969, "se entiende que únicamente reunen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha (22 de diciembre de 1969) por un título específico de adjudicación minera, por una redención a perpetuidad o por una sentencia definitiva, siempre que estos actos, de acuerdo con la legislación de la época, impliquen el otorgamiento, el reconocimiento, o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de las minas de que se trate". Y el artículo 4o. del mismo Decreto agrega que "se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o de varios minerales que ofrezcan perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares".

Según el artículo 5o. del referido estatuto "las disposiciones precedentes se aplican a las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre las minas y el subsuelo y que el 22 de diciembre de 1969 no hayan sido objeto de resolución o sentencia definitiva".

Solo resta estudiar la excepción consagrada tanto en el artículo 202 de la Constitución como en el 1o. de la Ley 20 de 1969, es decir, sobre los derechos constituídos a favor de terceros, para lo cual basta transcribir nuevamente los apartes de una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de fecha 29 de agosto de 1963, proferida en el juicio ordinario de minas, de segunda instancia, de Arcesio Mejía Hoyos contra la Nación, que dice:

> **"Los derechos constituídos de que habla el ordinal 2o. no son otros que los adquiridos conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas**

individuales creadas a su amparo. Así lo sugiere el común empleo que doctrinantes y jurisconsultos hacen de las locuciones como derechos consumados, derechos constituídos, constitución de un derecho, consumación de un derecho, etc., para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de derecho adquirido, y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele constituir o atribuir derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezca de la calidad de adquiridos; pero esta distinción entre derechos constituídos y derechos adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de este pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituída con su reglamentación legal; en efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o sustancias en él subyacentes hipotéticamente, sino de establecer un modo general de adquisición de la propiedad minera; la ley en este caso es de carácter abstracto, como es de su naturaleza serlo, y con este criterio constituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se hallen o descubran en él: el de la unidad del suelo y el subsuelo o de la accesión.

"La excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la Ley 127, como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión, solo puede crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados, y además, porque no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un hecho cumplido conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre los bienes individualizados o determinados (al punto en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa; usualmente se dice: 'mi casa', 'mi mina', en vez de 'soy dueño de tal casa' o 'de tal mina'), y el venero aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple espectativa, según Lhermann (Tratado de Derecho Civil. Vol. I, parte 1a. Sección I, Capítulo III, 12, II, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una espectativa de derecho: 'El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propietario y para el descubridor un derecho de expectativa de propiedad, enajenable y transmisible por herencia. En cambio, semejante derecho no existe todavía antes del descubrimiento del tesoro, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos' (Ennecerus, Kipp, Wolff, Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Capítulo III, 83, III, I, b)".

En consecuencia, pertenecen a la Nación todas las minas de cualquier clase que sean, que se encuentren en el territorio nacional que no se hallen en los casos exceptivos consagrados en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 en armonía con el artículo 3o. del Decreto número 1265 de 1970, situadas en terrenos baldíos o de propiedad privada aún cuando éstos hayan salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Por lo demás, como se dijo atrás, los inmuebles de que aquí se trata no fueron identificados por no haberse podido llevar a efecto la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, ignorándose por consiguiente la ubicación de los presuntos yacimientos a que se refiere la demanda.

No es el caso, pues, de estudiar la titulación de los mencionados terrenos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su Fiscal colaborador,

FALLA:

No se accede a las peticiones de la demanda.

Copiese, notifíquese y publíquese. Revalide la parte actora el papel común usado en la actuación.

Este fallo fue aprobado por la Sala en la sesión verificada el seis de mayo de mil novecientos setenta.

Alfonso Castilla Sáiz — Osvaldo Abello Noguera — Carlos Portocarrero Mutis — Gabriel Rojas Arbeláez.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

DECRETOS DEL GOBIERNO

A293/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS. *Facultades en cuanto al control de las Sociedades* **El texto de los artículos 45 inc. 2o., 46 y 47, 251, 272 inc. 2o., y 273 del Decreto Reglamentario 2521 de 1950, no es contrario a las dispociones reglamentadas puesto que en éstas no existe prohibición alguna para que el control que ejerce la Superintendencia de Sociedades Anónimas no pueda ser previo a la solemnización de las reformas que se desee introducir al contrato social.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., enero diez y ocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Dávila Hernández.*

Radicación. 16/1398.

(Aprobada en sesión del día quince de enero de mil novecientos setenta y uno).

El Doctor James W. F. Raisbeck, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del C. C. A., demanda la declaratoria de nulidad del Decreto Reglamentario 2521 de 1950 en cuanto a lo dispuesto en sus artículos 45, inciso 2o., 46, 47 en sus ocho primeras palabras, 251, 272, inciso 2o. y 273.

Tramitado el juicio en legal forma, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Consejo a dictar el fallo correspondiente.

DISPOSICIONES ACUSADAS

Los artículos 45, inciso 2o., 46 y 47 del mencionado decreto establecen que ninguna sociedad anónima podrá aumentar su capital autorizado sin previo permiso expreso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas; reglamentan la forma de solicitar tal permiso por el representante legal de la sociedad y señalan la obligación de solemnizar el aumento mediante escritura pública.

El artículo 251, *ibídem*, generaliza la condición del permiso previo para escriturar toda reforma de estatutos de una sociedad y el artículo 272, inciso 2o., faculta al Superintendente de Sociedades Anónimas para autorizar la solemnización del aumento de capital y cualquier otra reforma estatutaria.

Finalmente, el artículo 273 faculta a la Superintendencia para revocar el permiso de funcionamiento a una sociedad, cuando solemnice sin previo permiso, reformas estatutarias que adolezcan de algún vicio de nulidad por

defectos de forma o de fondo, mientras la Asamblea General de accionistas subsana tales defectos o deroga las reformas, según sea el caso.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones: artículo 120 de la Constitución Nacional, numeral 3o., artículos 465 y 595 del Código de Comercio y artículos 1o., 11 y 17 de la Ley 58 de 1931 por medio de la cual se creó la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se regula la creación y funcionamiento de este tipo de sociedades mercantiles.

No señala el actor cuál es, en concreto, el concepto de violación de cada una de las disposiciones citadas limitándose a expresar a este respecto en forma genérica que la "obligación de obtener el permiso previo de la Superintendencia de Sociedades Anónimas antes de escriturar una reforma no aparece en ninguna norma superior", salvo el caso contemplado en el artículo 17 de la Ley 58 de 1931 para que se puedan dar a la venta las acciones de la sociedad.

Agrega que con la reglamentación acusada se creó un requisito típicamente burocrático para cumplir el cual la Superintendencia incurre en demoras que se prolongan por cuatro y más meses, situación que lo ha llevado a presentar la demanda de que se trata.

CONCEPTO FISCAL

En su vista de fondo el señor Agente del Ministerio Público conceptúa favorablemente a las peticiones de la demanda en razón de que las normas acusadas excedan la potestad reglamentaria por no estar establecido en las disposiciones reglamentadas el requisito de la aprobación previa de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para efecto de aumentar el capital de una sociedad o introducir otras reformas a sus Estatutos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La circunstancia de que las normas sobre sociedades anónimas reglamentadas por el Decreto 2521 de 1950 no señalen el requisito de la previa autorización de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para efecto de que una sociedad pueda aumentar su capital o introducir otras reformas a sus estatutos, por sí sola no significa que las disposiciones acusadas violen tales normas, pues, resulta obvio que el reglamento no ha de limitarse a ser simple reproducción de los textos reglamentados, caso en el cual carecería de importancia y razón de ser la potestad reglamentaria. Por el contrario, según lo establece el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, tal

potestad se ejerce mediante la expedición de "las órdenes, decretos y resoluciones *necesarios* para la *cumplida ejecución* de las leyes", de suerte que el análisis que procede llevar a cabo para determinar si una norma reglamentaria desborda o no la finalidad y límites que le señala la Carta, es determinar si es o no *necesaria* para la *cumplida ejecución* de la norma reglamentada, asumiendo que en ningún caso puede ser contraria a ésta.

El concepto de "cumplida ejecución" de la ley conlleva la necesidad de amoldar su aplicación a las cambiantes condiciones de desarrollo económico y social de donde cabe afirmar que el reglamento ha de ser dinámico por esencia al paso que la norma superior reglamentada es, por lo general, estática. Por esto la potestad reglamentaria no se agota y de ella puede hacerse uso cuantas veces lo requiera la cumplida ejecución de la ley.

Con los enunciados criterios procede la Sala a hacer el análisis de las normas acusadas y del motivo de violación aducido por el demandante.

Las normas legales que autorizan la inspección del Gobierno sobre las sociedades anónimas son desarrollo de la acusada característica intervencionista del estado moderno, característica que ha venido acentuándose a lo largo de la evolución de nuestro derecho público y que se expresa, particularmente, en la reforma constitucional de 1968 en la cual se consagra el carácter de orientador y director general de la economía que tiene el Estado a fin de lograr el desarrollo integral con el objetivo principal de alcanzar la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular, según voces del artículo 32 de la Carta.

En cuanto a la vigilancia sobre las sociedades mercantiles el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución establece que el Presidente de la República ejercerá la inspección necesaria sobre éllas, conforme a las leyes, función que, como en el caso de la que ejerce al ejecutivo sobre las entidades que manejan fondos provenientes del ahorro privado, es de suma importancia dado el enorme desarrollo e incidencia en el orden público económico de la Sociedad Anónima, que reclama la salvaguardia tutelar del Estado tanto para proteger los propios intereses privados de los accionistas como los intereses más generales del cuerpo social.

El artículo 9o. de la Ley 58 de 1931 y el artículo 15 del Decreto 2521 de 1950, establecen en su orden:

> "**Artículo 9o.** Para empezar a funcionar una Sociedad Anónima se requiere permiso especial del Superintendente, el cual sólo será concedido cuando se compruebe que se han cumplido todas las formalidades que las leyes exigen. Asimismo deberá

probarse ante el Superintendente que se ha pagado el porcentaje del capital suscrito que fije la ley"

"**Artículo 15**. Ninguna sociedad anónima podrá inciar las operaciones propias de su objeto social sin haber obtenido permiso especial del Superintendente de Sociedades Anónimas, quien sólo concederá cuando se compruebe que se han cumplido todas las formalidades necesarias para la constitución regular de la sociedad, que se ha pagado la quinta parte del valor de cada una de las acciones suscritas, y que su denominación no es igual o semejante a la de otra sociedad ya constituída"

De acuerdo con las normas transcritas el principio general que establece la ley es el de que las sociedades anónimas *antes* de funcionar deben tener permiso especial de la Superintendencia a fin de comprobar que cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley. La autorización impartida significa que la sociedad puede funcionar dentro de las condiciones y circunstancias establecidas en el contrato de constitución y que han sido materia de examen y aprobación por parte de la Superintendencia. Si tales condiciones se modifican y la sociedad opera con arreglo a las modificaciones acordadas sin previo permiso de la Superintendencia, es evidente que en tal hipótesis su funcionamiento no estaría cubierto por la autorización o permiso inicialmente impartido, con lo cual se estaría desconociendo el principio que informa al artículo 9o. de la Ley 58 de 1931. Mas aún, si las modificaciones introducidas fueren contrarias a la ley, la ausencia de normas como las acusadas daría margen para que no fuera "cumplida", como lo ordena la Constitución, la ejecución de las leyes que gobiernan la creación y funcionamiento de las sociedades anónimas, puesto que se daría lugar a la posibilidad de que una sociedad actúe en forma irregular. De ahí que guarda más estrecha lógica con las finalidades que persigue el legislador al regular las sociedades anónimas, que el reglamento imponga la revisión y permiso previo de la Superintendencia del ramo a la adopción de modificaciones del contrato social para garantizar en mejor forma la cumplida ejecución de las leyes. El mismo control ejercido *a posteriori* puede tornarse insuficiente y aún inoperante cuando se está frente a situaciones ya cumplidas o agotadas en sus efectos jurídicos.

Lo anterior conduce a concluir que las normas reglamentarias acusadas son necesarias para la debida ejecución de las leyes a que están sujetas las sociedas anónimas y por tanto que están dentro del límite (necesidad) y finalidad (ejecución cumplida de la ley), propios de la potestad reglamentaria.

De otra parte, el texto de las normas acusadas no es contrario a las disposiciones reglamantadas puesto que en éstas no existe prohibición alguna para que el control que ejerce la Superintendencia de Sociedades Anónimas

no pueda ser previo a la solemnización de las reformas que se desee introducir al contrato social.

Por último, las razones de hecho que el actor admite como determinantes de la acción de nulidad incoada tienen correctivos en nuestras leyes como quiera que el ciudadano puede acudir ante las entidades que vigilan la gestión administrativa para que se corrijan las deficiencias en que pueda incurrir la administración en el cumplimiento de las competencias que la ley le asigna a las distintas agencias gubernamentales y, en cuanto a demoras injustificadas para resolver los recursos que autoriza la ley frente a las decisiones de la Administración, cabe recordar que nuestro derecho tiene consagrada la institución del silencio administrativo para tutelar en debida forma las garantías ciudadanas frente a las deficiencias u omisiones de la administración.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A 294 /AN

DECRETOS DEL GOBIERNO

APODERADOS ESPECIALES DEL ESTADO. El artículo 173 del C. J. es aplicable al caso de que el Estado como persona jurídica sufra un perjuicio económico derivado de una infracción y considere necesario, por cualquiera de las razones que contempla el citado artículo, constituirse en parte civil dentro de un proceso penal, pues, se trata de ser parte en una controversia de carácter civil así pueda colaborar en ella el Ministerio Público y así la falle un Juez Penal a quien, en ningún caso, podría jurídicamente calificarse de parte en el proceso.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., febrero primero de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Dávila Hernández.*

Radicación: 11/1394.

El Doctor Juan Manuel Jaramillo obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del C. C. A., demanda la declaratoria de nulidad del artículo 2o. y, en lo pertinente del artículo 4o. del Decreto número 552 de 1969.

Tramitado el juicio en legal forma sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Consejo a proferir la correspondiente sentencia.

DISPOSICIONES ACUSADAS

Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"Decreto Número 552 de 1969 (abril 17) por el cual se nombran apoderados para un juicio civil y para unos procesos penales.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades legales, y considerando:

"Que en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cursa una investigación penal por delitos atribuídos a personas que intervinieron en el juicio de arbitramento seguido por la Nación y la Compañía Colombiana de Electricidad, y en el Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá se ha abierto un sumario por otro ilícito relacionado con el ante dicho juicio arbitral, de los cuales resultó perjudicada la Nación.

"Que en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, se adelanta un juicio tendiente a obtener la invalidación del laudo proferido el 21 de octubre de 1967 en dicho juicio;

"Que los artículo 112 y siguientes de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), autorizan a la persona perjudicada con el delito para ejercer la acción civil constituyéndose en parte civil, en orden a obtener la indemnización de los perjuicios causados con la infracción;

"Que los artículos 173 y 252 de la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil) autorizan al Gobierno Nacional para hacerse representar en los juicios civiles por un apoderado especial cuando el asunto revista importancia excepcional;

"Que el juicio civil que actualmente cursa en el Juzgado Segundo Civil del Ciucuito de Bogotá es de importancia excepcional para el Estado Colombiano por las consecuencias jurídicas y fiscales que de él se puedan derivar, y que los Agentes del Ministerio Público a pesar de estar en capacidad de llevar una adecuada representación del Estado y de haberla ejercido hasta ahora de manera inobjetable, carecen de tiempo para seguir dedicando a tan importante negocio toda la atención que él demanda;

"Que el señor Procurador General de la Nación ha expuesto al Gobierno esta última circunstancia, y le ha solicitado, en consecuencia, el nombramiento de apoderados especiales.

DECRETA:

.....

"**Artículo segundo.** Desígnase al Doctor Pedro Arturo Sanabria Niño como apoderado de la Nación Colombiana en proceso penal que cursa en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por delitos atribuidos a personas que intervinieron en el juicio de arbitramento seguido por la Nación y la Compañía Colombiana de Electricidad, de los cuales resultó perjudicada la Nación, y para que se constituya en parte civil en representación de esta; igualmente, para que en el sumario que se adelanta en el Juzgado 40 Penal Municipal de Bogotá, por otro ilícito relacionado con dicho juicio arbitral represente a la Nación y se constituya en parte civil a nombre de ella. Si a virtud de disposiciones legales o de providencias judiciales los citados negocios pasaan a conocimiento de funcionarios distintos a los mencionados, ante ellos se ejercerá la acción civil por el apoderado de la Nación. El apoderado tendrá la facultad de sustituir en el caso de que en el ejercicio del mandato llegara a imposibilitarse por justa causa y mientras subsista la imposibilidad.

.....

"**Artículo cuarto.** El Gobierno Nacional celebrará los correspondientes contratos, y los gastos que ocasione el presente Decreto serán con cargo al artículo 1305 del Presupuesto del Ministerio de Justicia en la actual vigencia"

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones:

a) Artículo 142 y 143 de la Constitución Nacional que determinan los funcionarios que ejercen el ministerio público y las funciones que les corresponden entre las cuales están la de defender los intereses de la nación y la de perseguir los delitos y contravenciones que turban el orden social. Considera el actor que el decreto acusado viola tales normas por cuanto "atribuye a un particular que no es ni Procurador General de la Nación, ni Fiscal de Tribunal Superior, ni Fiscal de los designados por la ley, una función que está reservada de acuerdo con la Constitución a los Agentes del Ministerio Público"

b) Artículos 92, 94, 95 y 112 del C. de P. P. por los cuales se establece que el Ministerio Público debe procurar entre otros fines, "la indemnización de los perjuicios causados por la infracción"; se señalan los funcionarios que en la rama penal ejercen el Ministerio Público; se radica la acción penal en cabeza del Ministerio Público, el funcionario de instrucción y el Juez competente y se autoriza a las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito para ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil. Se afirma en la demanda que las anteriores disposiciones "han sido violadas notoriamente, al conferirle el Gobierno Nacional a un particular la facultad de constituirse en parte civil en representación de la Nación dentro de un proceso penal".

c) Artículos 215 y 216 del C. de R. P. y M. que estatuyen quiénes ejercen el Ministerio Público y señalan como objeto primordial de los empleados del Ministerio Público "la defensa de los intereses del Estado, del Departamento, del Municipio y en general de la sociedad"; disposiciones que se estiman violadas en razón de que "el Gobierno al designar un apoderado que defienda los intereses del Estado e intervenga en procesos penales como parte civil, ha desplazado a los funcionarios competentes del Ministerio Público, que son los llamados a velar por los intereses nacionales".

El demandante solicitó la suspensión provisional de las normas acusadas la cual le fue negada tanto por la Sala Unitaria como por la Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 173 del C. J. que autoriza la representación del Estado, los Departamentos y los Municipios por apoderados en los litigios en que sean parte "en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio u otro análogo no puedan representar a dichas entidades lo Agentes del Ministerio Público".

En punto a la aplicación del artículo anterior a los procesos penales, tanto el actor como el doctor Guillermo Cubillos Escobar, quien fue reconocido como parte coadyuvante en el juicio, han sostenido en forma reiterada que resulta extraña a la materia propia del proceso penal por tratarse de una disposición del Código de Procedimiento Civil aplicable, por excepción, a los litigios judiciales civiles, en los cuales se requiere la existencia de partes con pretensiones contrarias, presupuestos que no existen en el proceso penal en el cual "el titular de la acción es el Estado, que la ejerce a través del Ministerio público, del funcionario de Instrucción o del Juez competente". Se sostiene, además, que "al admitir que el Estado tenga el doble papel de titular de la acción penal y acusador particular, se crea una peligrosa dualidad que conduce a uno de estos dos extremos: o el apoderado particular de la Nación obra de acuerdo con el Agente del Ministerio Público y en ese caso la Nación está doblemente representada frente a un presunto sindicado que no puede tener sino un defensor; o está en desacuerdo con el Agente del Ministerio Público y en ese caso los intereses de la Nación no están debidamente protegidos".

CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, doctor Carlos Ramírez Arcila, conceptúa en su vista de fondo que aún aceptando la tesis de que el artículo 173 del C. J. solo es aplicable a los asuntos litigiosos civiles en los cuales existen dos partes, resulta procedente en el caso de autos el otorgamiento de poder a un abogado para representar a la Nación,

> "... porque es primordialmente para que se constituya en *parte civil* dentro de los procesos penales a que se contrae el acto acusado; y es bien sabido que la acción civil no solamente puede adelantarse ante el Juez que conoce el proceso penal, sino que si el perjudicado con la infracción "no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil".
>
> "Lo anterior quiere decir que si bien es cierto que la transgresión de la ley penal trae como consecuencia la indemnización por los perjuicios que con el daño ocasionado se causen, no es menos cierto que las dos acciones pueden adelantarse en forma separada, auncuando la acción civil para hacer efectiva la indemnización se halla subordinada a normas previstas por la ley que establecen la influencia que el juicio penal ejerce en el civil y en todo caso la relación entre las dos acciones, la penal y la civil. De ahí por qué, también por este aspecto, si se acepta la tesis del actor, debe negarse la nulidad impetrada, porque la gestión del abogado de la Nación en el caso a que se refiere el Decreto acusado, se relaciona más con el juicio o litigio civil que con el penal, pues tiende a la indemnización de perjuicios, cuestión patrimonial, más que a la sanción por la infracción cometida, llámese ella delito o contravención.

"Se dice asimismo en la demanda que con el nombramiento del apoderado de la Nación, se crea una trilogía procesal que no está prevista por la ley. No es técnico, ni jurídico, ni exacto, considerar que el Juez, tal como se plantea pueda entrar a hacer parte de la trilogía, porque precisamente es Juez y nada importa que una de las funciones primordiales del Estado sea la justicia, porque a quien la administra jamás se le podrá tener como parte, así uno de los litigantes sea la Nación. El Ministerio Público actúa en representación de la sociedad "debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción" y nada obsta para que el apoderado de la Nación reclame a nombre de ésta la indemnización".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

NATURALEZA DE LA ACCION CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL

Salvo los casos en que se requiere querella de parte y de acuerdo con el artículo 9o. del C. P. y el artículo 95 del C. de P. P., la acción penal es pública y corresponde ejercerla en forma exclusiva al Ministerio Público, al funcionario de instrucción y al juez competente, al paso que la acción civil dentro del proceso penal que persigue el resarcimiento del daño causado por la infracción, la ejercen las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito o sus herederos, tal como lo establece el artículo 24 del C. de P. P. y lo reitera el artículo 112, *ibídem*. La titularidad de la acción civil, respecto del pretenso perjudicado, por si misma está señalando su carácter de acción privada, si bien tal carácter puede no ser absoluto frente a las funciones del Ministerio Público en materia de indemnización de perjuicios. Con todo, la circunstancia de que la acción civil pueda ejercerse dentro del proceso penal y de que el Agente del Ministerio Público propugne por la efectividad de la indemnización, no es bastante para quitarle el carácter de acción privada como que a través de su ejercicio se debate una contienda de naturaleza típicamente civil, como es la fijación y resarcimiento de perjuicio; en la cual existen, ciertamente, dos partes: el perjudicado con la infracción que asume el verdadero carácter de demandante dado que debe presentar un escrito de *demanda* dentro de las prescripciones que ordena el artículo 114 del C. de P. P., demanda que puede ser rechazada por el juez (artículo 117 del C. de P. P.) y el presunto responsable de la infracción que es la parte demandada contra quien se dirige la acción. La naturaleza privada de la acción civil se acentúa a través de varias disposiciones del C. de P. P., como las contenidas en el artículo 25, inciso 2o., que autoriza ejercer la acción de indemnización de perjuicios ante los jueces civiles, bajo las condiciones que la misma disposición señala —evento en el cual, dicho sea al margen, no cabe duda de que el Estado como persona jurídica podría hacerse representar por un apoderado especial—; el artículo 121 que hace subsidiaria la intervención del Agente del Ministerio Público de la intervención de la parte civil para la

hipótesis en él prevista; y el artículo 22 que manda al juez penal calificar las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuye la legislación civil cuando haya de decidir cuestiones civiles; y, finalmente, el artículo 93 del C. P. que le señala al Agente del Ministerio la función de simple cooperador con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización, cuando éstos tengan intervención directa en el proceso.

Lo anterior lleva a la conclusión de que, aún dentro de la interpretación que ofrece el demandante del artículo 173 del C. J. resulta aplicable esta disposición para el caso de que el Estado como persona jurídica sufra un perjuicio económico derivado de una infracción y considere necesario, por cualquiera de las razones que contempla el citado artículo, constituirse en parte civil dentro de un proceso penal, pues, se trata de ser parte en una controversia de carácter civil así pueda colaborar en ella el Ministerio Público y así la falle un juez penal a quien, en ningún caso, podría juridicamente calificarse de parte en el proceso.

DOBLE REPRESENTACION EN MATERIA DE REPARACION DE PERJUICIOS

Los perjudicados con el delito o sus herederos, pueden ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil (artículo 112 del C. de P. P.) y pueden designar apoderados especiales (artículo 116 *ibídem*), a pesar de que los Agentes del Ministerio Público deben procurar de oficio la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. Esto significa que en el proceso penal puede legalmente existir una doble actuación en cuanto a los fines que persigue la acción civil: la del Agente del Ministerio Público como representante de la sociedad interesada en que se resarzan los perjuicios derivados de una acción delictuosa y la del apoderado especial de la parte civil como representante directo de la persona natural o jurídica perjudicada con la infracción. Si esto es así, como lo es, no sería razonable colocar al Estado en condiciones de inferioridad frente a la doble actuación procesal de que gozan los particulares, situación inequitativa a que conduciría la tesis de que no está en capacidad de designar apoderados especiales para que en su nombre actúen dentro de un proceso penal en procura del resarcimiento de los perjuicios económicos que como persona jurídica haya podido sufrir con ocasión del delito.

APLICACION DEL ARTICULO 173 DEL C.J. A TRAVES DEL ARTICULO 7o. DEL C . DE P.P.

Finalmente, y para abundar en la tesis que se ha venido sosteniendo en este fallo, cabe anotar que el artículo 7o. del C. de P. P. hace aplicables al procedimiento penal en cuanto no le sean contrarias a lo establecido en él o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas

en el Código de Procedimiento Civil, norma que ratifica la aplicabilidad del artículo 173 del C. J. al procedimiento penal, como atrás se dejó sentando.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en acuerdo con el concepto el señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A295 IAN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. *Imposición de sanciones a los contribuyentes por no llevar libros de contabilidad. Oportunidad para hacerlo.* **Se decreta la nulidad del inciso 3o. y del Parágrafo del artículo 122 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía*

Ref. Exp. No. 1539

Actor: Doctor Alberto Martínez Menéndez. Nulidad de los incisos 3o. y 4o. y parágrafo del artículo 122 del Decreto Reglamentario No. 154 de 1968.

El ciudadano Doctor Alberto Martínez Menéndez, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad de las disposiciones antes citadas; en el libelo impetró la suspensión provisional que fue negada por el ponente en auto de 26 de junio de 1970; interpuesto recurso de súplica, esa providencia fue parcialmente confirmada por la Sala de Decisión ya que se modificó únicamente en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional del parágrafo del artículo 122 materia de la acción.

El juicio se ha tramitado según las prescripciones rituales, habiéndose recibido concepto del señor Fiscal colaborador Doctor Ortíz Amaya quien solicitó acceder a las súplicas de la demanda. Procede la Sala a decidir del mérito de la acción mediante las consideraciones que se expresan en seguida:

Afirma el actor que el inciso 3o. del artículo 122 del Decreto mencionado viola los artículos 61 y 62 del Decreto Extraordinario 1366 de 1967 al autorizar a los administradores de impuestos para imponer sanciones "por resoluciones motivadas" pues esta facultad no fue prevista en la norma reglamentada y constituye una adición a esos artículos; que respecto a esas facultades no existe en la legislación tributaria otro antecedente que el inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto Legislativo No. 334 de 1957 (sic) pero que tal decreto fue subrogado por el Extraordinario No. 1651 de 1961 que estableció nuevas sanciones las cuales sólo pueden imponerse en las respectivas liquidaciones iniciales o de revisión.

En cuanto al inciso 4o. considera que viola el artículo 29 del Decreto Extraordinario 1651 de 1961, por cuanto dicha disposición autoriza la revisión oficiosa de las liquidaciones de impuestos por una sola vez.

Respecto al parágrafo, estima que viola los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959 que determina los recursos que son procedentes por la vía gubernativa contra las providencias en asuntos administrativos de carácter nacional, porque el decreto reglamentario establece un procedimiento distinto contra las providencias que autoriza a los administradores de impuestos el cual hiere y viola en forma directa el decreto extraordinario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto Extraordinario 1366 de 1967 en sus artículos 55 a 63 estatuye sobre todo lo relativo a libros de contabilidad, especialmente sobre las siguientes materias: los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, valor probatorio de los asientos en los libros, registro de los mismos, casos en que puede aplicarse sanciones y cuantía de las mismas y obligación de exhibir los libros cuando lo requieran los funcionarios de impuestos. Pero no estableció ni la forma ni los funcionarios encargados de aplicar la sanción. Tal vacío fue llenado por el Decreto Reglamentario 154 de 1968 cuyo artículo 122 establece lo siguiente:

> **"Artículo 122.** Las sanciones de que tratan los artículos 61, 62 del Decreto 1366 de 1967 y 117 a 121 de este Decreto, podrán imponerse por los funcionarios competentes para practicar liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios en las liquidaciones iniciales o de revisión y con ocasión del fallo de los recursos.
>
> "Cuando haya de practicarse liquidación inicial o de revisión, y en la declaración de renta y patrimonio no aparezca ningún informe sobre la existencia de los libros y su registro, previo el requerimiento de que trata el artículo 132 del Decreto 1651 de 1961, se impondrá la sanción por no llevar libros de contabilidad.
>
> "También podrán imponer estas sanciones, mediante resolución motivada, los Administradores de Impuestos Nacionales, cuando funcionarios de la División de Impuestos Nacionales establezcan, en las diligencias de inspección contable, que hay lugar a ello.
>
> "La imposición de estas sanciones no agota la facultad de revisión.
>
> **"Parágrafo.** Contra las resoluciones especiales de los Administradores de Impuestos Nacionales que impongan multas por infracciones a las normas sobre libros de contabilidad, proceden los recursos de reposición ante la misma oficina y de apelación ante la División de Impuestos Nacionales, recursos que podrán interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la respectiva providencia".

Como puede verse, el inciso 1o. de esta disposición faculta a los funcionarios liquidadores y a aquellos que tienen la potestad de practicar liquidaciones de

revisión para establecer las sanciones fijando las oportunidades para ello que son cuando se practiquen las liquidaciones iniciales o de revisión y con ocasión del fallo de los recursos. Pero ocurre que el inciso 3o. agrega una nueva facultad a los administradores de impuestos nacionales de imponer sanciones "mediante resolución motivada", cuando funcionarios de la División de Impuestos consideren que hay lugar para ello. Es decir, que de acuerdo con esto hay tres oportunidades para establecer sanciones: en el momento de practicar las liquidaciones de impuesto o de ejercer la facultad de revisión, con oportunidad del fallo de los recursos y; en forma independiente, cuando los funcionarios de la División de Impuestos consideren que hay lugar a ello mediante resolución motivada de los administradores de impuestos nacionales.

Lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 122 está también previsto en el artículo 3o. del Decreto Legislativo 341 de 1957 (no el 334 de 1957 como lo afirma el demandante). En este artículo se determina que las multas por no llevar libros de contabilidad se impondrá con ocasión de la liquidación del impuesto de renta y complementarios y como parte integrante de la misma y agrega el inciso 1o. de esta disposición:

> "También podrá imponerse la multa mediante resolución especial de las oficinas liquidadoras o del jefe de rentas e imppuestos nacionales, dictada dentro del mismo término señalado para practicar las revisiones del impuesto de renta, pero sin que tales providencias tengan el alcance de una revisión".

Pero ocurre que el Decreto 1651 de 1961 por el cual se dictan normas procedimentales para la aplicación de la Ley 81 del 60 señaló la oportunidad para establecer las multas cuando en su artículo 131 dijo:

> "Las multas por no llevar libros se impondrán normalmente en las liquidaciones iniciales o de revisión del impuesto de renta y complementarios, cuando en la respectiva declaración de renta y patrimonio no aparezca ningún informe sobre la existencia de los libros y su registro previo el requerimiento de que trata el artículo siguiente.
>
> "La imposición de estas multas no agota el ejercicio de la facultad de revisión".

Preceptúa el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Si se estudian comparativamente los decretos extraordinarios 1651 de 1961 en sus artículos 130, a 134 y 1366 de 1967 en sus artículos 55 a 64, puede

observarse que regulan íntegramente la materia relativa a los libros de contabilidad, a las sanciones en relación con las distintas omisiones o situaciones que puedan presentarse y en ninguno de ellos está previsto que los administradores de impuestos nacionales puedan establecer sanciones por resoluciones motivadas independientes de la oportunidad única que para ello establecen ambas disposiciones y la recalca igualmente el artículo 122 del Decreto 154 en su inciso 1o.; en consecuencia es lógico deducir que ya no tiene base alguna legal por estar insubsistente, la norma establecida por el inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto 341 de 1957 ni ninguna otra anterior a estas disposiciones que otorgue la misma facultad a los administradores de hacienda.

No queda entonces duda que al otorgar el inciso 3o. del artículo 122 a los administradores de impuestos nacionales una facultad adicional para establecer sanciones mediante resoluciones motivadas, hubo extralimitación por parte del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria y por ello el cargo de nulidad contra esta disposición próspera.

Dice el inciso 4o. del artículo 122, también demandado:

"La imposición de estas sanciones no agota la facultad de revisión".

Es bien sabido que la de revisión es una facultad concedida al Jefe de la División de Impuestos Nacionales de la cual puede hacer uso dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de cada declaración de renta y patrimonio y tiene por finalidad adicionar los bienes y rentas omitidos por el contribuyente, así como los errores en que se haya caído al hacer las liquidaciones y que hayan dado como consecuencia un impuesto menor; también debe ejercerse esa facultad para corregir errores u omisiones cometidos en contra del contribuyente aunque hay que reconocerlo en honor a la verdad que pocas veces se ha hecho uso de esa facultad en este último sentido (artículo 29 del Decreto 1651 de 1961).

El actor considera que el inciso 4o. que se comenta viola dicho artículo porque esa facultad de revisión sólo puede ejercerse por una vez y en cambio con el inciso se corre el peligro de que se ejerza por más de una vez y no sólo por el jefe de rentas sino también por los administradores de impuestos.

Estima la Sala que en esto no le asiste razón al demandante porque bien entendido este inciso lo que significa es que por el hecho de que el Jefe de la División de Impuestos Nacionales imponga una sanción relativa a libros de contabilidad, con ocasión del ejercicio de la facultad de revisión, no se agota su poder o potestad para examinar y definir los otros objetivos de la facultad de revisión oficiosa, pues se trata de dos materias bien distintas por cierto

motivo por el cual no se ve muy clara la razón de esa previsión máxime si se tiene en cuenta que las dos facultades deben ejercerse simultáneamente, como se deduce con toda claridad del artículo 122 del Decreto 154.

Por lo demás ese inciso es una reproducción exacta del 2o. del artículo 131 del Decreto 1651 y por ello lo previsto en el inciso impugnado quedaría vigente irremediablemente porque dicho inciso no ha sido demandado.

Con respecto al parágrafo del artículo 122, el ponente adhiere al pensamiento expresado por la Sala de Decisión en el auto que definió la súplica cuando para fundamentar la suspensión provisional de aquél se expresó así:

> "Cosa distinta acontece con el parágrafo del artículo 122, acusado también, pues al comparar su texto con el de los artículos 13 y 14 del Decreto Ley 2733 de 1959 se encuentra que el reglamento modifica los plazos concedidos por esas normas legales para interponer los recursos de reposición y de apelación contra las providencias que impongan las multas. Y como la potestad reglamentaria no permite variar el sentido, los alcances o los términos del precepto que se intenta reglamentar, resulta ostensible que el Parágrafo impugnado quebranta las disposiciones que cita la demanda y, en consecuencia, se impone suspenderlo provisionalmente en defensa del orden jurídico objetivo".

Basta sólo agregar como razón adicional que al haberse llegado en este estudio a la conclusión de que es nulo el inciso 3o. de la disposición impugnada tal determinación deja sin piso el aludido parágrafo que se refiere precisamente a las resoluciones especiales de los administradores de impuestos nacionales previstas en dicho inciso 3o.

El señor Fiscal en su Vista propone argumentos semejantes o adicionales en defensa de la tesis del demandante, que la Sala comparte obviamente, menos en cuanto su criterio abarca la totalidad de las disposiciones acusadas.

No hay para que insistir en las numerosísimas doctrinas de esta Sala y del Consejo de Estado en general sobre la manera como el Presidente de la República ha de ejercer la facultad reglamentaria que le concede el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y es bien claro que en el caso debatido no se ciñó por cierto a esas normas de hermenéutica.

Por lo expuesto, 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:

1. Son nulos el inciso 3o. y el parágrafo del artículo 122 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.

2. No se accede a decretar la nulidad del inciso 4o. de la indicada disposición.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 11 de febrero de 1971.

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

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

A296/AN

DECRETOS DEL GOBIERNO

ACUERDO DE INTEGRACION SUB–REGIONAL (GRUPO ANDINO). El Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, constituye con éste un acto complejo de carácter internacional, que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del país. Pero aún en la hipótesis improbable de que el Decreto acusado, no fuere parte integrante e inseparable del Acuerdo de Integración Subregional, sino acto de Derecho Público Interno, el Consejo de Estado tampoco sería competente para conocer de la acción incoada sino la Corte Suprema de Justicia.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., marzo dos de mil novecientos setenta y uno.

El Doctor Francisco Eladio Gómez Mejía, en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., pide que se declare la nulidad del Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional, "por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá, el 26 de mayo de de 1969, por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú".

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

La demanda se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

1. A consecuencia de la Declaración de Bogotá, "suscrita el 16 de agosto de 1966 por los Presidentes de Colombia, Chile y Venezuela, y por los delegados personales de los mandatarios del Ecuador y del Perú", se inició el "período de conversaciones y negociaciones entre varios de los paises firmantes del Tratado de Montevideo", que culminó el 26 de mayo de 1969 con la firma del Acuerdo de Integración Subregional, también denominado Pacto Andino, por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú;

2. "El Gobierno colombiano, considerando que no era necesario someter al estudio y decisión del Congreso el anterior convenio", le dió aprobación por el acto acusado, que fue publicado en el Diario Oficial.

LAS DISPOSICIONES INVOCADAS Y LOS CONCEPTOS DE VIOLACION

Se invocan como violadas, en síntesis, las siguientes disposiciones:

Artículo 76, ordinal 18, de la Constitución, por haberse arrogado el Gobierno la atribución del Congreso de "aprobar o improbar los tratados o

convenios" que se celebran "con otros Estados o con entidades de derecho internacional", especialmente si "el llamado Acuerdo de Integración Subregional o Grupo Andino crea una institución supranacional dedicada, según se deduce de sus artículos 1o. y 2o., a promover y consolidar el desarrollo de la integración económica" que, según el Inciso 2o. del ordinal 18 del artículo 76 *ibídem*, sólo puede crearse por tratado o acuerdo aprobado por el Congreso; artículo 120, ordinal 20, de la Constitución que prescribe, en relación con el artículo 76, ordinal 18, *ibídem*, entre las funciones del Presidente de la República, la dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales y la facultad de "celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso", por omisión de esta disposición y, por haberse arrogado el Gobierno, al aprobar el Acuerdo, la atribución de aquél; y artículo 2o. de la Ley 88 de 1961, que faculta al Gobierno para "adoptar todas las medidas conducentes" para el desarrollo del Tratado de Montevideo, pero no para aprobar el Acuerdo de Integración Subregional, que constituye un tratado diferente.

SUSPENSION PROVISIONAL

Se pide, que se disponga la suspensión provisional del acto acusado, por violación manifiesta de las disposiciones invocadas.

LA COMPETENCIA DEL CONSEJO

No obstante que la demanda reúne los requisitos formales y que a ella se acompañó copia auténtica del acto acusado (artículos 84 y 86, inciso 1o., del C. C. A.), no es admisible por incompetencia del Consejo para conocer, *ratione materiae*, conforme a los siguientes motivos:

LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO ACUSADO

El Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, constituye con éste un acto complejo de carácter internacional, que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del País, por los siguientes motivos:

a) Como sostienen la doctrina (Jaime Vidal Perdomo. Derecho Administrativo General Págs. 298 a 300; G. Vedel, Droit Administratif, Págs. 36, 37 y 80) y la jurisprudencia del Cosejo (Auto de 10 de febrero de 1961, Anales Tomo LXIII, Segunda Parte, Pág. 890), respecto del Derecho Público Interno, en el régimen jurídico Colombiano las funciones del Estado se

determinan, en principio, con los criterios orgánico y formal, por excepcional aplicación del material, como sucede con los decretos expedidos por el Gobierno en uso de las facultades de los artículos 76, ordinales 11 y 12, 60, 121 y 122 de la Constitución, asimilados por su contenido a la ley; o con los actos de elección o nombramiento, definidos por la ley como administrativos (artículos 189, 190 y 191 del C. C. A.), cualquiera que sea el órgano de procedencia.

b) En el Derecho Internacional Público, como también sostiene la doctrina (Charles Rousseau, Derecho Internacional Público, Pág. 6), es aplicable la misma técnica jurídica, en oposición a la tradicional de índole privada, especialmente para evaluar la fuente convencional del mismo. Así, el tratado, acuerdo o convenio es un acto jurídico complejo entre miembros de la comunidad internacional, que por sus *órganos* y su *contenido* se diferencia esencialmente del Derecho Público Interno; de ahí que la Reforma de 1968, como sostiene el Doctor Vidal Perdomo, corrigiera en el ordinal 20 del artículo 120 de la Constitución "la impropiedad de que adolecía el texto anterior al colocar la dirección de las relaciones exteriores de la Nación como función emanada de la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República siendo así que ella es atinente a la Jefatura del Estado, calidad que, de otro lado, expresamente se le reconoció en el enunciado que encabeza el artículo 120. . " (Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos, Págs. 258 y 259). Por tanto, no obstante la identidad de persona, no pueden confundirse las funciones del Presidente "como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa", aquélla relativa a las relaciones internacionales y ésta a la función administrativa.

c) En el caso *sub judice*, el Decreto acusado, en cuanto expedido por el Gobierno, sólo aparentemente sería un acto de Derecho Público Interno susceptible de evaluarse, para determinar la función y el juez competente para conocer de la acción incoada contra el mismo, por los indicados criterios orgánico, formal y material. Pero, como acto integrante del Acuerdo que aprueba, como ha sostenido la Corte a propósito de las leyes que ratifican o aprueban tratados públicos –corroborada por la doctrina (Eduardo Fernández Botero, Las Constituciones Colombianas Comparadas, Tomo II, Pág. 468; Luis Carlos Sáchica, Constitucionalismo Colombiano, Págs. 106 y 107)– *orgánica y materialmente* "es elemento de un acto jurídico complejo" de carácter internacional (Sentencia de 6 de julio de 1914, G.J. Tomo XXIII, Pág. 11 y de 30 de enero de 1958, G.J. Tomo LXXXVII, Pág. 9), que también se deduce de tenor literal del artículo 110 del Acuerdo de Integración Subregional, que reproduce el acto acusado, y que requiere, para que entre en vigencia, por lo menos la aprobación y la comunicación de la misma por tres de los países miembros, que sólo quedan obligados mediante el cumplimiento de estos requisitos.

d) Tal es también la doctrina internacional prevaleciente, que considera el tratado, acuerdo o convenio, salvo estipulación en contrario o práctica internacional que lo simplifique, como "acto complejo" que se perfecciona "después de haber sido objeto de un procedimiento complejo" (Ch. Rousseau, Op. Cit. Pág. 14), o de "un procedimiento compuesto" que culmina con el cambio, depósito o comunicación de la aprobación o ratificación que perfecciona el "acuerdo de voluntades" (Alfred Verdross, Derecho Internacional Público, Págs. 110 y 111) y que "queda formando parte del tratado mismo" (L. Duguit Manual de Derecho Constitucional, Pág. 499). Por tanto, contra lo que se sostiene en la demanda, el acto acusado, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, es parte inseparable de éste, constitutiva del mismo, regido por el Derecho Público Internacional, hasta el punto de que, según también la doctrina, al examen de la obligatoriedad de los actos irregularmente concluídos, que en principio se reputan válidos, atañe a éste como *problema internacional,* sin que puedan disgregarse o separarse sus elementos que forman *una unidad jurídica de derecho internacional* (V. Ch. Rousseau, Op. Cit. Págs. 28 y 29; A. Verdross, Op. Cit. Págs. 109 y 110; Paul Rauter, Instituciones Internacionales, Págs. 146 y 147; Charles de Visscher, Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público, Págs. 275 y 276; María Francowska, La Présomption de Ratification, Revue Générale de Droit International Public, 1969, No. 1o., Págs. 62, 69, 77 a 88), "que está fuera de la competencia de esta jurisdicción —como sostuvo el Consejo— por su naturaleza internacional", sin perjuicio de que pueda constituír *"fuente de derecho administrativo"*. (Sentencia de 20 de mayo de 1960, Anales Tomo LXII, 2a. Parte, Págs. 618 y 619).

e) La jurisprudencia y las doctrina extranjeras confirman los asertos precedentes. El Consejo de Estado Francés tradicionalmente sostiene su incompetencia de principio para conocer de actos constitutivos de acuerdos internacionales (André de Laubadere, Traité Elémentaire de Droit Administratif, Tomo I, Págs. 230 y 231; G. Vedel, Op. Cit. Pág. 102, Jean Rivero, Droit Administratif, Pág. 51), específicamente de los que aprueban o ratifican tratados (Sentencia del 6 de febrero de 1926, Cit. por Auby y Dragó, Traité de Contentisux Administratif, Pág. 83), "cuya existencia verifica aunque rehusa examinar su legalidad" (Marcel Waline, Droit Administratif, Pág. 223), como sostienen Auby y Drago, no con fundamento en el llamado acto de Gobierno —que sólo se explica en el país de origen y en los casos en que se aplica, particularmente en las relaciones del Gobierno con el parlamento, según M, Hauriou, "por la necesidad de levantar una barrera ante la jurisdicción administrativa" (Précis de Droit Administratif et de Droit Public, Tomo I, Pág. 400)— sino, "por una parte, en que estos actos no provienen únicamente de las autoridades francesas y cuyo *carácter armónicamente mixto* (se subraya) lo sustrae del control del juez francés y,

además, en que los litigios que sobre ellos pueden presentarse plantean *problemas de derecho internacional* (se subraya) y como tales no competen al juez francés, a quien le corresponde, salvo excepciones —cuando los litigios, fundados en convención internacional como "fuente de la legalidad nacional" (les grandes errets de la Jurisprudencia Administrativa, Pág. 18), sólo atañen a aspectos privados o administrativos—, limitarse a aplicar el derecho interno. . . " (Op. Cit. Págs. 39, 84 y 85). Por tanto, según la jurisprudencia y la doctrina francesas, el acto que aprueba o ratifica un tratado, como los demás de su índole, se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del País, como elemento constitutivo de *un acto de carácter internacional, orgánica y materialmente.*

EL ASPECTO FORMAL

Pero aún en la hipótesis improbable de que el Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969, aprobatorio del Acuerdo de Integración subregional, no fuere parte integrante o inseparable de éste, sino acto de Derecho Público Interno, el Consejo de Estado tampoco sería competente para conocer de la acción incoada sino la Corte Suprema de Justicia, por los siguientes motivos:

a) El artículo 214 de la Constitución señala taxativamente la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley y de las acciones de inexequibilidad contra la ley y los decretos expedidos en uso de las facultades de los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 y, por exclusión, según el artículo 216, en armonía con el artículo 34, ordinal 10o., del C. C. A., corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones que se promuevan por violación de la Constitución contra los demás decretos del Gobierno.

b) Aunque la Corte y el Consejo han discrepado sobre los alcances de algunos aspectos del artículo 214 de la Constitución, específicamente en cuanto a la competencia para conocer de la acción incoada contra el acto de convocatoria del Congreso por haberse declarado el estado de sitio, bajo la vigencia del Acto Legislativo No. 1o. de 1960, actualmente modificado por el artículo 42 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968, colisión que se dirimiera por insistencia de aquélla (Corte Suprema de Justicia, autos de 19 de enero y 25 de marzo de 1961; Consejo de Estado, autos de 10 de febrero y de 11 de abril de 1961, Anales Tomo LXIII, Págs. 885 a 920), en el caso *sub judice,* considerado el acto acusado como púramente interno, la competencia de la Corte se determinaría inequívocamente por el Ord. 11 del artículo 76 de la Constitución.

c) En efecto, según la mencionada disposición, entre las facultades del Congreso se comprende la de "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Aunque la norma se ha prestado a discrepancia de interpretación, es evidente que se refiere a facultades ordinarias del Presidente, no a las extraordinarias que sólo puede darle el Congreso *pro tempore* y limitadamente, como las que se mencionan en el texto por vía de ejemplo y las demás "de la órbita constitucional", entendidas, según la doctrina, como "aquellas funciones propias del Gobierno pero que requieren la aprobación del Congreso para poder tener la plenitud de sus efectos. . . " Alvaro Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Págs. 182 y 183; Carlos H. Pareja, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 81; Jaime Vidal Perdomo, Op. Cit. Págs. 323 a 325; Eduardo Fernández Botero, Op. Cit. Pág. 467), como así sostuvo la Corte, en sentencia de la Sala Plena de 9 de febrero de 1960, al estimar que el Decreto No. 1056 de 1953, dictado con base en las autorizaciones que le diera el Gobierno al artículo 23 de la Ley 18 de 1952 para compilar las disposiciones legales y reglamentarias sobre petróleos, formalmente considerado, es "de los previstos en el numeral 11 del artículo constitucional citado", que le permite al Gobierno "dictar Decretos de contenido administrativo, a fín de regular situaciones específicas. . . " (G. J. Tomo XLII, Pág. 8).

d) En el caso *sub judice*, el Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, según su enunciado, se funda en las facultades legales del Presidente y en las especiales que le diera el artículo 2o. de la Ley 88 de 1961 "para adoptar todas las medidas conducentes y para crear los institutos o dependencias que sean necesarios, establecer los cargos y sus respectivas asignaciones y para abrir créditos, contracréditos o traslados que estime conveniente para el desarrollo" del tratado de Montevideo. Por tanto, determinada la competencia mediante el análisis formal del acto acusado, de acuerdo con el artículo 214 de la Constitución, aunque de uno y otro caso conocería la Corte, no se trata del ejercicio de facultades del ordinal 12 del artículo 76 *ibídem, pro tempore* y determinadas, sino de genéricas y permanentes, que en principio sólo pueden darse al Presidente de conformidad con el ordinal 11 de la misma disposición, diferentes de las que ejerce mediante actos susceptibles de acusarse de nulidad ante el Consejo; pues, respecto del significado o alcance de la ley de autorizaciones, en relación con el acto acusado, como aspecto de fondo, no es factor que deba evaluarse para determinar la competencia.

En conclusión de todo lo expuesto, precisa negar la admisión de la demanda y ordenar devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia.

Por lo expuesto, no se admite la demanda, por no ser competente el Consejo para conocer de la acción propuesta, y se dispone devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia.

Notifíquese,

Humberto Mora Osejo.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A 2971 AN

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO. Las personas naturales que se encuentren dentro del territorio colombiano están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio, más no lo están las personas naturales, de cualquier índole, residentes o domiciliadas en país extranjero. Es nulo el artículo 70 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.

Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Cuarta — Bogotá, D. E., marzo dieciocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía.*

Ref: Expediente Número 1687.

Autoridades Nacionales

Actor: Doctor Gustavo López Jaramillo. Nulidad del artículo 70 del Decreto No. 154 de 1968.

En ejercicio de la acción pública, el ciudadano Doctor Gustavo López Jaramillo, demandó la nulidad del artículo 70 del Decreto Reglamentario 154 de 1968 por ser abiertamente violatorio de la potestad reglamentaria establecida en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

El demandante solicitó la suspensión provisional de la disposición impugnada la cual se decretó en auto de 16 de noviembre de 1970, guardó silencio durante el período del traslado y posteriormente el señor Fiscal 3o. presentó su Vista de fondo. Como ya se ha citado para sentencia, es procedente entrar a decidir sobre el mérito de la demanda para lo cual se considera.

HECHOS

Los hechos expuestos por el actor se sintetizan así:

Por medio del artículo 27 del Decreto 1366 de 1967 el Gobierno Nacional dispuso una retención, por concepto del impuesto sobre la renta del doce por ciento (12o/o) del valor nominal del pago o abono para quien efectúe pagos o abonos en cuenta a personas naturales o jurídicas residentes en el exterior por concepto de rentas gravables en Colombia diferentes de dividendos y participaciones, tales como intereses, arrendamientos, comisiones, regalías, asistencia técnica, etc.

De acuerdo con lo anterior, esas retenciones deben ser realizadas por los residentes colombianos, sometidos en tiempo y en espacio al imperio de la

ley nacional; en consecuencia, resulta claro que la persona natural o jurídica extranjera, no sometida en principio al imperio de la ley colombiana da cumplimiento a su obligación de pagar el impuesto sobre la renta obtenida a través de operaciones celebradas con personas naturales o jurídicas colombianas, por el simple hecho de que tales rentas les sean disminuídas en un 12o/o por concepto de retención. No obstante lo anterior, el artículo 70 del Decreto 154 de 1968 impuso a tales personas naturales o jurídicas extranjeras la obligación, a más de la ya indicada, de someterse a la retención, de presentar declaración de renta y patrimonio en territorio colombiano, adicionada con la posibilidad de deducir del total del impuesto de renta y complementarios, el valor que por tal concepto les haya sido retenido.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. Se viola expresamente el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional porque si es verdad que esa disposición permite al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, en ninguna de sus partes le faculta para imponer obligaciones no contenidas ni autorizadas por la norma reglamentada.

2. Se viola igualmente el artículo 27 del Decreto Ley 1366 de 1967 en virtud de que establece para las personas naturales no residentes en Colombia la obligación de presentar declaración de renta y complementarios, no obstante haberles sido retenido directamente el porcentaje legal según el mencionado artículo.

3. Rompe los límites especiales de la ley.

En efecto: a través de numerosas jurisprudencias el H. Consejo de Estado ha establecido el concepto de lo que se considera como "residente colombiano" para efectos impositivos, entre quienes no se encuentran aquellas personas que por tener su domicilio principal en el extranjero, no están llamadas a exhibir su situación financiera ante el Estado Colombiano "la obligación del extranjero que percibe rentas causadas en Colombia es la de pagar el impuesto; pero no se le puede obligar a presentar declaración de renta y complementarios por cuanto se encuentra para tal efecto fuera del ámbito territorial de la ley".

El problema que nuevamente ocupa la atención de la Sala ha sido motivo de multitud de decisiones tanto en autos de suspensión provisional como en sentencias de mérito; sinembargo, el señor Fiscal Doctor Bernardo Ortiz Amaya, en su Vista, hace unos muy interesantes y jurídicos planteamientos que obligan a la Sala a ahondar un poco más sobre este debatido problema

para dilucidar, ya frente a las personas naturales, si ellas sí están obligadas a presentar declaración de renta en Colombia aunque estén domiciliadas en el extranjero.

TESIS DE LA FISCALIA

La síntesis de los planteamientos jurídicos hechos por el señor Fiscal es la siguiente:

En el año de 1967 ante la comprobación de que los mecanismos del sistema tributario vigente permitían a los contribuyentes evadir fácilmente el impuesto y obtener deducciones cuantiosas, se dictó la Ley 28 de 1967 por medio de la cual se invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias "contra la evasión y el fraude del impuesto sobre la renta, complementarios, especiales y sucesorales y se dictan otras disposiciones"

En desarrollo de esas autorizaciones el Gobierno Nacional dictó el Decreto Ley 1366 de 1967, por medio del cual se introdujeron una serie de reformas a la Ley 81 de 1960 complementadas con las disposiciones que para cada reforma consideró pertinente dictar, disposiciones que la fiscalía enumera en forma detallada.

Debe observarse que el artículo 49 del Decreto 1366 de 1967 modificó el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 1651 de 1961, dejando por lo tanto en plena vigencia el inciso 1o. que dice:

> "Las personas naturales, las personas jurídicas inclusive las corporaciones, asociaciones y fundaciones de derecho canónico, las sociedades de hecho, las sociedades ordinarias de minas, las comunidades ordinarias reglamentadas, las sucesiones ilíquidas y las asignaciones y donaciones modales, que obtengan un ingreso de cualquier origen, en cuantía mayor de $2.500.oo en el año, o que posean, en el país, en el último día del período fiscal, derechos apreciables en dinero en cuantía mayor de $5.000.oo, están obligadas a presentar en cada año, en los términos y condiciones señalados en este Decreto, una declaración de renta y patrimonio".

Esta disposición sólo fue modificada respecto de las cuantías por la Ley 27 de 1969.

Afirma en seguida que el Decreto 154 del 68 es reglamentario del 1366 de 1967, de la Ley 63 del 67 y de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios "y como las otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios están contenidas fundamentalmente en las normas que quedaron vigentes, de la Ley 81 de 1960 y del Decreto

Ley 1651 de 1961, es forzoso concluir, que dicho decreto no está circunscrito exclusivamente a reglamentar las disposiciones de las leyes primeramente citadas. . . ".

> "Como ello es así, encontramos que el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto Ley 1651 de 1961, estaba vigente y expresamente imponía la obligación de declarar renta a todas las personas naturales o jurídicas, que dentro del año gravable correspondiente hubieran derivado renta, cualquiera que fuera su origen, en determinada cuantía, o que tuvieran el último día del período fiscal, derechos en el país apreciables en dinero por determinada cuantía".

Dice que el Consejo de Estado en providencia de 30 de octubre de 1969 anuló el inciso 2o. del artículo 67 del Decreto 154 de 1968; que por tratarse de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada la fiscalía se abstiene de hacer comentarios sobre ella pero que cosa muy distinta ocurre con las personas naturales, pues de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley 81 de 1960 están sometidas no solamente al impuesto sobre la renta sino a los complementarios de patrimonio y exceso de utilidades; es verdad que dentro del mecanismo del Decreto 1366, a las personas naturales residentes en el exterior se les debe descontar un porcentaje establecido por la ley, para evitar la evasión del impuesto correspondiente, pero que esa es una protección parcial que en ninguna forma abarca el derecho que tiene el Estado a exigir de toda persona natural el pago del impuesto sobre el patrimonio.

La obligación del pago del impuesto patrimonial está vigente. La obligación de declarar la renta cuando se sobrepasan los límites establecidos por la ley está vigente. El único medio o mecanismo ideado por el Estado para liquidar y cobrar el impuesto sobre patrimonio es la declaración. Luego es forzoso concluir, que quienes se hallen dentro de las condiciones previstas por la ley general, deben declarar renta pues ese es el único medio de información que tiene el Estado para efectuar la liquidación y exigir su pago.

Continúa afirmando que el actor manifiesta que el artículo 70 del Decreto 154 del 68 reglamenta solamente las disposiciones de los artículos 27 a 30 del Decreto Ley 1366 de 1967; sinembargo, la fiscalía considera que tal disposición interpreta también el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1651 del 61, relacionándolo con los mecanismos establecidos por el Decreto 1366 de 1967.

El actor en su demanda, hace hincapié sobre la falta de facultades del ejecutivo para obligar a los extranjeros a declarar la renta. En qué parte del artículo se habla de los extranjeros? La norma acusada habla de personas naturales residentes en el exterior, interpretando en forma cabal y precisa

la disposición legal reglamentada, que consta en el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1651, en cuanto hace relación a lo dispuesto en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto 1366 de 1967.

Por último el señor Fiscal hace esta enfática afirmación:

> "A esta fiscalía no le cabe duda alguna de que la norma acusada, no sólo no es violatoria de la Constitución, por exceso en la facultad reglamentaria, ni violatoria de las normas legales que gobiernan el sistema tributario nacional, sino que por el contrario, dicha norma está encuadrada exactamente dentro de los mecanismos que la ley ha creado, para obtener la necesaria información, a fin de liquidar y cobrar el impuesto que al Estado le corresponde.
>
> "Pero, por el contrario, si se anulara el artículo en cuestión, con el aparente pretexto de la autonomía del extranjero ante las leyes nacionales, se abriría una compuerta, para que, al amparo de esa nulidad los nacionales colombianos, con su patrimonio vinculado en Colombia y con sus rentas trasladadas al lugar de su domicilio, se sustrajeran a la carga impositiva a que están obligados, de acuerdo con la ley".

Termina el concepto fiscal solicitando que no se acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo ha tenido oportunidad de estudiar en distintas providencias ya interlocutorias, ya de fondo con carácter de sentencia, la situación de las personas jurídicas residentes en el exterior y ha dicho que no están en la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia. Nos enfrentamos ahora al problema de las personas naturales que es el que aparece en el artículo 70 del Decreto 154 de 1968 materia de esta demanda y cuyo texto es el siguiente:

> "Las personas naturales no residentes en Colombia a quienes se paguen o abonen en cuenta dividendos, participaciones u otras rentas gravables en el país, tales como intereses, arrendamientos, comisiones, regalías, etc., 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 27, 28, 29 y 35 del Decreto 1366 de 1967 y 35 de la Ley 63 de 1967".

Según el argumento del señor Fiscal, el Decreto 154 del 68 es reglamentario no sólo del Decreto Ley 1366 de 1967, de la Ley 63 del 67 sino también de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios y entre ellas hace hincapié en que el artículo 1o. del Decreto 1651 de 1961 que

también hace parte del conjunto de disposiciones reglamentadas hace obligatoria la presentación de la declaración de renta a las personas naturales; como el artículo no distingue entre si esas personas son residentes o domiciliadas dentro o fuera del país puede deducirse de allí que dada la generalidad de la disposición bien puede sustentarse la tesis de que como donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete, la disposición, aparentemente generalísima, abarca también a las personas naturales, colombianas o extranjeras, domiciliadas o residentes en el exterior. Sinembargo, a la luz de otras disposiciones la cosa no parece tan evidente y por el contrario con base en ellas el problema se esclarece en una forma que parece indiscutible. En efecto:

Según el artículo 18 del Código Civil "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". Esta disposición fue virtualmente reemplazada por el artículo 59 de la Ley 149 de 1888 según la cual "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos". Principio que repite exactamente en los mismos términos el artículo 57 del Código de Régimen Político y Municipal.

Este es el principio conocido con el nombre de territorialidad de las leyes, es decir, que las leyes no obligan más allá de las fronteras de un país; desde luego tiene algunas salvedades creadas desde la época en que los glosadores y post–glosadores del derecho romano se dedicaron a estudiar el intrincado problema de la aplicación de la ley extranjera y crearon la famosa teoría de los estatutos que dividieron en personal, real y mixto. Las excepciones se originan principalmente por razones de orden público ya que un país en determinadas circunstancias y por razón misma de su soberanía no puede quedar sometido a la influencia de la ley extranjera y es así como nuestro Código consagró las excepciones que brevemente analizadas son las siguientes:

ESTATUTO PERSONAL

Según el artículo 19 del Código Civil los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana:

1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar actos y contratos que hayan de tener efecto en Colombia y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes.

El estatuto personal define, pues, cómo el colombiano está sometido a su ley nacional, *lex fori*, en multitud de situaciones en que no podía dejarse su reglamentación a la ley extranjera; esas leyes son las del estado civil, las que fijan su capacidad, determinan los derechos y obligaciones de familia entre parientes colombianos y entre parientes colombianos y extranjeros, desde luego cuando se trate de ejecutar actos que deben tener efecto en Colombia. Por lo mismo será la ley colombiana la que determina el lugar que el de Cujus ocupó en la sociedad y en la familia, su calidad de casado, soltero, viudo, padre, hijo, etc., y ella misma señalará los derechos de los colombianos, aún en sucesión abierta en el extranjero, lo mismo que los derechos que se deriven del patrimonio, separación, divorcio, paternidad y filiación, legítima, natural o adoptiva, patria potestad, potestad marital, alimentos, órdenes de sucesiones legítimas, porción coyugal, etc.

ESTATUTO REAL

Los bienes, como parte del territorio nacional en cada país, deben regirse por la ley local cualesquiera que sean sus dueños en virtud del derecho de soberanía del Estado que no permitiría en materia tan trascendental la ingerencia de la ley extranjera y es por eso por lo que el artículo 20 del Código Civil preceptúa que: "Los bienes situados en los Territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tengan interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia".

Será entonces la ley colombiana la que regirá toda relación jurídica referida a los bienes situados dentro del territorio nacional; es ella la que regula la naturaleza y extensión de los derechos reales, los modos de adquirir y transmitir, lo relativo a la posesión, tenencia y goce de los bienes, impondrá imperativos tales como los de la libre enajenación de bienes raíces, la prohibición de que éstos pertenezcan a gobiernos extranjeros; la limitación de los usufructos y fideicomisos sucesivos; la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación, el régimen de las servidumbres legales, las solemnidades para la transmisión de bienes raíces y otros derechos, la expropiación por causa de utilidad pública, etc.

No debe dejar de mencionarse también en este aspecto el artículo 21 del Código Civil que puede considerarse como excepción al principio general, inicialmente expuesto, relativo a la forma de los actos jurídicos la cual se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados siguiendo el principio *"locus regit actum"*, que desde luego también tiene su excepción porque en los casos en que en Colombia se exijan formas solemnes para la validez de aquellos actos, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas; es esta la

razón en virtud de la cual, por ejemplo, no tiene validez entre nosotros el testamento ológrafo que en Francia surte plenos efectos legales.

Recapitulando, tenemos que cuando el artículo 1o. del Decreto 1651 dice que las personas naturales están obligadas a hacer en Colombia declaración de renta y patrimonio, sin distinguir si ellas son colombianas o extranjeras, residentes o domiciliadas, sólo puede referirse a las que se encuentran dentro del territorio patrio porque entre las excepciones que analizamos referentes a la teoría de los estatutos basados en los principios de orden público no aparecen también como excepción las leyes fiscales y es por ello por lo que no podría afirmarse que aquella disposición abarca también a las personas naturales, de cualquier índole, residentes o domiciliadas en país extranjero.

Estos solos principios serían suficientes para realzar la ilegalidad del artículo 70 del Decreto 154 de 1968 que obliga a las personas naturales no domiciliadas en Colombia a presentar declaración de renta y patrimonio. Pero hay sinembargo otro argumento quizá de mayor trascendencia y de más hondo calado, que sin disminuír la categoría del ya expuesto casi que lo coloca en posición secundaria. Pasamos en seguida a analizarlo.

Admitimos con el señor Fiscal que el Decreto 154 de 1968 no está únicamente encaminado a reglamentar las disposiciones del Decreto 1366 de 1967 y la Ley 63 del mismo año como se dice claramente en la enunciación de sus propósitos y que el Decreto 1366 es un conjunto de disposiciones que modifica determinadas normas de los reglamentos básicos que sobre impuesto sobre la renta y complementarios contienen la Ley 81 de 1960 y el Decreto Ley 1651 de 1961, dentro del cual juega papel importante en el problema que nos ocupa el inciso 1o. del artículo 1o. de esta última disposición.

Pero es que hay otro estatuto no menos trascendental porque de él emanan todas las modificaciones que se hicieron a los anteriores y es la Ley 28 de 1967 por medio de la cual el Congreso invistió al Presidente de la República de precisas facultades "Contra la evasión y el fraude al Impuesto sobre la renta, complementarios, especiales y sucesorales y se dictan otras disposiciones".

Pues bien, ni en los Decretos Extraordinarios que el Presidente dicte en desarrollo de una ley de facultades puede salirse de las precisas que le otorgó el Congreso (ordinal 12 artículo 76 de la Constitución), ni en los Decretos Reglamentarios que expida puede extralimitar las normas por él mismo dictadas en desarrollo de aquellas facultades, tal como lo prescribe el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta Fundamental. Y lo que ha ocurrido en el

asunto *sub judice* fue que el Gobierno violó la propia ley de facultades al dictar el artículo 70 del Decreto 154 de 1968.

Dice la Ley 28 de 1967 en su parte pertinente:

> "**Artículo Primero.** El Gobierno procederá a reformar las disposiciones vigentes en materia de impuestos sobre la renta, sus complementarios y especiales y las que regulan los impuestos a la masa global hereditaria, donaciones y asignaciones, precisamente para evitar la evasión y el fraude fiscal. En desarrollo de esta disposición queda facultado para lo siguiente:. . .
>
> g) Gravar hasta con un 40o/o con retención en la fuente, los dividendos pagados o abonados en cuenta por sociedades anónimas domiciliadas en Colombia a favor de sociedades de cualquier índole o de *personas domiciliadas en el Exterior.* Para que esta facultad pueda ejercerse de una manera tal que impida la evasión fiscal sin entrabar el aporte de la inversión extranjera para el desarrollo económico del país, el Gobierno podrá establecer tarifas diferenciales, según la clase de inversionistas, dictar normas para evitar recargos provenientes de la tributación múltiple y celebrar acuerdos internacionales sobre esta materia, los cuales requerirán para su validez la Aprobación del Congreso; y establecer los casos en que las personas naturales y jurídicas extranjeras queden sometidas a un impuesto único con retención en la fuente, *sin la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio;*" (Se subraya).

Dió, pues, el legislador la forma de establecer la retención en la fuente para las personas naturales y jurídicas extranjeras pero recalcando en forma muy categórica el principio de que no tenían la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia, que es la tesis que el Consejo de Estado ha venido defendiendo para las personas jurídicas y que ahora propugna para las personas naturales.

Entonces tenemos que siendo el Decreto 154 del 68 reglamentario no sólo del Decreto 1366 del 67, de la Ley 63 del mismo año, y "de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios" entre las cuales está como materia esencial la ley de facultades, es decir, la Ley 28 de 1967 no hay duda alguna que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria al expedir el artículo 70 del Decreto 154 de 1968 materia de este juicio, porque ya no sólo sobrepasó las facultades de la ley básica sino que se fue contra una prohibición categórica de la misma como fue la de que las personas naturales y jurídicas no podían estar sujetas a la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, con lo cual violó en forma directa el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución.

Los reglamentos, como es sabido, son dictados para complementar la ley y asegurar su ejecución en problemas y circunstacias de detalle que el legislador

no debe tocar, pero son manifestaciones del poder ejecutivo que deben estar completamente subordinadas a la ley, es decir, deben ser dictados "*secundum legem*"; es por ello por lo que no pueden crear exigencias nuevas ni extender o restringir su alcance en el cumplimiento de su misión. Y si este principio es evidente respecto de los reglamentos *secundum legem,* cuánto más lo será respecto de aquellos reglamentos contra *legem,* es decir, aquéllos que no sólo han extralimitado o extendido el alcance de la ley sino que se han ido directamente contra ella como es el caso que ahora se contempla?

Como síntesis de lo dicho puede afirmarse, que el artículo 70 del Decreto 154 de 1968 es nulo por dos razones, cualquiera de las cuales daría base a su anulación:

a) Porque viola directamente el literal g) de la Ley 28 de 1967 que estatuyó que las personas naturales o jurídicas extranjeras no tendrían la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia.

b) Porque aún sin la existencia de ese principio capital su nulidad sería también evidente por violación de los artículos 18 del Código Civil y 57 del Código Político y Municipal que al consignar el principio de la territorialidad de la ley expresan que ésta sólo es obligatoria para los nacionales y para los extranjeros sean domiciliados o transeuntes, salvo las excepciones creadas por los estatutos o las establecidas en los tratados públicos.

En razón de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Es nulo el artículo 70 del Decreto 154 de 1968.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la seción de marzo dieciocho de mil novecientos setenta y uno.

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

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

A 298-I9/PJ

DECRETOS EJECUTIVOS

CARRERA ADMINISTRATIVA. Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa no pierden sus derechos en ella cuando el respectivo cargo se declara de libre nombramiento y remoción.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., abril catorce de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Rafael Tafur Herrán.*

En grado de consulta ordenada respecto del fallo del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de fecha 13 de noviembre de 1970, conoce el Consejo de Estado del juicio que mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción hubo de promover ante aquella Corporación el *Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán* para obtener que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera: Que es nulo el Decreto Ejecutivo número 133 de 1969 (febrero 10) originario del Ministerio de Desarrollo Económico por el cual fue separado del servicio público el Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán, funcionario inscrito en la Carrera Administrativa, y quien ocupaba el cargo de Jefe de la División de Propiedad Industrial del antiguo Ministerio de Fomento, y nulo el nombramiento de su reemplazo recaído en el Doctor Enrique Muñoz D. como Jefe de División III de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico.

Segunda: Que el Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán, empleado de Carrera Administrativa tiene derecho a permanecer indefinidamente en el cargo provisto por el Decreto Ejecutivo No. 133 de 1969 (febrero 10) acusado y a ser reintegrado al mismo dentro del plazo que se fije en la sentencia, con todas prerrogativas, ventajas de reclamaciones, prestaciones, sueldos, subsidios respectivos, hasta cuando sea legalmente destituído o hasta cuando haga dejación del cargo por causa legal.

Tercera: Que el Estado Colombiano debe pagar al Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán, o a quien sus derechos represente, la totalidad de las retribuciones económicas que dejó de percibir por causa de la separación inconstitucional e ilegal de su cargo, desde el 10 de febrero de 1969 hasta cuando sea reincorporado al mismo, junto con los intereses bancarios de la suma respectiva, que se causarán desde esa fecha hasta cuando le sean cancelados en dinero efectivo todos sus sueldos correspondientes incluyendo la remuneración de la incapacidad por enfermedad nó profesional desde el 13 de enero de 1969 hasta el 28 de febrero.

Cuarta: Que el actor tiene derecho a todas las primas, subsidios, salarios, bonificaciones, prestaciones sociales que correspondan al cargo de Jefe de División III de propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio del Ministerio de Desarrollo Económico, o al que corresponda legalmente, durante todo el tiempo que permanezca fuera del servicio público como consecuencia del acto demandado, y que no hay solución de continuidad para ningún efecto legal, ni para prestaciones sociales, cesantías, vacaciones, jubilación, antiguedad, etc., en el período en que el demandante ha estado y está fuera del servicio público nacional.

El Tribunal del conocimiento en el fallo consultado ha accedido a hacer estos pronunciamientos:

> "**Primero.** Declárase la nulidad del Decreto 133 de 10 de febrero de 1969, expedido por el señor Presidente de la República por el cual implícitamente se separa del servicio público al doctor Reinaldo Mosquera Guzmán y se nombra en su reemplazo para el cargo de Jefe de División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio al doctor Enrique Muñoz D.
>
> "**Segundo:** Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, restablécese en su derecho al Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán en el sentido de que el Gobierno Nacional (Ministerio de Desarrollo Económico) deberá reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, reconociéndole y pagándole al mismo tiempo los sueldos, subsidios, primas y todos los demás derechos y prestaciones sociales a que tenía derecho, desde la fecha en que fue retirado y hasta cuando se verifique el reintegro, y considerándose para los fines legales que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo de Jefe de División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.
>
> "**Tercero:** La Administración deberá descontar al demandante lo que probase que éste haya recibido durante el tiempo de vacancia, como remuneración por servicios durante las horas ordinarias de trabajo a entidades oficiales, y también lo que hubiese percibido por concepto de pensión de jubilación.
>
> "**Cuarto:** Al presente fallo se le dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C. C. A.".

Como el recurso debe resolverse de plano, procédese a ello teniendo en cuenta:

Encontrándose incrito en la Carrera Administrativa y en desempeño del cargo de Jefe de División de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento, el demandante fue reemplazado mediante nombramiento que por el acto acusado se hizo en la persona del Doctor Enrique Muñoz. Esto porque el Decreto Ley 3162 de 1968 declaró de libre nombramiento y remoción del

Presidente de la República entre otros, el cargo de Jefe de División de Propiedad Industrial y a tiempo que el Decreto Ley 2400 de 1968 en su artículo 49 establecía que los empleados inscritos en el escalafón que ocupaban cargos declarados de libre nombramiento y remoción perderían su derecho dentro de la Carrera.

Mas, pendiente aún de decisión el presente juicio, la Corte Suprema de Justicia en fallo de abril 10 de 1970 ha declarado la inexequibilidad del citado artículo 49 del Decreto 2400 "en cuanto establece la pérdida del derecho en la Carrera Administrativa de los empleados inscritos en el Escalafón cuando el respectivo cargo se declara de libre nombramiento y remoción".

Lleva lo anterior a concluír que aún cuando el empleado pudo ser removido libremente del cargo de Jefe de División de Propiedad Industrial, sus derechos y prerrogativas de empleado de carrera han continuado amparandolo, entre estos "el de permanecer en el servicio siempre que cumpla con lealtad eficiencia y honestidad los deberes de su cargo" (artículo 46 Decreto 2400 de 1968).

Pero el derecho de permanecer en el servicio no implica en casos como el presente el de ser mantenido en el mismo cargo, si éste ha sido declarado de libre nombramiento y remoción, porque de lo contrario se haría nugatoria la facultad de declarar de libre nombramiento y remoción al cargo.

De consiguiente al Doctor Mosquera ha de reintegrársele a un cargo de igual o superior categoría al de Jefe de División de Propiedad Industrial del Ministerio de Desarrollo Económico que venía desempeñando al designársele reemplazo, con la obligada consecuencia de que así mismo deben serle reconocidos y pagados los sueldos dejados de devengar en aquél cargo desde la fecha en que quedó separado de él hasta aquella en que sea reintegrado a un cargo equivalente.

Lógicamente no es nulo el acto acusado en cuanto designó al Doctor Enrique Muñoz en reemplazo del demandante.

En armonía con los anteriores conceptos el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

a) Revócase el fallo consultado de fecha 13 de noviembre de 1970 en sus puntos *primero* y *segundo*, y en su lugar dispone:

1. Restablézcase al Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán en un cargo de igual o superior categoría al de Jefe de División de Propiedad Industrial del

Ministerio de Fomento Económico que venía desempeñando al serle designado reemplazo por medio del Decreto 133 de 10 de febrero de 1969;

2. Al Doctor Reinaldo Mosquera Guzmán se le reconocerán y pagarán los sueldos primas y demás retribuciones dejados de devengar en el expresado cargo desde la fecha en que quedó separado de él hasta aquélla en que se le reintegre a un cargo equivalente, y para los fines legales se considerará que no ha habido solución de continuidad en el servicio.

b) Confírmase el fallo en todo lo demás.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha abril primero de mil novecientos setenta y uno.

Copiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 2991HN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LAS VENTAS. Nulidad del artículo 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966 y del artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., abril veintidos de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

Demandó el Doctor Cayetano Betancur que se declare nulo el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968, sea por vía directa o como consecuencia de la anulación del artículo 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966, que impetra también.

Asevera el demandante que el artículo 7o. del Decreto Legislativo 1595 de 1966, adoptado como norma permanente por la Ley 48 de 1968, al acoger expresamente el sistema establecido por el artículo 10 del Decreto Reglamentario 377 de 1965 para el pago del impuesto sobre las ventas en el caso que allí se regula, vino a darle el rango de texto legal a ese precepto y, por consiguiente, no era dable sustituírlo o modificarlo por vía de simple reglamento, como lo hizo el artículo 23 del Decreto 1881 de 1966. Considera así que esta última norma viola en forma ostensible lo dispuesto en los artículos 120, ordinal 3o. y 121 de la Constitución, en la Ley 48 de 1968 y en el artículo 10 del Decreto 377 de 1965.

Iguales reparos le hace la demanda al artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968 y lo impugna también porque considera que el sistema de pago del impuesto sobre las ventas allí establecido, además de contrariar el sistema que fijó el artículo 10 del Decreto 377 de 1965, no permite el reembolso del impuesto pagado por la adquisición de las materias primas y demás elementos empleados en la fabricación de unas mercancías, sino a medida que éstas se vayan enajenando al consumidor, o sea en proporción a la materia prima empleada en las mercancías vendidas, lo cual implica, según el libelo, una financiación a favor del Estado, a cargo de los particulares y en perjuicio del peculio de éstos últimos. A ese respecto, el demandante presenta ejemplos numéricos en su alegato de conclusión.

Mediante auto del 22 de junio de 1970 se supendieron provisionalmente los textos acusados. Y recurrida esta providencia, fue confirmada por la Sala de Decisión en auto del 18 de septiembre del mismo año.

En las oportunidades pertinentes alegaron el doctor Betancur y el doctor Bernardo Ortiz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo. El primero para insistir en sus

tesis iniciales y el segundo para conceptuar favorablemente a las pretensiones de la demanda.

Ahora corresponde resolver a la Sala, con fundamento en las consideraciones siguientes:

Sobre los temas materia de esta controversia, en el auto del 22 de junio de 1970, ya mencionado, se dijo:

"Para mayor claridad en la decisión, conviene transcribir los textos a que alude el demandante. Dicen así:

"**Decreto 377 de 1965. Artículo 10.** Cuando por cualquier circunstancia un artículo terminado haya sido fabricado con otros que han sido base de imposición, como en el caso de aquéllos que, adquiridos para el consumo, sean sometidos posteriormente a un proceso industrial complementario para su venta directa al consumidor final, los impuestos pagados se descontarán mediante el sistema de cuenta corriente así:

"a) El valor del impuesto por la venta final se acreditará a una cuenta denominada "impuesto de Ventas por Pagar".

"b) El valor de los impuestos pagados por las compras o el que figure en la factura, se debitará a la cuenta antes mencionada.

"c) Con la declaración de ventas periódicas, se elaborará una relación en la que conste el valor del impuesto liquidado, menos el valor ya pagado sobre las compras; el saldo se consignará en la Administración de Impuestos respectiva, en los plazos señalados para el pago del gravamen".

"**Decreto Legislativo 1595 de 1966. Artículo 7o.** El artículo 5o. del Decreto 3288 de 1963 quedará así: Cuando quiera que un artículo terminado haya sido fabricado con otros que hubieren sido base de imposición y hubieren pagado el correspondiente impuesto, dicho gravamen se descontará en la forma establecida por el artículo 10o. del Decreto 377 de 1965. En el evento contemplado en este artículo, en ningún caso podrá descontarse del precio de enajenación el costo de adquisición de tales artículos.

"**Ley 48 de 1968. Artículo 1o.** Adóptanse como legislación permanente los siguientes Decretos Legislativos dictados a partir del 21 de mayo de 1965: . . .

"**Decreto 1595 de 1966** (Junio 24). . .

"**Decreto 1881 de 1966. Artículo 23.** El artículo 10o. del Decreto 377 de 1965 quedará así: Cuando quiera que un artículo terminado haya sido fabricado con otro u otros que hubieren sido base de imposición y se hubiere pagado el correspondiente impuesto, dicho gravamen se descontará mediante el sistema de cuenta corriente, así:

"a) El valor del impuesto por la venta del artículo al cual se incorporaron los ya gravados, se acreditará a una cuenta de "Impuesto a las Ventas por Pagar".

"b) El valor de los impuestos liquidados por las compras y que figure en renglón aparte en la factura, se debitará a la cuenta antes mencionada.

"c) Con la declaración de ventas periódicas, se elaborará una relación en la que conste el valor de las compras que causaron impuestos discriminándolas por cada uno de los grupos gravables, y el valor del impuesto que se pagó por las mismas, el cual se restará del impuesto liquidado por las ventas; el saldo se consignará en la Administración de Impuestos respectiva, dentro de los plazos señalados para tal fin.

"d) El valor del Impuesto a las Ventas no podrá incluirse dentro de los costos o gastos de fabricación o de ventas.

"**Decreto 2049 de 1968. Artículo 4o.** Conforme al artículo anterior, el responsable del impuesto solamente podrá descontar el gravamen debitado a la cuenta de "Impuesto a las Ventas por Pagar", respecto de los productos enajenados en el período bimensual a que se refiere la correspondiente relación.

"Para determinar el monto del descuento, el responsable del pago del gravamen llevará una cuenta auxiliar a la de "Impuesto a las Ventas por Pagar" para cada uno de los períodos bimensuales. En esta cuenta auxiliar debitará únicamente el valor de los impuestos cubiertos por la adquisición de las materias primas a que se refiere el artículo 3o. de este Decreto y empleadas en la elaboración de las mercancías cuya venta se relaciona.

"En ningún caso se podrá descontar el impuesto pagado por la adquisición de materia prima que se venda sin procesar".

Al confrontar los textos transcritos, fluyen fácilmente las siguientes conclusiones:

"1. Que para el pago del impuesto sobre las ventas en el caso de mercancías elaboradas con elementos que ya fueron objeto de ese tributo, el artículo 10 del Decreto 377 de 1965 dispuso que del monto del impuesto correspondiente a las mercancías enajenadas en un lapso concreto, se descontara el valor del impuesto pagado por las compras de materias primas durante el mismo lapso, para depositar en las arcas oficiales únicamente la diferencia entre los dos guarismos;

"2. Que el artículo 7o. del Decreto Legislativo 1595 de 1966, al acoger el método de liquidación del impuesto sobre las ventas establecido por el artículo 10 del Decreto 377 de 1965, sustrajo del ámbito meramente reglamentario la regulación de la forma de pagarlo en la hipótesis de venta de mercancías resultantes de la transformación de materias primas o de elementos semielaborados, que de antemano pagaron el gravamen;

"3. Que, en esa virtud, el Presidente como legislador extraordinario o de emergencia (C. N. 121), se reservó la facultad de dictar las normas relativas a la materia que menciona el punto anterior y, entre tanto, le infundió al artículo 10 del Decreto 377 de 1965 las características que constitucionalmente se predican de las leyes de emergencia o decretos legislativos;

"4. Que el artículo 1o. de la Ley 48 de 1968, al adoptar como estatuto permanente el Decreto Legislativo 1595 de 1966, lo dotó de la alcurnia jurídica y de la estabilidad propias de la ley ordinaria y, por ende, hizo lo mismo con el artículo 10 del Decreto 377 de 1965, acogido por aquel;

"5. Que, como consecuencia obvia de todo lo anterior, la regla de derecho contenida en el artículo 10 del Decreto 377 de 1965 sólo puede ser modificada o sustituída por quien tenga potestad constitucional para hacerlo respecto de las leyes: el Congreso o el Presidente de la República en casos excepcionales (C. N. 76, ordinales 11 y 12; 121, 122);

"6. Que, el artículo 23 del Decreto 1881 de 1966, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, dijo sustituir el artículo 10 del Decreto 377 de 1965. Y que, asimismo, el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968 modificó lo previsto en el aludido artículo 10, pues sólo permitió deducir del monto del impuesto a las ventas por pagar, el valor del gravamen cancelado por concepto de las materias primas empleadas en la fabricación de las mercancías vendidas en el respectivo lapso bimensual, es decir, estableció un reembolso diferido del impuesto pagado por las compras de materias primas, que no aparece previsto en el texto de dicho artículo 10;

"7. Que la potestad reglamentaria atribuída al Presidente de la República por el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución, invocado en la demanda, sólo permite expedir "las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", o sea que no faculta para sustituir, modificar o derogar aquellos preceptos que tengan el rango de leyes, como acontece, según quedó visto, con el artículo 10 del Decreto 377 de 1965;

"8. Que, de consiguiente los artículos 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966 y 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968, acusados, quebrantan en forma ostensible lo estatuído por los artículos 120, ordinal 3o. de la Constitución y 10 del Decreto 377 de 1965 y la Ley 48 de 1968, como lo afirma la demanda, por lo cual procede suspenderlos provisionalmente, como allí mismo se impetra".

Las mismas reflexiones jurídicas que acaban de transcribirse, conducen ahora a que deben declararse nulos los preceptos materia de la acusación. Sólo cabe agregar en esta oportunidad que dichos preceptos si son violatorios también de lo estatuído en el artículo 1o. de la Ley 48 de 1968, tesis que no comparte el señor Fiscal, por cuanto fue a virtud de esa norma que el Decreto Legislativo 1595 de 1966 consiguió vigencia permanente, en lugar de

la transitoria que le correspondía tener como obra de un legislador accidental y de emergencia (C. N. 121). Fue pues entonces gracias a la Ley 48 y a pesar de que tiene fecha posterior a la del Decreto 2049, impugnado, que se consumaron las violaciones normativas ya puntualizadas.

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

FALLA:

Son nulos los artículos 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966 y 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968, materia del presente juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese oportunamente.

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

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

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

A 300/AN

DECRETOS DEL GOBIERNO NACIONAL

ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (GRUPO ANDINO). La Justicia Contencioso Administrativa no es competente para conocer de la acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 1969, por el cual se aprueba, porque este Decreto es un acto que forma parte de uno complejo y que está íntimamente vinculado a las normas del Derecho Internacional.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., junio cinco de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Arango Henao.*

Ref: Expediente 1500

El Doctor Francisco Eladio Gómez Mejía, ejercitando la acción pública, pidió al Consejo "anular el Decreto 1245 de agosto 8 de 1969, 'por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú'."

En providencia de 2 de marzo del año en curso, el sustanciador resolvió no admitir la demanda, pues, consideró que el Consejo de Estado no es la entidad competente para conocer de ella, por lo cual ordenó la de volución de la misma a su autor. Inconforme con esta determinación el Doctor Gómez Mejía, interpuso el recurso de súplica que ahora se define, después de haberse agotado el procedimiento propio del mismo.

Dice el recurrente que la negativa a darle curso a su demanda se fundamenta en que el acto impugnado es de tipo complejo y de carácter internacional, por lo cual escapa a la competencia de los jueces colombianos. Y, en segundo término, afirma el actor recurrente, esa negativa obedece, según el auto motivo de la súplica, a que si el decreto materia de impugnación fuera "acto de Derecho Público Interno", le correspondería a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de cualquiera demanda con relación a él, por ser producto del ejercicio de las facultades consignadas en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

El recurso lo fundamenta el Doctor Gómez Mejía en que el decreto fue expedido en uso de facultades legales del Presidente de la República, y en especial de las que le confiere el artículo 2o. de la Ley 88 de 1961, por lo cual será preciso estudiar si sus fundamentos están o nó en el evento contemplado en el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta, concluyendo que la aprobación de tratados internacionales es función propia del Congreso y por

lo mismo no queda dentro de la órbita constitucional del Gobierno a que hace relación el numeral 11 del artículo 76 de la Carta.

Porque el acto acusado es susceptible de control para definir su constitucionalidad, ese control corresponde a esta Corporación que no a la Corte Suprema de Justicia como lo sostiene el auto material del recurso. Por lo mismo el actor insiste ante la Sala de Decisión para que ésta revoque la providencia recurrida y en su lugar ordene la admisión de la demanda.

Para resolver la Sala considera:

El decreto impugnado por el Doctor Gómez Mejía, es indudablemente, un acto que forma parte de uno complejo, como lo afirma la providencia recurrida, y que está íntimamente vinculado a las normas del derecho internacional. Efectivamente, el sólo acápite del Decreto 1245 está señalando muy claramente que el tema principal o único de ese decreto, es el de aprobar "el Acuerdo de Integración Subregional (Grupo Andino), suscrito en Bogotá al 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú". Y el único considerando del decreto impugnado no deja la menor duda sobre el carácter internacional de este acto cuando hace relación a la compatibilidad que tiene el Pacto Andino con el tratado de Montevideo y a la declaración que el 9 de julio de 1969 hiciera por medio de la Resolución 179 el Comité Ejecutivo Permanente de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio.

Sobre esta base estima la Sala que el Decreto 1245 contiene una serie de normas jurídicas propias del derecho internacional, porque son el producto de un acuerdo entre varios Estados de Sur América y que por lo tanto el juicio que al rededor de ellas pueda trabarse no es asunto del resorte de una sola de las partes, sino de todas ellas, que, conforme con las normas del derecho internacional, tiene un procedimiento especial para definir las posibles dificultades que pudieran presentarse.

Ahora bien, si los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, el Ecuador y el Perú, "inspirados en la Declaración de Bogotá y en la Declaración de los Presidentes de América y fundandose en el Tratado de Montevideo", como lo dice el Acuerdo Materia de aprobación, convinieron por intermedio de sus representantes plenipotenciarios celebrar el "Acuerdo de Integración Subregional", es categórico el carácter de internacional que tiene el acto complejo que menciona y del cual hace parte el Decreto 1245 de 1969, resultante de un acuerdo entre varios Estados de Sur América.

Por estas razones estima la Sala que, siguiendo el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia y acorde con el del propio Consejo, el control

administrativo es extraño a actos como el Decreto 1245 que hace relación a convenios del Gobierno Colombiano con otros Gobiernos de países extranjeros. Estos convenios, se repite, están sujetos a procedimientos especiales y a Tribunales de orden internacional, que privativamente conocerán de sus conflictos en caso de llegar a presentarse. Por ello la competencia de los jueces administrativos colombianos, no llega hasta el punto de conocer de relaciones del Gobierno Colombiano con otros países.

Lo dicho es suficiente para que la Sala de Decisión de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, *Confirme* la providencia materia del recurso.

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

Cópiese y notifíquese.

Jorge Dávila Hernández — Alfonso Arango Henao — Lucrecio Jaramillo Vélez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A 3011/AN

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. Nulidad del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970 sobre grado de imputación de los pagos acordados por los contribuyentes merecedores de la amnistía impositiva de que trata la Ley 8a. de 1970.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Proponente: *Doctor Miguel Lleras Pizarro.*

Ref: Radicación 1774. Nulidad del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970. Ministerio de Hacienda. Demandante: Vicente Amaya Mantilla.

El señor Vicente Amaya Mantilla demandó la nulidad del acto mencionado en la referencia porque lo consideró contrario al propio texto de la Ley Reglamentada que es la 8a. de 1970 y el ordenamiento del artículo 105 del Decreto 1651 de 1961. En el auto admisorio de la demanda se decretó la suspensión provisional.

El fiscal Doctor Bernardo Ortiz Amaya estima que no hay oposición entre lo reglamentario y lo reglamentado porque la Ley 8a. de 1970 modificó transitoriamente el régimen general y tal modificación autoriza las nuevas reglas ahora demandadas.

Para resolver se considera:

Si se examina con cuidado la Ley 8a. de 1970 se concluye, aunque no con facilidad, que por medio de ella no se introdujo modificación alguna al sistema de imputación de pagos ya establecido desde 1961. En efecto, esta ley perdonó las sanciones por mora para toda deuda exigible en 31 de Diciembre de 1969 por concepto de impuestos de renta y complementarios recargos y especiales y determinó algunas facilidades para quienes no pudieran hacer la cancelación en un solo contado de modo que lo debido sin computar los intereses de mora pudiera cancelarse por cuotas en la misma época en que deban cancelarse los impuestos causados con posterioridad y repartido el valor total de la deuda en períodos cuyo último plazo vence el 31 de Diciembre de 1973. Advirtió la ley que si a partir del 1o. de enero de 1971 la amortización de la deuda en mora se atrasare o demorare de nuevo, la gracia acordada cesaría y en tal caso si alguna suma se hubiere pagado esta debería abonarse de preferencia a las deudas más antiguas, que es el sistema ordinario establecido en 1961. La ley no hace diferencia en cuanto al año en que se causó la deuda por impuestos sino al momento en que estaban en mora cualesquiera cantidades correspondientes a años anteriores al 31 de

Diciembre de 1969. (No incluyó el año de 1970 puesto que la renta de dicho año habría de declararse en 1971 cuando comenzó el período durante el cual es posible pagar las deudas morosas junto con las cuotas correspondientes al impuesto por las rentas gravables en 1970).

Por ejemplo: si el 31 de Diciembre de 1969 se debían diez mil pesos, sin computar sanciones, por los años gravables de 1965, 66 y 67, este capital debería amortizarse en cuotas iguales a partir de la primera que hubiera de pagarse en 1971 y hasta diciembre de 1973. Esto significa tanto como consolidar la deuda de cualesquiera años anteriores en una sola y amortizarla por cuotas con independencia de la fecha en que se causaron.

Si durante el tiempo que transcurra del primero de enero de 1971 y el 31 de diciembre de 1973 el contribuyente se atrasa en el pago de las deudas protegidas con la gracia de la amnistía, entonces no opera esta gracia y lo que haya abonado no puede considerarse como imputación a la deuda consolidada sino como abono a deudas atrasadas según el orden establecido por el artículo 105 del Decreto 1651 de 1961.

Lo anterior indica que el orden del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970 contraría el texto de la Ley 8a. del mismo año porque ordena graduar las imputaciones de los pagos acordados por los contribuyentes merecedores de la amnistía no como si la deuda fueran una sola sino como si fueran varias según los años en que se causaron, con el inconveniente adicional de que invierte el orden establecido lo que además es inútil porque si el contribuyente cumple con las cuotas para el pago de todo lo debido no puede aplicarse el orden general del Decreto 1971 puesto que la amnistía consiste precisamente en perdonar la sanción por mora. Lo que podía ser objeto de reglamentación sería el caso de incumplimiento en el pago de las cuotas pero ello es innecesario porque está previsto en la propia Ley 8a. según la cual los abonos deben hacerse en la forma ordinaria, o sea comenzando por las deudas más antiguas y en primer término por los intereses.

En conclusión el artículo acusado es nulo no sólo por exceder las facultades constitucionales inherentes a la potestad reglamentaria sino por contrariar expresamente los preceptos de la ley que pretende reglamentar. Además es inútil e induce a confusiones lo que equivale a decir que es excesivo añadir laberintos a lo que es ya de por sí un embrollo.

Por tanto el Consejo de Estado por intermedio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

Es nulo el artículo 7o. del Decreto 2531 de 1970.

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

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

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

Hernando Franco Rojas
Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DEL GOBIERNO
DE CARACTER INTERNACIONAL

A 302 / AN

ACTOS DEL GOBIERNO NACIONAL

INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. Para conocer de la demanda de nulidad del acto del Gobierno Nacional de fecha 22 de noviembre de 1952, referente al Archipiélago de "Los Monjes".

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1498

Nulidad del acto del Gobierno Nacional de fecha 22 de noviembre de 1952, referente al archipiélago de "Los Monjes".

Actor: Doctor Alfonso Romero Aguirre.

El Doctor Alfonso Romero Aguirre, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., solicita que se declare la nulidad del acto del Gobierno Nacional consistente en la nota de 22 de noviembre de 1952, enviada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, Doctor Juan Uribe Holguín, al señor Embajador Extraordinario de Venezuela en Bogotá, Doctor Luis Jerónimo Pietri. Pide, además que, como consecuencia de dicha nulidad, el Gobierno de Colombia "organice las acciones correspondientes para el cumplimiento de la sentencia en sentido del reintegro". Solicita, por último, que el Gobierno de Colombia "abra una investigación por traición a la patria contra el Ministro Juan Uribe Holguín derivada de la entrega inopinada e inexplicable de un bien nacional a una república extranjera".

El Doctor Alfonso Isaza Moreno, en memorial presentado el 6 de febrero de 1971 se constituyó parte coadyuvante.

HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA DEMANDA

1. Como resultado de conversaciones mantenidas durante varios meses entre los gobiernos de Colombia y de Venezuela, por conducto de sus respectivas representaciones diplomáticas en Bogotá y en Caracas, acerca de los islotes conocidos con el nombre de Los Monjes, hubo un cambio de notas, con fecha 22 de noviembre de 1952, entre el Doctor Juan Uribe Holguín, Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, y el Doctor Luis Gerónimo Pietri, Embajador Extraordinario de Venezuela en Colombia.

2. En la nota colombiana, después de un resumen de los puntos de vista de los representantes de los dos países sobre la situación jurídica de Los Monjes, se dice que ha llegado el momento de ponerle fin a tales conversaciones y se concluye diciendo que "con base en los antecedentes mencionados, el Gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de Los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio por parte de éste país sobre el archipiélago en referencia".

En la nota venezolana se dice que "el Gobierno de Venezuela expresa su completo acuerdo con los términos de la nota de Vuestra Excelencia y aprecia altamente la decisión adoptada por el Gobierno de Colombia al declarar, en la forma en que lo hace, que no objeta nuestra soberanía sobre dicho archipiélago".

NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS

El actor considera violadas las siguientes normas superiores:

Artículo 120, ordinal 9 y ordinal 20 de la Constitución Nacional; artículo *3o., ibídem* y "demás disposiciones constitucionales y legales referentes a las formalidades necesarias para relaciones de esta naturaleza".

El coadyuvante cita, además, como normas violadas, las siguientes;

Artículos 76 y 215 de la Constitución Nacional y el artículo 1o. del Acto Legislativo número 1 de 1936 y Acto Legislativo número 1 de 1945, que regían en el momento del cambio de notas.

COMPETENCIA DEL CONSEJO

No obstante que la demanda reune los requisitos formales y que en el expediente obra la copia auténtica del acto acusado (artículos 84 y 86 del C. C. A.), ella no es admisible por incompetencia del Consejo de Estado para conocer, conforme a los siguientes motivos:

– I –

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

La diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho interno es una diferencia de estructura que se debe a la desigualdad de concentración de las sociedades respectivas. La cohesión y solidaridad de los Estados es mucho

menos densa y mucho menos estrecha que las que ligan a los individuos de un mismo Estado. El derecho interno es un derecho de subordinación, en tanto que el derecho internacional es un derecho de coordinación.

De esta diferencia esencial surgen los siguientes corolarios:

a) Las reglas de derecho interno son dictadas por vía de autoridad, se imponen jurídicamente a los particulares, mientras que, en el orden internacional, la única manera de creación de normas jurídicas es el acuerdo entre los Estados;

b) El derecho interno es aplicado coactivamente por Tribunales en cada país, en tanto que los tribunales competentes en derecho internacional público son pocos y las partes no pueden ser obligadas a someterse a ellos;

c) En derecho interno, la organización de las sanciones, en caso de violación de la norma jurídica, es muy fuerte, en tanto que es muy débil, en derecho internacioal, el cual, como dice Rousseau, "no conoce legislador ni policía".

— II —

LOS TRATADOS

En sentido amplio se llama tratado a todo convenio celebrado entre miembros de la comunidad internacional. En sentido estricto, el tratado internacional se define por el procedimiento empleado, es decir por su forma y no por su contenido. Se reserva, entonces, el nombre de tratado a los convenios internacionales celebrados con la intervención formal del órgano investido de la competencia para celebrar tratados, generalmente el Jefe del Estado. Los tratados así entendidos se caracterizan por dos rasgos:

a) Celebración mediata, con tres etapas a saber la negociación, la firma y la ratificación;

b) Unidad de instrumento jurídico.

En derecho internacional público también existen acuerdos con formas simplificadas, en los cuales, generalmente, sólo intervienen los ministros de relaciones exteriores. Esos acuerdos con formas simplificadas tienen el mismo valor que los tratados y se caracterizan por los siguientes rasgos:

a) Celebración inmediata, en la cual sólo hay negociación y firma;

b) En ellos, frecuentemente, hay pluralidad de instrumentos jurídicos, como cambio de notas, cambio de cartas, declaraciones, etc.

– III –

NATURALEZA JURIDICA DE LOS TRATADOS

Los tratados internacionales lo mismo que los convenios internacionales simplificados son actos jurídicos complejos, de naturaleza internacional, que se perfeccionan por el cumplimiento de requisitos también complejos. Por su forma y contenido, ellos se diferencian esencialmente del derecho público interno de cada país.

En el caso *sub judice*, la nota colombiana de 22 de noviembre de 1952 forma con la nota venezolana de la misma fecha un acto jurídico complejo e indivisible de carácter internacional, que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del país. (Ver Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de fechas 6 de julio de 1914, G. J. Tomo XXIII, pág. 11 y de 30 de enero de 1958, G. J. Tomo LXXXVII, pág. 9. Y sentencia del Consejo de Estado de 20 de mayo de 1960, Análes, Tomo LXII, 387–391, pág. 617).

No es admisible el recurso contencioso administrativo contra los actos referentes a las relaciones del Gobierno Colombiano con un país extranjero. Juez del derecho interno colombiano, el juez administrativo no es competente para conocer de las relaciones internacionales, que son relaciones que corresponden al derecho internacional. El límite de la competencia administrativa coincide exactamente con el límite del derecho interno colombiano; los litigios de derecho internacional solamente pueden ventilarse ante las jurisdicciones internacionales (Sic, Odent, Cours de contentieux administratif, París, 1950).

a) Y ésto es así, porque el tratado no es la obra de una autoridad administrativa colombiana, sino la obra común de las autoridades competentes de los dos Estados signatarios. El tratado no es, como el reglamento administrativo o la ley, obra unilateral del Gobierno o del Parlamento, sino que es la obra común de dos o más Gobiernos.

b) El anterior principio ha sido entendido tan rigurosamente que las jurisdicciones internas ni siquiera interpretan libremente los tratados internacionales, porque se correría el peligro de tener dos interpretaciones diferentes, o sea la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la de la Rama Jurisdiccional, lo cual haría nugatorio el tratado mismo, con grave perjuicio para el prestigio del país correspondiente.

c) La incompetencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ciertos actos y de sus consecuencias se explica normalmente por la existencia de una función gubernamental distinta de la función administrativa, de tal

suerte que los actos ejecutados en ejercicio de aquélla no son actos administrativos. (Sic. Chapus citado por Waline Droit administratif, pág. 225).

En perfecta concordancia con esta doctrina está el artículo 120 de la Constitución Nacional, cuando, al determinar las funciones del Presidente de la República, considera que unas le corresponden como Jefe del Estado y otras, como suprema autoridad administrativa. Dentro de las primeras está, evidentemente, la función relativa a la dirección de las relaciones internacionales (Numeral 20, artículo 120 de la Constitución Nacional).

d) Sinembargo, aunque el tratado internacional esté fuera de la competencia de esta jurisdicción, por su naturaleza internacional, eso no significa que no pueda ser, a veces, fuente de derecho administrativo. El consejo de Estado, en sentencia de 20 de mayo de 1960, dijo:

> "Los convenios o tratados se encuentran fuera de la competencia de esta jurisdicción por su naturaleza internacional, pero los pactos internacionales son fuente de derecho administrativo y, cuando en su desarrollo se ejerce la función administrativa, los actos que generan sí recaen bajo la competencia de su jurisdicción". (Anales Tomo LXII, 387, 391 pág. 617).

— IV —

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA EXTRANJERAS

La jurisprudencia y la doctrina extranjeras confirman las afirmaciones anteriores.

a) El Consejo de Estado Francés tradicionalmente ha sostenido su imcompetencia de principio para conocer de actos constitutivos de acuerdos internacionales, "cuya existencia constata aunque rehusa examinar su legalidad", (Waline) en razón de que dichos actos no provienen únicamente de las autoridades francesas y cuyo carácter mixto los sustrae del control del juez francés. Además, los litigios que pueden surgir de esos actos jurídicos internacionales pueden plantear problemas de derecho internacional, que no caben bajo la competencia del juez, a quien sólo le corresponde, salvo excepciones, la aplicación del derecho interno (Sic, André de Laubadere, Droit administratif, Tomo I, pág. 230 y 231; Vedel, pág. 102; Waline, Op. Cit. pág. 223).

b) Estados Unidos.

También la jurisprudencia constitucional norteamericana está en el mismo sentido.

Según Bernard Schwartz, (Comentario a la Constitución de los Estados Unidos, Tomo II, págs. 135 y ss., Passim), la Corte Suprema de los Estados Unidos ha adoptado, casi desde el principio de la República, una política de "manos fuera" en todo lo que se refiere a las relaciones internacionales. El alto Tribunal ha declinado deliberadamente toda autoridad en la esfera exterior, porque considera que el ejercicio del poder judicial es peculiarmente inapropiado en este campo. La dirección de las relaciones exteriores, declaró un miembro de la Suprema Corte, ya en 1796, supone "consideraciones políticas de extrema magnitud, cuyo examen y decisión son totalmente impropios para la competencia de un Tribunal de Justicia".

En el siglo y medio que ha transcurrido desde que se hizo la declaración que acabamos de mencionar, la Suprema Corte ha reconocido una diferencia básica entre el poder de revisión de los actos del ejecutivo relativos a asuntos internos y el poder referente a las cuestiones exteriores o internacionales. Cuando la acción gubernamental tiene repercusión solamente dentro de las fronteras de los E. U., la Corte puede y debe revisar su legalidad, aún cuando el acto jurídico emane del propio Jefe del Ejecutivo. En cambio, cuando la repercusión del acto impugnado se extiende al exterior o sea a las relaciones internacionales, la abstención de los Tribunales ha sido constante. La Corte Suprema ha dicho: "la dirección de las relaciones exteriores de nuestro Gobierno es atribuída por la Constitución al Ejecutivo y al Legislativo, que son los departamentos políticos del Gobierno. La corrección de lo que ha podido hacerse en el ejercicio de ese poder político no está sujeta a averiguación ni a decisión judicial". En otras palabras, una cuestión que afecta a las relaciones exteriores es una cuestión política, que está más allá de la esfera de la competencia judicial.

CONCLUSION

En conclusión de todo lo dicho, precisa negar la admisión de la demanda y ordenar devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia.

En consecuencia, no se admite la demanda, por no ser competente el Consejo para conocer de la acción propuesta y se dispone devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Lucrecio Jaramillo Vélez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

CAPITULO CUARTO

RESOLUCIONES MINISTERIALES
Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

A 303 - FS / PJ

MINISTERIO DE DEFENSA.

TIEMPO DOBLE DE SERVICIO. Los Agentes de la Policía Nacional tienen su propio estatuto y según él a ellos no se les computa como tiempo doble el servicio bajo estado de sitio.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., febrero primero de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Nemesio Camacho R.*

Ref: Radicación No. 2024. Resoluciones Ministeriales. Apelación de la sentencia de 10 de octubre de 1969, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Isaías Cuca Robles y otros.

Por apelación interpuesta por el señor Fiscal 1o. del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha llegado al Consejo la sentencia proferida por dicha entidad el 10 de octubre de 1969 que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por Isaías Cuca Robles y otros, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en la cual solicitaron del Tribunal lo siguiente:

> "1. Reconocer a los señores Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, Isaías Cuca Robles, Luís Alberto Gaitán Quintero, Alvaro Antonio Herrera Tinjacá, Tomás Hernández Romero, José Miguel Lancheros Caicedo, Asisclo Martín, Zacarías Bernal Cuervo, José Agustín Bojacá Chauta, Luís Eduardo Gutiérrez y Francisco Pineda, como tiempo doble de servicio el período comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1o. de abril de 1955.
>
> "2. Ordenar agregar copia de la sentencia, parte resolutiva, a la hoja de vida de los peticionarios como suboficiales de las Fuerzas de Policía Nacional".

En la demanda se afirma que los actores sirvieron en la Policía Nacional entre el 10 de julio de 1953 y el 1o. de abril de 1955; que ellos solicitaron al Ministerio de Defensa, se le reconociera el tiempo doble transcurrido entre estas dos fechas, con base en la incorporación de la policía al ejército, y para los casos de perturbaciones del orden público; que dicho Ministerio, mediante el acto acusado, les negó tal solicitud.

Surtidos los trámites legales de la 2a. instancia ante el Consejo, corresponde a la Sala proferir sentencia, a lo cual procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dice el Tribunal que el problema por dilucidar en el presente juicio radica en establecer si los demandantes, que fueron agentes de la Policía Nacional en el

lapso comprendido entre el 10 de julio de 1953 y el 1o. de abril de 1955, conforme aparece comprobado de autos, y especialmente del acto acusado, en cuya parte motiva se formula tal afirmación, tienen derecho a que se les reconozcan como dobles el tiempo que sirvieron como agentes dentro del período antes indicado.

Afirma el Tribunal que es cierto que la Policía no fue incorporada al Ejército, sino como un cuerpo armado más, pero tal circunstancia no contradice a que para entonces, los miembros de aquella por sus servicios en el período de anormalidad pública, corriendo desde luego con los mismos riesgos que los soldados y demás miembros del Ejército, se beneficiaran de la misma contraprestación. El cómputo doble del tiempo de servicio. Y es que ello, dice el Tribunal, es apenas de elemental justicia, por cuanto una norma de hermenéutica así lo pregona, de que cuando existe la misma razón de hecho, debe existir la misma disposición de derecho.

En apoya de su tesis cita el Tribunal una sentencia de 29 de julio de 1966 de la cual fue ponente el Consejero sustanciador de este negocio, sostuvo que a los agentes de la Policía se les debe reconocer el tiempo doble de servicios para todos los efectos.

Sin embargo, esta tesis, encuentra el escollo de que los Agentes de la Policía tienen su propio estatuto y que según ese estatuto a ellos no se les computa como tiempo doble el servicio bajo estado de sitio. Así el Decreto número 3187 de 1968 que reorganizó la Carrera Profesional de los agentes de la Policía Nacional, sólo estableció en su artículo 13 en favor de los agentes de la Policía Nacional que presten servicios en zonas donde se desarrollen operaciones especiales para restablecer el orden público, una prima mensual que se denominará de "orden público", correspondientes al diez por ciento del sueldo básico. El mismo decreto establece que el Ministerio de Defensa Nacional determinará los lugares y circunstancias en que deba pagarse esta prima.

No hay en el expediente prueba alguna de que los peticionarios, quienes, se repite, eran agentes de la Policía Nacional, hubieren prestado durante el tiempo que reclaman como doble sus servicios en zonas en donde hubieren desarrollado operaciones especiales para restablecer el orden público. Ahora sostiene la Sala que no puede aplicarse por analogía a los agentes de la Policía Nacional la norma que sería aplicable para los miembros del Ejército.

La Fiscalía 4a. del Consejo considera que debe confirmarse la sentencia apelada, acogiéndose a los argumentos del *a–quo* de los cuales se aparta ahora la Sala, en mérito de lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 10 de octubre de 1969 y en su lugar no se accede a las súplicas de la demanda.

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

Se deja contancia que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en sesión celebrada en enero veintinueve de mil novecientos setenta y uno.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 304-IS/PJ

RESOLUCIONES MINISTERIALES

MINISTERIO DE DEFENSA

SUELDO O HABERES DE LOS MILITARES. Son obligaciones de orden público y como tales están protegidos por la misma Carta, sin que puedan modificarse sino por mandamiento de la ley, pero en ningún caso derogarse por convenios particulares como lo tiene claramente definido el artículo 16 del Código Civil.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez.*

Ref: Juicio No. 1421

Demandante: *Francisco Carrillo García y otros.*

Resoluciones Ministeriales.

En demanda instaurada ante esta Corporación, por medio de apoderado, los señores Oficiales de la Policía Nacional, Mayor Francisco Carrillo García, Mayor Alfonso Barragán Salguero, Mayor Gilberto Fernández Castro, Mayor Segundo Benjamín Parada Guerra, Capitán Francisco Javier Castaño Duque, Capitán Miguel A. Acero Lozano, Capitán José Roberto Giraldo Osorio, Capitán Gustavo González Puerto, Capitán Luis Eduardo Altamar Valdivia, Capitán Julio César Duque González y Teniente Yezid Aquite Coronado, solicitan que "previos los trámites de la acción de plena jurisdicción que consagra el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo y el Decreto 568 de 1954, con audiencia del Ministerio Público, se proceda a declarar que son nulas las Resoluciones número 03223 del 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional y número 613 de 8 de febrero de 1968, expedida por el Ministro de Defensa Nacional, y los actos administrativos en ellos contenidos, por ser contrarios a normas de derecho positivo de carácter superior".

Piden, igualmente, los demandantes que se hagan las siguientes declaraciones:

> "**Primera.** Que son nulas las Resoluciones número 03223 de 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional y número 613 de 8 de febrero de 1968, expedida por Ministro de Defensa Nacional, en cuanto niegan a mis poderdantes, el reconocimiento y pago de la equivalencia en dólares causada por la Comisión de Estudios a los Estados Unidos de Norte América y que fue integrada administrativamente por los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y número 41 de 1965 del Gobierno Nacional;

"**Segunda.** Que son nulos o inaplicables a los actores, por ser violatorios de normas superiores de derecho positivo, los Decretos Ejecutivos del Gobierno números 2670 y 2311 de 1964 y número 41 de 1965 concretamente en la disposición administrativa del "parágrafo" del artículo 1o. que contiene cada uno de aquéllos;

"**Tercera.** Que como consecuencia de la nulidad que se decrete y para restablecer el derecho quebrantado a los actores, se condene a la Policía Nacional o al Estado Colombiano, al reconocimiento y pago a los actores del valor de la equivalencia en dólares norteamericanos, causada por la Comisión de Estudios a los Estados Unidos de Norteamérica, y que fue integrada administrativamente por los Decretos Ejecutivos del Gobierno números 2670 y 2311 de 1964 y número 41 de 1965, en los conceptos que se indican a continuación, durante el término de la comisión oficial:

"A. El sesenta y cinco por ciento (65o/o) del sueldo básico de cada uno de los señores oficiales arriba indicados y de los gastos de representación a razón de un dólar americano (U.S. $1.oo) por cada peso colombiano ($1.oo), en cumplimiento del artículo 4o. del Decreto Ley número 253 de 1963;

"B. El pago de viáticos cuyo valor es igual al cincuenta por ciento (50o/o) de la equivalencia en dólares de un día de sueldo básico en pesos colombianos, en cumplimiento del Decreto Ley número 1705 de 1960 y de su Decreto Reglamentario número 465 de febrero 27 de 1961, artículo 51;

"C. El pago de los pasajes y del valor de prima de instalación en la ciudad de Washington, equivalente al valor de un mes de subsidio familiar, convertido a dólares norteamericanos a razón de un dólar (U.S. 1.oo) por cada un peso ($1.oo) colombiano, en cumplimiento del Decreto Ley 1705 de 1960 y de su Decreto Reglamentario número 465 de 1961 artículo 52;

"D. Al pago de las equivalencias en dólares norteamericanos, por los mismos conceptos antes especificados, a que tengan derecho, también en cumplimiento de los aludidos Decretos Leyes y Decretos Reglamentarios, las esposas, los hijos y demás familiares de los señores Oficiales de la Policía Nacional a quienes represento, causados con ocasión de la Comisión Oficial de Estudios a que se ha venido haciendo referencia".

El apoderado de los actores apoya las anteriores solicitudes en los *hechos* que a continuación se relatan:

"1. Por medio de los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y número 41 de 1966, el Gobierno Nacional destinó en Comisión de Estudios a los Estados Unidos de Norte América, en la ciudad de Washington, a los Oficiales de la Policía a quines represento, previa la aprobación de la Junta Asesora de la Policía Nacional en el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1964 y el 16 de mayo de 1965 destinando a cada oficial un tiempo máximo de 4 meses para estudiar materias propias de su profesión en la Academia Internacional de Policía;

"2. Los señores Oficiales se trasladaron a Washington en cumplimiento de las disposiciones de marcha impartidas por sus superiores jerárquicos, o sea en obedecimiento de las órdenes militares propias del personal uniformado de la Policía Nacional;

"3. Algunos de los señores Oficiales llevaron consigo a sus esposas e hijos, como es natural, los instalaron en Washington, atendieron a sus gastos propios, en uso de las prácticas y autorizaciones reglamentarias de la Institución;

"4. Una vez en Washington ingresaron a la Academia Internacional de Policía, iniciaron y cursaron los estudios propios de la Comisión Oficial de que iban investidos y al término de ellos regresaron a Bogotá y se reincorporaron a sus actividades militares en la Policía Nacional;

"5. La administración de la Policía Nacional al liquidarles sus sueldos, primas, bonificaciones, viáticos y demás prestaciones económicas a que tienen derecho se abstuvo de hacerles el reconocimiento y pago de la equivalencia en dólares americanos, causada por la Comisión de Estudios que había tenido lugar en Washington, con violación de normas de derecho positivo de carácter superior y vigente;

"6. Mis representados estuvieron haciendo gestiones personales y amistosas, dada su condición militar, ante sus inmediatos superiores jerárquicos, para que se les reconociera y pagara el valor de las aludidas equivalencias en dólares, sin resultados positivos, por lo cual decidieron antes de que se prescribiera su derecho a percibir sus sueldos así computados, que es de 4 años, solicitar por escrito el reconocimiento de sus derechos y sus peticiones les fueron negadas por medio de la Resolución número 3223 de septiembre 4 de 1967, suscrita por el señor Director General de la Policía Nacional;

"7. Apelada aquella resolución ante el señor Ministro de Defensa Nacional, para agotar la vía gubernativa, esta Superioridad desató el recurso por medio de la Resolución número 613 de 8 de febrero de 1968, la cual quedó ejecutoriada el 22 de febrero de 1968; en esta providencia el señor Ministro de Defensa *Revocó* la resolución del Director General de la Policía Nacional, pero se declaró inhibido por considerar que carecía de competencia "y ser dicha cuestión de conocimiento privativo del honorable Consejo de Estado", según propias palabras.

"8. Hasta la fecha continúan mis representados en su calidad de acreedores del Estado, ya que la Dirección General de la Policía Nacional no ha considerado del caso reconocerles y pagarles las equivalencias en dólares devengados por la Comisión Oficial de Estudios a que se hizo alusión".

Se aducen en la demanda como normas quebrantadas con la expedición de los actos impugnados, los artículos 30, 166 y 169 de la Constitución Nacional; 27 y 142 del Código Sustantivo del Trabajo; 4o. de la Ley 165 de 1941 y 5o. del Decreto Reglamentario número 484 de 1944; artículo 4o. del

Decreto Ley número 253 de 1963; artículos 51 y 52 del Decreto Reglamentario número 465 de 1961; y Decreto Ley número 1705 de 1960.

Acerca de cada una de las disposiciones precedentes el apoderado de los demandantes, hace, en un largo capítulo, un pormenorizado análisis jurídico, para demostrar la violación de los preceptos invocados en el libelo.

Al serle notificada la demanda al señor Secretario General del Ministerio de Defensa, éste nombró apoderado para que representara a la Institución en el juicio, quien al efecto, pidió que la Corporación "declarara la caducidad de la acción, por cuanto ella está prescrita, de conformidad con el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo".

Proseguido el trámite correspondiente, en su oportunidad la Fiscalía Cuarta emitió concepto de fondo al cual pertenecen los apartes que se transcriben seguidamente:

> "Según se infiere de los elementos de prueba y de juicio que obran en autos, es evidente que los actores cumplieron las comisiones de que da cuenta el juicio en condiciones precarias, diferentes de los que disfrutaron en similares circunstancias otros de sus compañeros.
>
> "No obstante, esta Fiscalía llega a la conclusión de que no es del caso despachar favorablemente las peticiones de la demanda por las siguientes razones:
>
> "a) Porque, según se afirma en la parte motiva de la Resolución número 03223, de septiembre 4 de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional, la comisión al exterior de los Oficiales demandantes tenía carácter voluntario, motivo por el cual podía ser o no aceptada por los interesados según su conveniencia;
>
> "b) Porque, al decir de la misma providencia, los referidos Oficiales recibieron las circulares números 026, de septiembre 26 de 1964, y 049, de julio 25 del mismo año, documentos mediante los cuales se les hizo saber que la "Policía Nacional no estaba en capacidad de organizar comisiones de estudios al exterior por la escasez presupuestal que atravesaba el país" (F. 9, cuad. No. 1), no obstante lo cual los señores Oficiales la aceptaron manifestando el deseo de integrar las respectivas comisiones sin el concurso económico del Estado Colombiano, y únicamente con la ayuda económica otorgada por la Misión Americana;
>
> "c) Porque las comisiones en referencia, tal como se afirma en la Resolución número 03223, tenía carácter de becas, y en ningún caso conlleva imposición de órdenes superiores imposibles de controvertir, de obligatorio cumplimiento;
>
> "d) Porque, contrariamente a lo afirmado en la demanda, los auxilios destinados al cumplimiento de comisiones de estudio, asimiladas a becas de

aceptación voluntaria por parte de los Oficiales, mal pudieron tener el carácter de *salario*, toda vez que no se trataba de una retribución de servicios. Consecuencialmente, los interesados en tales becas podían renunciar, total o parcialmente, a dichos auxilios;

"e) Porque, de aceptarse la tesis de la parte demandante según la cual dichos auxilios tenían para efectos legales la calidad de *"salario"* o *"sueldo"*, tales remuneraciones, en la porción insoluta, se hallarían prescritas, a pesar de la afirmación en contrario de los interesados, a la luz de los artículos 488 y 489 del C. Sustantivo del Trabajo, estatuto de aplicación prevalente sobre la Ley 165 de 1941 citada en su apoyo por los actores;

"f) Porque, finalmente, en el supuesto de que las aludidas remuneraciones no estuvieren prescritas, tal como lo sostienen los demandantes, la acción ha debido dirigirse contra la Nación, a efecto de que fuera condenada a pagar a los Oficiales actores las sumas que impetran en ésta *litis* con cargo al Presupuesto del Ministerio de la Defensa Nacional, toda vez que la Resolución 03223, de septiembre 4 de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional fue revocada por el superior jerárquico. Y si tal providencia fue revocada, obviamente es inexistente y su impugnación cae en el vacío por sustracción de materia.

"Y en cuanto hace relación a la Resolución número 613, de 8 de febrero de 1968, emanada del Ministerio de Defensa Nacional, su acusación es ineficaz, como quiera que tal providencia ni niega ni reconoce derechos u obligaciones, por ser *inhibitoria*".

Ejecutoriado el auto que cita a las partes para sentencia, sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide la actuación, procede la Sala a dictar el fallo respectivo previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El señor apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, en escrito de 29 de agosto de 1968 se opuso a las súplicas del libelo afirmando que cuando los actores demandaron ante la vía contenciosa la acción ya estaba prescrita y que el Consejo de Estado en un caso que aquél califica de "idéntico", decidido por sentencia de 5 de octubre de 1967, en que fueron demandantes los Capitanes Alvaro Castillo Montenegro y otro —con ponencia del Consejero Doctor Nemesio Camacho Rodríguez— había declarado probada por tal motivo la excepción de caducidad de la acción, por lo cual sugiere que se le de a este negocio la misma solución.

La Sala no puede compartir tal razonamiento, porque en el caso invocado se trataba de una acción de nulidad contra el parágrafo único del artículo 1o. del Decreto Ejecutivo número 41 de 1965, *por vía de acción*, y, en cambio, en el presente la nulidad que se solicita es la de las Resoluciones números

03223 de 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional y 613 de 8 de febrero de 1968, dictada por el señor Ministro de Defensa. Igualmente se pide que se decrete la inaplicabilidad de los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965, a los actores, *por vía de excepción,* previa constatación de la nulidad que afecta estos reglamentos, cuya vigencia no tiene por qué alterarse. Ahora bien, siendo como son los hechos y las situaciones legales y reglamentarias diferentes, no se ve razón para aplicar una solución extraña a lo que aquí se debate.

Pero como la declaratoria de caducidad adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia a que alude el Ministerio de Defensa, se fundó en la prescripción establecida por el artículo 83 del C. C. A., o sea al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, es bueno poner de presente que dicha regla fue fundamentalmente revaluada por sentencia del Consejo de Estado, de fecha 19 de abril de 1969, en la apelación de Jesús A. Rivas, contra providencia del Tribunal Administrativo del Chocó, de que fue consejero Ponente el Doctor Andrés Holguín, y en la cual se sienta la siguiente jurisprudencia, para juicios de plena jurisdicción de carácter laboral como el presente en relación con la caducidad de la acción.

Dice así: "El artículo 83 del Código Contencioso Administrativo estatuye que la prescripción (que algunos tratadistas entienden más extrictamente como "caducidad") será de cuatro meses "salvo disposición legal en contrario", por lo cual resulta lógico interpretar el artículo 151 del C. P. T. precisamente como una excepción a la regla general contenida en el artículo 83 citado. De esta manera, piensa la Sala, que el artículo 151 subrogó, en parte, el artículo 83, por ser una disposición posterior que estatuye una prescripción especial y más favorable al trabajador, distinta de la de cuatro meses.

"..."

Y agrega: "Finalmente, es del caso poner de relieve, que, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las acciones que emanan de los derechos consagrados en ese estatuto, es decir, las acciones laborales de los funcionarios públicos, prescribirán en tres años, o sea que este nuevo Decreto ratifica en relación con las acciones laborales de los empleados públicos, la prescripción de tres (3) años consagrada en el Código de Procedimiento Laboral".

En el caso de autos, es evidente, a la luz de esta nueva doctrina, que la acción de los actores estaba en tiempo cuando la intentaron por medio de demanda instaurada ante la Secretaría de la Sección Segunda, con fecha 4 de junio de

1966, porque el pago de la equivalencia de sueldos en dólares, causados al término de la Comisión en enero 12 de 1966, fue negada por la Dirección de la Policía mediante Resolución número 03223 de 4 de septiembre de 1967, la cual quedó revocada por el artículo 1o. de la Resolución 0613 de 4 de febrero de 1968, actos estos dos últimos contra los cuales, por vía de acción, los actores piden declaratoria de nulidad.

También en la vía gubernativa los querellantes actuaron dentro de la vigencia de sus derechos, ya que aparece claro que reclamaron y obtuvieron una negativa escrita con la Resolución número 3223 de 4 de septiembre de 1967, fuera del término de prescripción de tres años que para el cobro de sueldos, salarios o haberes establece el artículo 151 del C. P. T. en armonía con el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968. En cuanto a los Decretos Ejecutivos números 2670, 2311 de 1964 y 41 de 1965, nada hay qué decir sobre su caducidad, ya que contra éstos no existe reclamo por vía de acción, por lo cual permanecerán vigentes, sino petición de que se compruebe su nulidad por vía de excepción para que se decrete inaplicabilidad a los actores del presente juicio.

Despejado así el punto anterior, entra la Sala a analizar las consideraciones expuestas por la Fiscalía, en su vista de fondo, discriminándolas en el siguiente orden:

a) Carácter de la Comisión de Estudios al Exterior;

b) Condición legal de los actores relacionada con su remuneración; y

c) Situación legal de las Resoluciones números 3223 de 1967 de la Policía Nacional y 613 de 1966 del Ministerio de Defensa, cuya nulidad impetran los demandantes.

Para la Fiscalía la Comisión de Estudios que recibieron los señores Oficiales de la Policía Nacional, tuvo un carácter voluntario, o de beca, y en ningún caso, según su parecer, conllevaba la imposición de órdenes superiores.

No comparte la Sala esos conceptos porque el Decreto Ley número 465 de 1961, cuando crea las Comisiones de Estudios en el Exterior, en su artículo 55 dice que "las Comisiones en el Exterior pueden ser; a) De estudios sin que les de el carácter de voluntarias en ningún caso" y el artículo 60 *ibídem* establece claramente su obligatoriedad cuando preceptúa: "las Comisiones al Exterior se *ordenan* así: las permanentes por Decretos Ejecutivos y las transitorias y especiales por Resolución Ministerial". Es decir, que se confieren mediante actos unilaterales del poder público, por decisiones imperativas del Gobierno Nacional que, para los servidores del Estado tienen

una obligatoriedad disciplinaria absoluta, la cual se acentúa más en el caso de los militares, cuya actividad ordinaria se desenvuelve a través de órdenes escritas o verbales.

Del propio modo disiente la Sala de la apreciación de la Fiscalía respecto a la remuneración de los actores, porque la denominación de sueldo o salario, tratándose de empleados públicos, no está condicionada, como en el campo laboral privado, a la sola recompensa por servicios, sino que se halla sujeta a una relación estatutaria o legal entre el funcionario y el Estado que implica actos distintos y complementarios como son el de nombramiento, posesión y ejercicio, los cuales, reunidos, dan derecho al pago del salario, sueldo o *haberes,* como en el caso presente, en el cual está ampliamente comprobada la calidad de Oficiales en servicio activo, por lo que les da pleno derecho al sueldo o haberes, cualquiera que sea la tarea a que el Gobierno los destine.

En cuanto a la situación legal de las Resoluciones cuya nulidad se pide, la Sala está plenamente de acuerdo con la distinguida Fiscal colaboradora, en cuanto a que la Resolución número 3223 de 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director de la Policía Nacional, por la cual se negó a los actores el pago de sus sueldos en dólares, fue revocada por el Ministerio de Defensa, lo que hace que su impugnación caiga en el vacío por substracción de materia, por lo cual nada habrá de decidirse sobre su legalidad. Pero no comparte su apreciación, relacionada con la Resolución número 613 de 8 de febrero de 1968, dictada por el señor Ministro de Defensa, porque si bien ella no negó ni reconoció derechos u obligaciones, y se inhibió de hacerlo, es, precisamente, en esa renuencia a resolver positiva o negativamente, en ejercicio de su competencia dentro de la vía gubernativa, lo que demerita hasta hacerlo irregular el acto acusado en este aspecto concreto, puesto que el artículo 6o. del Decreto número 2733 de 1959, establece imperativamente que "El funcionario o agente a quien corresponda resolver una petición deberá hacerlo en términos definidos, es decir, concediendo o negando lo que se pide, si tal es su sentido, o absolviendo la consulta propuesta, si ello es lo procedente.

Parágrafo. Si la petición no fuere de la incumbencia directa del funcionario o agente a quien va dirigida, éste deberá enviarla, en el término de ocho días, contado a partir de su recibo, al agente o funcionario que sea competente, informando de ello al interesado".

En efecto: La Resolución número 613 de 8 de febrero de 1968, proferida por el Ministro de Defensa Nacional, contiene en su parte resolutiva dos declaraciones que resultan incoherentes entre sí. Por medio de su artículo primero, revoca la Resolución 3223 de 1967 (septiembre 4), emanada de la Dirección General de la Policía Nacional, y en su artículo 2o. declara

textualmente: "Inhibirse sobre el fondo de las prestaciones formuladas por carecer de competencia para ello y ser dicha cuestión de reconocimiento privativo del honorable Consejo de Estado, por vía de plena jurisdicción".

La Sala no podría aceptar que un Ministro del Despacho Ejecutivo se abstenga de decidir sobre un punto concreto, como el de pago de sueldos con determinada modalidad, que se le ha pedido, pretextando un impedimento o inhibición que hace consistir en que carece de competencia, porque el artículo 135 de la Constitución Nacional, al darle la calidad de Jefe Superior de la Administración, lo ha investido de la más amplia potestad para resolver, en forma definitiva, sobre todos los asuntos de la rama administrativa correspondiente.

Así lo entiende la doctrina, como puede verse en la obra del Doctor Jaime Vidal Perdomo, "Derecho Administrativo General", edición de 1966, cuando en la página 65, afirma: "En su condición de Jefe Superior de la Administración, que, como hemos dicho, le otorga el artículo 135 de la Constitución Nacional, el Ministro se convierte en orientador, impulsador y *definidor* de la actividad administrativa que concierne al Ministerio". Y el Decreto Ley número 1050 de 1966, amplía y determina este tipo de competencia administrativa, aclarando y perfeccionando la órbita de las distintas atribuciones y competencias. Menos podría admitirse, entonces, que para revocar, como lo hizo, el acto derogatorio del inferior, sí tuviera competencia, pero que careciera de ella para proveer en reemplazo del acto revocado. Y como esto era materia de la contención administrativa sujeta a la decisión del señor Ministro de Defensa, como puede apreciarse en la parte motiva de la Resolución 613 de 1968 que se estudia, el pronunciamiento sobre reconocimiento y pago de la equivalencia en dólares, causado por la Comisión de Estudios en Norte América, y ordenada por los Decretos Ejecutivos números 2311 y 2670 de 1964 y 41 de 1965, en las proporciones previstas por los Decretos Leyes 253 de 1963 y 461 de 1961, en favor de los demandantes, estaba legalmente obligado el señor Ministro a resolver lo que fuera del caso en consonancia con los pedimentos de la demanda, sin que pudiera reservar o posponer para otra actuación como la que indica ante el Consejo de Estado, la decisión de las cuestiones materia de esta *litis*, porque con ello quebrantaba el texto previsor del artículo 481 del Código Judicial, incurriendo con este acto en la causal de nulidad por expedición irregular del mismo, sancionada con su invalidez según el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a la observación de la Fiscalía respecto a la designación de la parte demandada, de que ha debido dirigirse contra la Nación, no se ve inconveniente en que esto se declare en la parte resolutiva de la sentencia, teniendo en cuenta que el representante de los actores señala como

demandados "a la Policía Nacional o al Estado Colombiano" expresión esta última que es el sinónimo obligado de Nación Colombiana, dentro de la técnica jurídica constitucional contemporánea; y a que la calidad de parte demandada ha venido siendo asumida por uno de sus órganos como lo es el Ministerio de Defensa Nacional, desde cuando se puso en conocimiento suyo el auto admisorio de la demanda de fecha 28 de junio de 1968, por conducto del señor Secretario General de esa Entidad, quien se notificó debidamente de dicha providencia y designó apoderado "para que represente tanto al Ministerio de Defensa Nacional como a la Policía Nacional", órganos de la Nación en este caso, cuya responsabilidad está comprometiendo desde el momento mismo de su intervención en el juicio.

Pasando al punto referente a la inaplicabilidad a los actores, por nulidad proveniente de ilegalidad, de los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965, en relación con la norma igualmente redactada contenida en los "parágrafos" de esos Reglamentos, la Sala estima lo siguiente: el texto de la regla cuya inaplicabilidad se impetra por los reclamantes, por considerar ilegal, por vía de excepción, es de este tenor:

> **"Parágrafo.** El personal destinado en Comisión mediante el presente Decreto, devengará sus haberes y primas en pesos colombianos, por haber renunciado expresamente a lo establecido en el artículo 4o., literal b) del Decreto 253 de 1963".

Y las normas positivas de derecho superior que se consideran quebrantadas en la demanda, son los Decretos Leyes números 253 de 1963 y 1705 de 1960 y su Decreto Reglamentario 465 de 1961. Es, pues, necesario transcribir sus disposiciones, como se hace a continuación:

> **"Decreto Ley 253 de 1963. Artículo 4o.**: Los Oficiales, Sub–oficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo destinados en Comisión al Exterior, tendrán derecho al pago de sus haberes así:
>
> "a) .....
>
> b) Comisiones de Estudios, de adquisiciones especiales y tratamiento médico, el sesenta y cinco por ciento (65o/o) del sueldo básico y de los gastos de representación a razón de un dólar por cada peso. De las respectivas diferencias y del veinticinco por ciento (25o/o) y del treinta y cinco por ciento (35o/o) del sueldo básico y de los gastos de representación, así como las primas y partidas de asignación mensual se pagarán en pesos colombianos, excepción hecha de la prima de navidad que se liquidará de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley 54 de 1960.
>
> **"Decreto Ley número 1705 de 1960. Artículo 46.**: El Gobierno Nacional reglamentará la organización, distribución y funciones de la Policía Nacional.

"**Decreto Reglamentario número 465 de 1961. Artículo 51.**: El Oficial de la Policía Nacional en actividad que cumpla comisiones del servicio de carácter transitorio, tendrá derecho a los pasajes aéreos o a los que fueren del caso y a viáticos equivalentes a un día de sueldo básico durante el tiempo empleado. Cuando la Comisión se cumpla en el Exterior, los viáticos serán iguales al cincuenta por ciento (50o/o) de la equivalencia, pagados en dólares a razón de un (1) dólar por cada peso.

"**Artículo 52.** El Oficial de la Policía Nacional en servicio activo que sea trasladado dentro de las guarniciones del país o al exterior, o del exterior al país, gozará, si fuere casado o viudo con hijos legítimos, además de los respectivos pasajes para él, su esposa e hijos, de una prima de gastos de instalación, equivalente a un mes de subsidio familiar, no inferior a cuatrocientos pesos ($400.oo) ni superior a setescientos pesos ($700.oo), prima que le será reconocida cuando lleva su familia a la nueva guarnición. Cuando la instalación sea en el Exterior, la prima se pagará en dólares, a razón de un (1) dólar por cada peso"

La pretendida renuncia de sueldos consignada en el Parágrafo de los actos ejecutivos impugnados, no puede considerarse como una manifestación seria ni legalmente admisible, porque la determinación de que el pago se haría en pesos colombianos, fue tomada por la Junta Asesora del Ministerio de Guerra, según Acta número 107 de fecha 2 de septiembre de 1964, visible al folio 3 del cuaderno de pruebas, donde expresamente se dejó establecido, como acto de administración unilateral, que para tener derecho a formar parte de la Comisión de Estudios quienes lo solicitaran, reuniendo las condiciones de idoneidad y calificaciones requeridas, deberían renunciar, previamente, al derecho de percibir en dólares el sesenta y cinco por ciento (65o/o) de su sueldo básico y gastos de representación y de exigir el pago de pasajes para su esposa e hijos, que es lo que se denominó también viaje voluntario de los comisionados en la misma Acta, siendo entendido que los sueldos o haberes de los militares son obligaciones de orden público y como tales están protegidos por la misma Carta, sin que puedan modificarse sino por mandamiento de la Ley, pero en ningún caso derogarse por convenios particulares como lo tiene claramente definido el artículo 16 del Código Civil.

La sola lectura de los textos antes transcritos, hace evidente por sí misma, que los Decretos Ejecutivos cuya inaplicabilidad se demanda, por vía de excepción, en beneficio de los derechos de los actores, son violatorios de las normas superiores establecidas en los Decretos Leyes o Extraordinarios, en cuanto a la disposición contenida en el parágrafo de aquéllos, violación que de por sí afecta la propia esencia del mandato legal, si se considera que en armonía con el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, estos Decretos tienen completa fuerza de Leyes. Y como de otra parte, los estatutos cuya inaplicabilidad se solicita, no son en el fondo sino actos ejecutivos del

Gobierno, será forzoso admitir que deben someterse al precepto del artículo 12 de la Ley últimamente mencionada que a su letra dispone: "Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las Leyes ni a la doctrina legal más probable".

Finalmente, se ha visto cómo los Decretos Ejecutivos acusados en este juicio son violatorios de las Leyes y, desde luego, por tal irregularidad no pueden ser aplicados. Lo que se deja dicho es suficiente para despachar en forma favorable las peticiones de la demanda.

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

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 03223 del 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director General de la Policía Nacional, y 613 del 8 de febrero de 1968 dictada por el señor Ministro de Defensa Nacional, en cuanto niegan a los demandantes el reconocimiento y pago de la equivalencia en dólares, causada por la Comisión de Estudios a los Estados Unidos de Norte América, que les fue conferida por el Gobierno Nacional, mediante los Decretos Ejecutivos números 2311 del 14 de septiembre de 1964 y 2670 del 26 de octubre de ese mismo año; y número 41 del 12 de enero de 1965.

Segundo. Declárase la nulidad del Parágrafo del artículo primero de los Decretos números 2311 del 14 de septiembre de 1964 y 2670 del 26 de octubre del mismo año; y número 41 del 12 de enero de 1965.

Tercero. Como consecuencia de la nulidad anteriormente decretada, el Ministerio de Defensa Nacional, reconocerá y pagará a los señores Mayor Francisco Carrillo García, Mayor Alfonso Barragán Salguero, Mayor Gilberto Fernández Castro, Mayor Segundo Benjamín Parada Guerra, Capitán Francisco Javier Castaño Duque, Capitán Miguel A. Acero Lozano, Capitán José Roberto Giraldo Osorio, Capitán Gustavo González Puerto, Capitán Luis Eduardo Altamar Valdivia, Capitán Julio César Duque González y Teniente Yezid Aquite Coronado, el valor de la equivalencia que corresponda en dólares americanos, durante el término de la Comisión de Estudios a los Estados Unidos, conferida por el Gobierno Nacional, por los siguientes conceptos:

a) Sesenta y cinco por ciento (65o/o) del sueldo básico de cada uno de los señores Oficiales antes mencionados y de los gastos de representación a razón de un dólar americano (U.S.$1.oo) por cada peso colombiano ($1.oo) (artículo 4o. del Decreto Ley número 253 de 1963).

b) Pago de viáticos, cuyo valor será igual al cincuenta por ciento (50o/o) de la equivalencia en dólares de un día de sueldo básico en pesos colombianos. (Artículo 81 del Decreto Reglamentario número 465 del 27 de febrero de 1951).

c) Pago de los pasajes y de la prima de gastos de instalación en la ciudad de Washington, equivalente al valor de un mes de subsidio familiar, convertido a dólares norteamericanos, a razón de un (1) dólar por cada peso ($1.oo) colombiano: (Artículo 52 del Decreto Reglamentario número 466 del 27 de febrero de 1961; y

d) Pago de la equivalencia en dólares norteamericanos, por los conceptos anteriormente anotados y a que tengan derecho las esposas y los hijos de los demandantes, de acuerdo con lo establecido en los Decretos Leyes y Reglamentarios, antes citados.

Parágrafo. Las equivalencias en dólares a que se refiere este numeral, se fijarán al cambio existente en la época en que se cumplió la Comisión de Estudios.

Cuarto. El Ministerio de Defensa Nacional dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en febrero cinco de mil novecientos setenta y uno.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 305-I 4/PJ

RESOLUCIONES MINISTERIALES

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

CAMBIO DE LAS DIVISAS EXTRANJERAS. Los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., junio quince de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1400

Nulidad de la Resolución No. 0176 de 14 de enero de 1970 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Actor: Empresa Siderúrgica S. A.

En memorial de 15 de mayo de 1970, la Empresa Siderúrgica S. A., por medio de apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, consagrada en el artículo 67 del C. C. A., pide al Consejo de Estado que se hagan las siguientes declaraciones:

1. Que es nula la Resolución número 0176 de 14 de enero de 1970, emanada del Ministerio de Hacienda, por medio de la cual dicha entidad no accede a devolver a la sociedad demandante la suma de $291.657.70, por concepto del mayor valor pagado por Empresa Siderúrgica por reintegro de registros de importación que habían sido aprobados a la tasa de cambio de $9.oo por cada dólar americano y que fueron liquidados a la tasa de cambio de $13.50 por cada dólar.

2. Que, como consecuencia de la anterior nulidad, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público devolver, con cargo al presupuesto nacional y en favor de la sociedad Empresa Siderúrgica S. A. la suma de $291.657.70, cantidad equivalente al mayor valor de reintegro por licencias de importación aprobadas a la tasa de cambio de $9.oo por cada dólar y liquidadas a $13.50 por cada dólar.

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

1. Con anterioridad al 22 de agosto de 1966 y bajo el imperio de la Ley 1a. de 1959 y del Decreto Legislativo número 2322 de 1965, la Empresa Siderúrgica S. A. había obtenido de la Superintendencia de Comercio

Exterior (hoy Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Incomex) determinados registros para la importación de mercancías extranjeras, cuyos números aparecen a folios 5 del expediente, pero cuyas copias no fueron aportadas al juicio dentro de la etapa probatoria aunque la prueba fue pedida y decretada, por lo cual no se puede saber a ciencia cierta cuáles son las fecha de los mencionados registros, ni cuál la naturaleza de la mercancía importada, ni cuál su clasificación legal.

2. El demandante afirma que la mercancía extranjera importada por la Empresa Siderúrgica S. A., estaba clasificada, en el momento del registro de importación, dentro del mercado preferencial. Y en ese momento, los certificados de cambio se vendían a la tasa de $9.oo por cada dólar para el mercado preferencial y a $13.50 por cada dólar para el mercado intermedio (Resolución número 32 de 3 de septiembre de 1965, emanada de la Junta Monetaria).

3. En el año de 1966, la Junta de Comercio Exterior, mediante la Resolución número 22 de 21 de agosto de ese año, trasladó casi todos los productos de la lista del mercado preferencial a la lista del mercado intermedio. Y por medio de la circular postal número 097 de 22 de agosto de 1966, la Superintendencia de Comercio Exterior envió a la División de Registro de Cambios el texto de la Resolución antes mencionada, explicando su alcance y ordenando liquidar con la tasa correspondiente al mercado intermedio las mercancías que se había autorizado importar bajo la denominación del mercado preferencial.

4. El actor trae, en su escrito de demanda, algunos ejemplos en los cuales el Estado Colombiano, en casos similares, previó alguna indemnización a favor de ciertos importadores. El artículo 12 del Decreto Legislativo número 2322 de 1965, por ejemplo dice:

> "Los deudores por concepto de importación de materias primas que se incluyen en las listas del mercado intermedio tendrán derecho a que, al utilizar certificados de cambio con el objeto de cubrir sus obligaciones provenientes del indicado concepto, el Banco de la República, a nombre del Estado, les entregue la cantidad de $1.oo por cada dólar en documentos de deuda pública cuyo interés será del 8o/o anual y cuya amortización se hará gradualmente en el término de 10 años"

5. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia de 3 de octubre de 1968, decretó la nulidad de la circular número 097 de 22 de agosto de 1966, emanada de la Oficina de Registro de Cambios de la Superintendencia de Comercio Exterior.

En esa sentencia se dijo:

> "Las personas obligadas a adquirir monedas extranjeras para el pago de obligaciones contraídas por importaciones oportunamente registradas antes del 22 de agosto de 1966 con sujeción a las reglas del Decreto 2322 de 1965 y como consecuencia de las órdenes contenidas en la Circular 97 de 1966 de la División de Cambios de la Superintendencia de Comercio Exterior, si lo hicieron por precio superior al que resultaba de aplicar tasa de cambio distinta de la vigente en el momento en el que la importación fue registrada tienen derecho a que el Estado Colombiano les entregue en pesos corrientes dicha diferencia para lo que el Gobierno habrá de adoptar las medidas indispensables para que esta compensación se haga con cargo a las partidas ordinarias del presupuesto nacional o con cargo a la cuenta especial de cambios".

6. Con base en la anterior sentencia del Consejo de Estado, la sociedad demandante solicitó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la devolución de la suma tantas veces mencionada, a lo cual se negó dicho Ministerio por medio de la Resolución número 0176 de 14 de enero de 1970, dando las siguientes razones:

> "No existe garantía de cambio. Las normas en esta materia son de orden público, de ineludible cumplimiento tanto para el Gobierno como para los particulares... Siguiendo este criterio véase que los importadores no pueden pretender que el Estado quede comprometido de modo irrevocable a venderles divisas al precio en vigor el día que formalicen la solicitud de registro de importación llenando el formulario usual. Porque a partir de esa fecha y hasta que la mercancía se traiga al país y se nacionalice y posteriormente se haga la petición de giro o licencia de cambio, transcurre un tiempo prudencial. En ese lapso la moneda extranjera puede variar de cotización en un sentido o en otro; no es axiomático que siempre ocurra alza en el precio".

7. En el presente juicio, como ya se dijo, se pide la nulidad de la Resolución 0176 de 1970 del Ministerio de Hacienda, junto con el restablecimiento del derecho, que el demandante hace consistir en que el Consejo de Estado ordene al Ministerio de Hacienda el pago de la suma de $291.657.70, valor de la diferencia de las tasas de cambios.

En resumen, el punto debatido en este negocio consiste en dilucidar si el hecho de haber obtenido una licencia de importación, en un momento en que la tasa de cambio era de $9.oo por cada dólar, dá derechos al importador para obtener, en el momento del pago, dólares al mismo precio de $9.oo, cuando la tasa de cambio ha podido variar en el lapso comprendido entre el día de la solicitud de registro de importación y el día en que se pidió la licencia de cambio. O dicho en otros términos, ¿Para quién corren los riesgos de la variación de la tasa de cambio entre estos dos momentos, para el Estado o para el importador?

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACION

El actor considera violadas las siguientes normas:

1. El artículo 5o. del Decreto 2322 de 1965, cuyo texto dice así:

> "Los certificados de cambio del mercado preferencial se venderán para los siguientes fines: a) pago de mercancías comprendidas en las listas del mercado preferencial, cuya importación haya sido oportunamente registrada".

Según el actor, la violación consiste en que esta norma garantizaría a los importadores de mercancías extranjeras del mercado preferencial la tasa de cambio vigente en el momento en que obtuvieron los registros de importación correspondientes.

2. El artículo 32 de la Constitución Nacional. Probablemente la cita se refiere al artículo 30 del mismo estatuto, el cual "garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Según el actor, el hecho de haber obtenido un registro de importación dá al importador el derecho a obtener moneda extranjera para el pago de la mercancía, a la tasa de cambio vigente en el momento del registro o licencia de importación. Si ese derecho es desconocido por una norma posterior, esa norma viola el artículo 30 de la Constitución Nacional.

3. Por fin, se señala como violado el artículo 20 de la Constitución Nacional que estatuye que los funcionarios públicos son responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes, por extralimitación de funciones y por omisión en el ejercicio de éstas.

Según el actor, al no cumplir el Ministerio de Hacienda la sentencia del Consejo de Estado de 3 de octubre de 1968, omitió una función propia de su oficio, y, por consiguiente, la Resolución 176 de 1970 viola el artículo 20 de la Constitución Nacional.

Para resolver la Sala considera:

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL PROBLEMA JURIDICO

1. Alcance de la sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, del Consejo de Estado.

Esta sentencia fue dictada en un juicio de nulidad pura y no en un juicio de plena jurisdicción. Por consiguiente, su única consecuencia fue hacer desaparecer del elenco legal la norma acusada, o sea la circular postal número 097 de 22 de agosto de 1966, emanada de la Oficina de Registro de Cambios, pero dejando vigente la Resolución número 22 de 21 de agosto de 1966, de la Junta de Comercio Exterior, resolución que no había sido demandada.

Dicha sentencia no es fuente, en manera alguna, de obligaciones pecuniarias del Estado en favor de los particulares. En la misma sentencia, en aclaración solicitada por el señor Fiscal se dice:

> "Pero lo decidido en la sentencia no conlleva, ni en forma implícita ni expresa, condena de ninguna especie contra la Nación, pues ella no fue solicitada por los actores, no fue materia debatida en el proceso y mal puede entenderse naturalmente derivada del ejercicio de una simple acción de nulidad".

Y más adelante dijo:

> "Y, como es obvio la simple orden de comunicar un fallo no puede ser tenida como fuente de obligaciones que no hayan sido impuestas de modo expreso en la parte resolutiva del mismo, única que es de ineludible cumplimiento".

Por consiguiente, si la Administración Nacional y más concretamente el Ministerio de Hacienda se niega a devolver una suma reclamada por un particular con base en la sentencia de 3 de octubre de 1968, la Administración no haría más que cumplir dicha sentencia, que dice "que ella no conlleva, ni en forma implícita ni expresa, condena de ninguna especie contra la Nación".

DERECHOS DEL IMPORTADOR

2. Se estudiará en seguida si el importador de mercancías extranjeras que ha obtenido una licencia o registro de importación tiene derecho a que, en el momento del pago, se le venda la divisa extranjera a la tasa de cambio vigente en el momento en que obtuvo el registro de importación.

Para mayor claridad, se resumen los trámites que el importador de mercancías extranjeras debía y debe llenar:

a) En primer lugar, debe obtener una licencia o registro de importación, en donde se describe la mercancía que se desea importar. Ese documento se debe registrar en la Superintendencia de Comercio Exterior, con indicación de la lista a que corresponden dichas importaciones;

b) En seguida se debe depositar una suma en moneda nacional, por concepto de fondo de estabilización;

c) Luego se importa la mercancía, se la nacionaliza y se pagan los impuestos de aduana;

d) Por fin, llegado el momento del pago, se debe obtener una nueva licencia para comprar la moneda extranjera necesaria para el pago. Esa licencia se llama también registro de cambio. Pagada la mercancía, se obtiene la devolución del depósito mencionado en el literal b).

En este trámite complicado existen dos momentos culminantes, a saber el momento en que se obtiene el registro de importación y el momento en que se obtiene el registro de cambio. Entre esos dos momentos puede transcurrir un tiempo más o menos largo.

Según el Decreto 2322 de 1965 los certificados de cambio debían venderse en dos mercados llamados preferencial e intermedio. Según Resolución número 32 de 3 de septiembre de 1965 emanada de la Junta Monetaria, la tasa para el mercado preferencial era de $9.oo por cada dólar y la tasa para el mercado intermedio era de $13.50 por cada dólar.

Es evidente que las tasas de cambio podían variar en cualquier momento. Y, como entre el momento de obtener la licencia de importación y el momento de obtener la licencia para comprar la moneda extranjera necesaria para el pago podía transcurrir cierto número de días y aún de meses, surge el problema de si el importador tiene un derecho adquirido a comprar la moneda extranjera al tipo de cambio vigente en el momento de la licencia para importar o si la moneda extranjera debe liquidarse a la tasa de cambio vigente en el momento del pago efectivo.

En el supuesto de que el cambio sea libre, un comerciante, en el momento "X", ha hecho un pedido de mercancías al extranjero, y, en el momento "Z", quiere obtener las divisas extranjeras necesarias para el pago. Es evidente que dicho comerciante corre con los riesgos de las fluctuaciones del cambio entre el momento "X" y el momento "Z". A nadie se le ocurriría pensar que el comerciante en cuestión tiene derecho a adquirir la divisa extranjera a la tasa de cambio vigente en el momento "X". ¿Contra quién alegaría ese pretendido derecho?

En el supuesto de que el cambio esté controlado y que el mismo comerciante pida al Gobierno una licencia de importación, en el momento "X", y que, en el momento "Z", pida una licencia para obtener divisas extranjeras necesarias para el pago, ¿por qué la solución habría de ser distinta? ¿por qué los

riesgos habrían de trasladarse al Estado? Se dirá que porque el Estado, al controlar el cambio es el causante de su alza o baja y que, por consiguiente, es el responsable de la fluctuación. A este argumento puede responderse que el Estado, al regular el cambio internacional, no lo hace por capricho, sino para defender su orden público económico y que las medidas que él se vea en la necesidad de tomar, muchas veces le son impuestas por circunstancias que para él mismo constituyen fuerza mayor, puesto que no dependen de su voluntad y escapan a su poder.

En resumen, esta Sala piensa que los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador: si entre el momento en que éste obtuvo la licencia de importación y el momento en que pide la licencia para adquirir la moneda extranjera necesaria, el cambio sube, el importador tendrá que dar más pesos, e inversamente, si el cambio baja, entre esos dos momentos, el importador tendrá que dar menos pesos.

Ya el Consejo de Estado, en sentencia de 5 de abril de 1962, ponente Doctor Ricardo Bonilla (Análes, Tomo LXIV número 397 y 398 Pág. 157) había dicho:

> "El registro sólo podía crear el derecho a obtener la moneda extranjera al cambio del día en que ella se solicitara para el reembolso o pago al proveedor. Lo único que el registro podía garantizarle al titular, en cuanto suministro de divisas oficiales para el pago, era que tales divisas se le venderían en su oportunidad, pero en las circunstancias de modo y precio que rigieran en esa fecha".

Es verdad que esta sentencia se refiere al estado de derecho vigente en el mes de abril de 1962, o sea dentro del régimen del Decreto 637 de 1951, pero la doctrina allí sentada, puede perfectamente aplicarse a situaciones futuras similares.

INDEMNIZACIONES

3. El hecho de que en algunos casos el legislador haya concedido una indemnización a ciertos importadores de mercancías extranjeras confirma los argumentos anteriores. En efecto, para tomar un solo ejemplo, ¿por qué el artículo 12 del Decreto 2322 de 1965 tuvo que decir que los importadores de materias primas que habían obtenido licencias de importación cuando la tasa de cambio era tal, recibirían un peso por cada dólar en concepto de indemnización? Evidentemente la respuesta es: porque, si la ley no lo hubiera dicho expresamente, se hubiera aplicado la regla general de que los riesgos por las fluctuaciones de la tasa de cambio corren por cuenta del importador.

IRRETROACTIVIDAD

4. Es evidente que la ley no tiene carácter retroactivo y que ella no puede desconocer situaciones jurídicas constituídas antes de su vigencia. Pero, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, y como la ley no establece en ninguna parte que el Estado debe garantizar la tasa de cambio vigente al momento en que se concede la licencia de importación, bien puede una norma posterior fijar una tasa de cambio distinta, sin que por ello el Estado Colombiano asuma ninguna responsabilidad.

Sería el caso de proceder a analizar el problema planteado en este juicio con base en los principios expuestos anteriormente, pero se observa que cuando la demanda se presentó, la acción había caducado, como se explica en seguida.

CADUCIDAD DE LA ACCION

En el sistema del Código Contencioso Administrativo se reconocen dos acciones tendientes a atacar los actos administrativos: ellas son la acción de nulidad del artículo 66 del C. C. A. y la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del mismo estatuto. Entre las diferencias numerosas que existen entre esas dos acciones es preciso considerar ahora la referente a la prescripción o caducidad. La acción de nulidad no prescribe; en cambio la acción de plena jurisdicción prescribe a los cuatro meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción (artículo 83 C. C. A.).

El artículo 83 del C. C. A., asimila las nociones de publicación, notificación y ejecución de los actos o de los hechos u operaciones administrativas para contar la caducidad de la acción a partir de cualquiera de esas situaciones. La ocurrencia de cualquiera de estos eventos excluye los otros.

Por otra parte, ha sido jurisprudencia constante del Consejo de Estado el sostener que, prescrita o caducada una acción respecto de un acto administrativo cualquiera no es aceptable que se trate de revivirla, provocando, después de varios años, otra resolución o providencia sobre el mismo asunto ya ejecutoriado. A este respecto el Consejo de Estado ha dicho:

> "El fenómeno de la caducidad de la acción de plena jurisdicción se opera cuando el perjudicado con un acto administrativo respecto del cual venció el término para demandarlo en acción de plena jurisdicción, provoque una nueva decisión de la Administración, no obstante que el fundamento de la acción contra el último sea la inaplicabilidad del primitivo por inconstitucionalidad o ilegalidad".

(Sic, sentencia del Consejo de Estado, 9 de noviembre de 1943, Tomo LI números 329, 334, pág. 42. Sentencia 20 de junio de 1960, Tomo LXII números 387– 391, pág. 767).

En el caso *sub judice,* la Empresa Siderúrgica S. A., cuando la junta de Comercio Exterior, mediante la resolución 22 de agosto 21 de 1966, trasladó casi todos los productos que estaban en el mercado preferencial al mercado intermedio y ordenó liquidar los registros de cambio al $13.50 en lugar de $9.oo por dólar, pudo asumir dos actitudes: O bien prescindir de la importación, para no pagar la diferencia de $4.50, o bien pagar las mercancías a la nueva tasa de cambio y, dentro de los cuatro meses de ejecutado el acto administrativo, iniciar ante el Tribunal Administrativo competente, una acción de plena jurisdicción tendiente a la anulación de los actos administrativos que lesionaban sus derechos y al consiguiente restablecimiento.

En el negocio objeto de este litigio, los actos administrativos supuestamente lesivos eran la liquidación de la mercancía a la tasa de $13.50, liquidación basada en la Circular número 097 de 1966, basada ella misma en la Resolución número 22 del mismo año. Es evidente que el plazo de caducidad de los cuatro meses comenzaba a contarse desde el momento de la liquidación o sea desde el momento en que la Empresa Siderúrgica S. A. obtuvo los dólares para pagar las mercancías importadas al tipo de cambio de $13.50. La fecha en que ese pago se hizo no consta expresamente en el expediente, pero por los elementos de juicio que hay en el mismo, ella puede situarse a fines del año de 1966 o a principio de 1967.

La Empresa Siderúrgica dejó transcurrir un lapso de alrededor de cuatro años, al cabo de los cuales inició su reclamo. Como la caducidad de la acción de plena jurisdicción era evidente con relación a los actos administrativos primitivos, la entidad demandante, antes de dirigirse al Consejo de Estado, intentó revivir la acción, provocando otra resolución sobre el mismo asunto. Y fue así como demandó por la vía gubernativa, al Ministerio de Hacienda para que éste le pagara la cantidad de $291.657.70, valor de la diferencia de las dos tasas de cambio, con el resultado que ya se dijo.

Esta Sala cree que el procedimiento gubernativo empleado por la empresa demandante ante el Ministerio de Hacienda, fue un procedimiento para tratar de revivir, después de varios años, una acción de plena jurisdicción que ya había caducado.

Por todo lo anteriormente dicho, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su

colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Se declara inhibido para conocer de esta acción por haber caducado.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao – Lucrecio Jaramillo Vélez – Humberto Mora Osejo – Alonso Botero Isaza – Conjuez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

CAPITULO QUINTO

ACTOS DE
OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS
DEL ORDEN NACIONAL

A 306 - IV 59

ACTOS DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

IMPUGNACION O COADYUVANCIA. *En acciones de plena jurisdicción.* **Es necesaria la demostración plena del interés directo que se tenga en las resultas del juicio.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, E. D., enero veintiuno de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez.*

Ref: Expediente No. 1199.
Actor: Alberto Vega Andrade.

Mediante la Resolución número 196 de 22 de junio de 1970, la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ordenó, como medidas principales, la realización de un proyecto de Concentración Parcelaria en el Municipio de Jamundí, Valle del Cauca, y delimitar el Proyecto así: *Norte* del río Jamundí hasta su desembocadura en el Cauca, *Oriente y Sur*, el río Cauca, desde la desembocadura del río Jamundí, aguas abajo, hasta la confluencia del río Timba, aguas arriba, hasta la cota 1.100 sobre la Cordillera *Occidental*, y siguiendo esta cota hasta encontrar las aguas del río Jamundí, en jurisdicción del Municipio del mismo nombre.

Y el 25 de los mismos, el señor Director del Proyecto Valle número 2, en desarrollo y aplicación del acto anteriormente citado, profirió la Resolución número 0251, por la cual, después de señalar al señor Alberto Vega Andrade como propietario de la finca denominada *"La Cañada – Potrerillo – Senegal – Arsacia – Santa Bárbara – Ceibalito – San Antonio – La Choza – La Glorieta"*, dispuso abrir el procedimiento destinado a la adquisición de dicho predio, ubicado en el Municipio de Jamundí, determinó la citación de los propietarios, usuarios, usufructuarios y acreedores hipotecarios, y ordenó que por el dueño o dueños del inmueble se acreditara su derecho de propiedad con la presentación de los títulos de adquisición y un certificado de tradición por veinte años, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos.

Los actos administrativos a que se hace referencia fueron acusados ante esta Corporación por el señor Alberto Vega Andrade, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción; y en trámite el negocio, se presentaron por medio de apoderado los señores Carlos Alberto Obregón, Fabriciano Mina Carabalí, Juan de la Cruz Balanta, Nicolas Balanta, Marino Rusca y Reynaldo Zules a solicitar se les tuviera como parte impugnadora de la demanda. No accedió a tal petición el señor Consejero Sustanciador, Doctor Portocarrero Mutis, y del proveído correspondiente los peticionarios han recurrido en súplica.

SE CONSIDERA:

La distancia que establece la Ley entre el interviniente adhesivo en las acciones de nulidad y el de las otras acciones, no pueden eliminarla los jueces. Se trata de una fundamental diferencia que responde a los distintos intereses en juego: de una parte la jurisdicidad general por la cual puede interesarse "cualquier persona", y de otra, una controversia entre partes, que son por eso dueños del proceso, y que por lo mismo tienen derecho a que cualquier intromisión en él con ánimo de terciar a uno u otro lado no puede legitimarse sino mediante la demostración de un interés directo. Es esto lo que establece la Ley procesal de lo Contencioso Administrativo.

Lo "directo" de ese interés significa también que sea ostensible y cierto. No puede ser eventual, ni insinuado apenas a la apreciación del que juzga. Tales son las calidades que debe tener la relación jurídica del coadyuvante o impugnador con el acto controvertido, relación de la que resulta la posterior, proveniente de las resultas del juicio.

Ni de la Resolución 196 de 1970 dictada por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la cual se ordenó la realización de un Proyecto de Concentración Parcelaria y se señalaron los límites del Proyecto Valle No. 2, ni del Programa de Reestructuración del Minifundio en el Municipio de Jamundí, resulta la relación directa que configure el interés directo de los señores Obregón, Mina Carabalí, Balanta Juan de la Cruz, Balanta Nicolás, Rusca Bonilla y Zules. Allí no se hace referencia sino a minifundistas indeterminados y anónimos.

Tampoco resulta esa relación del certificado visible al folio 40, suscrito por el Director del "Proyecto Valle No. 2", esto es, por la parte en cuya ayuda se pretende intervenir, circunstancia ésta que le resta poder de convicción al documento mencionado. Pero, además de que no está extendido en papel hábil, allí se habla de propietarios minifundistas en el Municipio de Jamundí, y no específicamente en la zona del Proyecto que se delimitó en la Resolución número 196 de 1970. Al hablar del Municipio y no de la zona específica la relación directa se esfuma.

En lo que se refiere a los certificados que aparecen suscritos por el Director del Catastro Municipal de Jamundí, además de que no prestaran mérito por carecer de autenticación, con éllas no se prueba la propiedad del inmueble. Esa propiedad se demuestra con el título de adquisición y el certificado de su vigencia, expedido por la autoridad competente; siendo de advertir que en cuanto a la calidad de propietarios no hay diferencia entre dueños de tierras; y que si al demandante se le impuso para el adelantamiento del procedimiento gubernativo la obligación de presentar sus títulos y el certificado, no hay

razón para eximir de élla a quienes alegando su condición de dueños del bien raíz pretenden intervenir en el juicio para ayudar a la parte demandada.

Por otra parte de los certificados ameritados no consta la precisa ubicación de los predios de los memorialistas para que se pueda establecer con la certeza que la Ley requiere el interés directo de aquellos.

No resultando el interés directo de quienes pretenden impugnar la acción que ha dado nacimiento a este proceso, la Sala de Decisión *confirma* el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese. Ejecutoriada esta providencia vuelvan los autos al señor Consejero Sustanciador.

Gabriel Rojas Arbeláez — *Alfonso Castilla Saiz* — *Osvaldo Abello Noguera* — Con salvamento de Voto.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veintiuno de enero de mil novecientos setenta y uno.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR OSVALDO ABELLO NOGUERA AL FALLO QUE ANTECEDE:

Bogotá, D. E., enero veintidós de mil novecientos setenta y uno.

Ref: Expediente No. 1199.

Actor: Alberto Vega Andrade.

Con el debido respeto que me merecen los restantes miembros de la Sala, me permito manifestar que me aparto de las consideraciones expuestas en el auto anterior en virtud de que pienso que el actor, de conformidad con las normaciones legales pertinentes, tiene un claro derecho a intervenir como parte porque tiene un especial interés en este proceso agrario ya que se ha demostrado en el expediente, de acuerdo con certificado que obra en autos, que es propietario Minifundista de Jamundí y posible beneficiario del Programa de Concentración Parcelaria; y, además, como puede apreciarse en los mismos autos, la Concentración Parcelaria referida tiene, entre otros objetivos, el de dotar de adecuadas unidades de explotación a los propietarios minifundistas de la zona, y nadie podría tener mayor interés que el actor en la posible defensa de ese derecho sagrado que es el de la tierra, o lo que es lo mismo, columna vertebral de las necesidades humanas.

Con especial atención,

A 307 - IV 59 / P J

ACTOS DEL INCORA

EXTINCION DE DOMINIO. *Caducidad de la acción.* **En repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido que las normas contenidas en los artículos 23 de la Ley 135 de 1961, 7o. de la Ley 1a. de 1968 y 23, inciso 1o. del Decreto 1902 de 1962 dicen relación únicamente con la *suspensión de los efectos* de las Resoluciones acusadas, pero no con la caducidad de la acción.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá, D. E., enero veintidos de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Portocarrero M.*

Ref: Expediente número 1046.

Ordinario Incora

Actor: Manuel de Vengoechea Mier.

El Doctor Manuel de Vengoechea Mier por medio de apoderado solicita "la revisión de las Resoluciones Nos. 25704 de 21 de octubre de 1968, expedida por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y la aprobatoria de aquélla, expedida por la Junta Directiva de ese mismo organismo, con fecha 21 de octubre de 1968, mediante las cuales se declaró la extinción parcial del derecho de dominio sobre la finca denominada Papore, o Santa Cruz de Papore, Garabulla o Santa Rosa de Garabulla y Toribío, ubicada en jurisdicción del municipio de Ciénaga, departamento del Magdalena, de propiedad de mi representado, para que como consecuencia de esa revisión se determinen en forma exacta los linderos reales de las porciones de aquellos predios que las resoluciones aludidas declararon económicamente explotados, salvando de esta manera los errores en que incurrió dicho Instituto en la determinación de ellos, errores que condujeron a declarar extinguido el derecho de dominio sobre zonas que, de acuerdo con los considerandos de las resoluciones que acuso, se encuentran económicamente explotadas".

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción los expone el demandante en los siguientes términos:

> "1. En los considerandos de la Resolución número 25704 de 1968 se afirma que, 'de conformidad con la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial puede dividirse el predio en tres zonas desde el punto de vista de la explotación económica, así: zona debidamente explotada en agricultura y ganadería; zona de montaña y rastrojo que aprovechan en determinada época los titulares del dominio mediante el mantenimiento de ganado,y finalmente, zona boscosa".

"2. Declara, en seguida, la resolución que deben considerarse como explotados económicamente tanto la primera como la segunda de las zonas mencionadas. La primera por hallarse 'ocupada por pastos artificiales en buen estado de conservación y debidamente cercada y subdividida en potreros, con riego artificial y ocupada por ganado mayor en proporción suficiente...'; y, en cuanto a la segunda, 'por considerar el Instituto que se ha demostrado que esta zona la requiere el predio para ampliar y complementar la explotación adelantada sobre la zona que llamamos número 1, o sea, la anterior.

"3. En cambio, la mencionada resolución estima que la tercera zona, o sea, la boscosa, se halla inexplotada, y, por tanto, debe pronunciarse sobre la misma la declaración de extinción del dominio, como así se hizo.

"4. En la parte resolutiva, la citada resolución procede luego a determinar los linderos de las zonas (sic) que se hallaron debidamente explotadas, para declarar, como se declaró que contra ellas no procede la declaración de extinción del dominio, concretando ésta únicamente al resto de la superficie de la finca, o sea, la denominada zona boscosa. Sin embargo, al fijar los linderos de las dos primeras zonas, o sea, repito, las económicamente explotadas, los actos acusados incurrieron en errores notables –explicables por haberse tomado esos linderos sobre planos que no se refieren a la totalidad del inmueble– pero que conducen, como dejé expuesto, a cercenarle a mi poderdante extensiones de terreno que, de acuerdo con los considerandos de esa misma resolución, se reconocen satisfactoriamente explotados".

Como fundamentos de derecho invoca los artículos 1o. y 6o. de la Ley 200 de 1936; los artículos 2o. a 11 del Decreto 59 de 1938 y los artículos 22 a 27 de la Ley 135 de 1961 "con las reformas que les introdujo la Ley 1a. de 1968".

Al expresar el concepto de la violación dice el demandante que las disposiciones invocadas fueron infringidas por cuanto se incluyó en ellas "Fundos o porciones de éstos" que se encuentran económicamente explotados no pudiendo ser, por tanto, objeto de extinción del derecho de dominio y que quedaron incluídas "por error en los linderos", partes importantes del inmueble que se hallan explotadas económicamente.

El señor apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en su alegato de conclusión se opone a las peticiones de la demanda, en primer término porque el problema no versa sobre un asunto de carácter jurídico, sino respecto a cuestiones de hecho que no fueron desvirtuadas en su oportunidad y además propone la excepción perentoria de caducidad de la acción.

El señor Fiscal 2o. de la Corporación comparte la tesis sostenida por el apoderado del Instituto en cuanto a la excepción de caducidad de la acción.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

En vista de los planteamientos hasta aquí expuestos debe estudiarse en primer término la Excepción de Caducidad de la Acción, pues de prosperar ésta no sería necesario entrar al fondo de la cuestión planteada por la demanda.

Dice el señor apoderado del *"Incora"* para sustentar la excepción propuesta:

> "Muy expresos son al respecto los mandamientos legales correspondientes. El artículo 23 de la Ley 135 de 1961, reafirmado por el artículo 7o. de la Ley 1a. de 1968, preceptúa que 'Los efectos de la Resolución que dicte el Instituto en la que declare que sobre un fundo o parte de él se ha extinguido el derecho de dominio, permanecerán en suspenso únicamente durante los *treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia,* a menos que *dentro de tal término los interesados soliciten revisión de esta ante el Consejo de Estado'* (Subraya fuera del texto). En idéntico sentido se pronuncia también el artículo 23 del Decreto número 1902 de 1962. Son, pues, tres las normas legales que estatuyen un término especial y perentorio de treinta (30) días para demandar ante el H. Consejo de Estado los actos administrativos del *Incora* por los cuales se declare la extinción del dominio sobre un fundo o sobre una porción de él. Por fuera de este especialísimo término de 30 días, toda demanda es extemporánea y debe ser rechazada, por haber caducado la acción o por estar prescrita la misma".

Y el señor Agente del Ministerio Público agrega:

> "Si examinamos los autos podemos evidenciar que, evidentemente, el actor solamente disponía hasta el día 25 de febrero para presentar su demanda y como ella fue instaurada el día 6 de marzo de 1969 es claro que la acción caducó y, en consecuencia, por estar prescrita la acción no debe admitirse la demanda".

En repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido que las normas contenidas en los artículos 23 de la Ley 135 de 1961, 7o. de la Ley 1a. de 1968 y 23, inciso 1o. del Decreto 1902 de 1962 dicen relación únicamente con la *suspensión de los efectos* (Subraya la Sala) de las Resoluciones acusadas, pero no con la caducidad de la acción. Basta citar uno de los fallos proferidos por esta Sección el 22 de octubre de 1970, cuyo texto pertinente dice:

> "Si el plazo establecido en el artículo 23 de la Ley 135 de 1961 fuera un término encaminado a señalar el día hasta el cual pueden los interesados ejercer los recursos jurisdiccionales, indudablemente la acción que dió nacimiento a este proceso habría caducado cuando se instauró la demanda. Aquél precepto habla de treinta días, y fueron treinta y seis los que transcurrieron entre el 5 de junio de 1967, día en que

quedaron en firme los actos acusados y el 18 de Julio del mismo año, cuando se presentó la demanda. Ese plazo es para acudir ante las autoridades Judiciales, y como ante éstas los sábados son días hábiles, no importa que no lo sean en el Instituto de la Reforma Agraria, para efectos de establecer el término.

"Ejercitada la acción fuera del término previsto en la disposición mencionada, es indudable que los efectos de los actos administrativos objeto de la acusación dejaron de estar en suspenso. Estos efectos son los de ser ejecutorios y obligatorios, los de ser oponibles a las personas dueñas de los inmuebles a que se refieren las mencionadas providencias. Dentro de la realización de estos efectos está la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, previa cancelación de los anteriores registros referentes a posesión inscrita.

"Pero el hecho del cumplimiento de los efectos de los actos administrativos, característica ésta propia de tales actos, no significa la inoportunidad de la acción. Por el contrario, ésta tiende a que cesen definitivamente tales efectos, y la medida provisional tiende a que éstos se suspendan. La suspensión puede, pues, ser ordenada por el Legislador, por la autoridad autora del acto o por la autoridad judicial; pero en ningún caso, a menos de disposición expresa, puede entenderse que la aplicación de un acto administrativo implica la imposibilidad de ejercitar los recursos ante esta Jurisdicción. Lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 135 de 1961 se refiere a la suspensión de los efectos, y no al tiempo para instaurar la acción. Para esto último rige lo dispuesto en el artículo 83 del C. C. A., o sea el plazo de cuatro meses, dentro del cual la Sociedad "Ganadería La Vega Limitada" se presentó a demandar.

"Sostener lo contrario equivaldría a atribuir al Legislador un concepto equívoco sobre los efectos de un acto y el término para accionar contra ese acto y sus efectos. Pero la posición que al Juez corresponde asumir es la opuesta. El Legislador sabe lo que quiere y es preciso por eso dar cumplimiento a sus preceptos. La excepción carece de fundamento.

"A lo anterior, expresado en providencias anteriores, es del caso agregar lo siguiente:

"La distinción entre los efectos de un acto y el término para instaurar la acción encaminada a suspender aquéllos, es algo que no se presta a confusiones. En ninguna parte se confunde y entre nosotros tampoco se ha confundido. El sentido de nuestra ley es claro con algo que se repare (sic) en esos dos conceptos; y por lo mismo, y en virtud de lo ordenado en el artículo 27 del Código Civil, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Sólo cuando se está ante una expresión oscura de la Ley es indicado rastrear su historial; pero este medio supletorio de interpretación carece de validez cuando se trata de un texto diáfano. En una situación así el ordenamiento adoptado prima necesariamente sobre el proyecto, y lo que él dice sobre lo que quizá quisiera decir pero que al fin no dijeron quienes intervinieron en la redacción de la fórmula".

A la tesis transcrita que, se repite, ha sido sostenida en innumerables fallos por el Consejo puede agregarse lo siguiente:

El Decreto 528 de 1964 en su artículo 30, ordinal e) trasladó la competencia que anteriormente tenía la Corte S. de Justicia al Consejo de Estado para conocer "de las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad". Tales juicios, como es obvio, deben tramitarse de acuerdo con las reglas procedimentales consagradas en el Código C. A., por cuanto las leyes sobre procedimiento son de orden público y de aplicación inmediata.

La regla general sobre caducidad de la acción cuando se acusan actos de la administración con restablecimiento de derecho, está contenida en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 y su término es de cuatro meses. Existen sí algunas excepciones como por ejemplo cuando se trata de juicios sobre impuestos y en los electorales. Pero para poder aceptar un término de caducidad distinto a los cuatro meses es necesario que la excepción esté expresamente consagrada en la Ley porque las excepciones al procedimiento general, lo mismo que las nulidades, son taxativas y por tanto de interpretación restrictiva.

Lo dicho hasta aquí es suficiente para que la *Sala* considere que no puede declararse fundada la Excepción propuesta.

En cuanto al fondo mismo del negocio debe anotarse, en primer lugar, que el apoderado del actor no pidió pruebas durante la fijación en lista, ni alegó de conclusión y como las Resoluciones proferidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria fueron acusadas por cuanto desconocieron unas situaciones de hecho, tales como errores en la delimitación de las zonas debidamente explotadas, al no haberse desvirtuado lo dicho en los actos impugnados con la única prueba idónea, vale decir, con una inspección ocular y su correspondiente dictamen pericial, no puede accederse a las peticiones de la demanda.

Sobre el particular dice el señor apoderado del *"Incora"* en su alegato de conclusión, párrafo que se inserta como parte motiva de esta providencia, por compartir la *Sala* tales conceptos:

> "El asunto trata, pues, como arriba dije, no sobre aspectos jurídicos, sino sobre cuestiones de hecho, cuestiones estrictamente técnicas, que en el juicio bajo referencia no han sido contradichas con prueba alguna. En efecto, ninguna probanza se ha aducido por parte del actor en este juicio que demuestre la veracidad de su aserto. Si se hubiera acudido a una inspección ocular y al cotejo, sobre el terreno, con los linderos que indica la Resolución atacada, frente a cuanto se expresa en el acta de la diligencia ocular practicada en el proceso administrativo y a cuanto allí demostraron los interesados como zona necesaria para la futura ampliación y complementación del área cultivada, se comprobaría que el acto demandado no adolece de los vicios o errores que se le achacan. Por tanto, la

veracidad que envuelve el acto administrativo sigue en pie, dada la presunción de legalidad que él entraña y que justamente contiene".

Por las razones expuestas, 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,

FALLA:

Primero. *Declárase* infundada la Excepción de Caducidad de la acción propuesta por el señor apoderado del *"Incora"* y el señor Agente del Ministerio Público.

Segundo. *No se accede* a decretar la nulidad de las Resoluciones acusadas a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Fallo discutido y aprobado en la sesión del veintiuno de enero de mil novecientos setenta y uno.

Alfonso Castilla Saiz — *Carlos Portocarrero M.* — *Gabriel Rojas Arbeláez* — *Gonzalo Vargas Rubiano* — Conjuez.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

A 308 · XXI 1 /HN

SUSPENSION PROVISIONAL

ACTOS DEL DIRECTOR GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

CERTIFICADOS DE PAZ Y SALVO. *Condiciones para su expedición.* **Se suspende provisionalmente el ordinal 4o. de la Circular número 00077 de 15 de diciembre de 1970 expedida por el Director General y el Subdirector de Impuestos Nacionales.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., febrero dieciocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Doctor Hernando Gómez Mejía.*

Ref: Exp. número 1771.

Autoridades Nacionales.

Actor: Doctor Carlos Ramírez Guerrero. Nulidad y suspensión provisional del ordinal 4o. de la circular 00077 de 15 de diciembre de 1970, expedida por el Director General y Subdirector de Impuestos Nacionales.

El ciudadano Doctor *Carlos Ramírez Guerrero,* en ejercicio de la acción pública, demanda la nulidad del ordinal 4o. de la instrucción contenida en la circular de la referencia. El libelo se ajusta a las prescripciones legales, mas como además en él se ha impetrado la suspensión provisional, es necesario estudiar previamente si es viable su petición en este sentido.

Argumenta el demandante entre otras cosas lo siguiente:

> "De conformidad con la orden del Director General de Impuestos Nacionales el supuesto de hecho para negar la expedición del certificado de paz y salvo en cuestión es que los contribuyentes "tengan *deudas pendientes de pago*"; de acuerdo con la norma superior que se cita en la parte I anterior es el supuesto que los contribuyentes "tengan *deudas de plazo vencido*". La circular se refiere pues, tanto a deudas pendientes para cuyo pago el deudor dispone de plazo, como a deudas pendientes aún después del plazo que él haya tenido para pagarlas, es decir, a todo tipo de deudas pendientes. La citada norma superior, cosa muy distinta, sólo se refiere a estas últimas, valga la repetición, a las "deudas de plazo vencido" (subrayas y comillas del liberalista).

Concluye manifestando que con la referida instrucción en la parte impugnada se violó en forma directa, clara y ostensible la regla 2a. del artículo 111 del Decreto 1651 de 1961.

Dice así el ordinal 4o. de la circular demandada:

> "Las disposiciones sobre amnistía establecidas en esta Ley, no modifican el régimen que en materia de expedición de certificados de paz y salvo por concepto de impuesto sobre la renta, complementarios, recargos, sanciones e impuestos especiales, prescribe el artículo 111 del Decreto 1651 de 1961. *En consecuencia no se expedirá el certificado de paz y salvo a quienes tengan deudas pendientes de pago".* (se subraya).

El artículo 111 norma 2a. del Decreto 1651 de 1961, al cual se remite expresamente la disposición transcrita dice lo siguiente:

> "El certificado de paz y salvo por concepto del impuesto sobre la renta, sus complementarios, recargos, sanciones e impuestos especiales que se liquidan con base en las declaraciones de renta y patrimonio, será expedido por los Administradores o Recaudadores de Impuestos Nacionales, ciñéndose a las siguientes normas generales:. . .
>
> "2a. No podrá expedirse a los contribuyentes que tengan *deudas de plazo vencido,* salvo que, habiéndose pagado oportunamente el valor de la liquidación privada o el de la especial para reclamar, existan recursos pendientes de fallo definitivo por la vía gubernativa, en relación con los impuestos debidos". (se subraya).

Como puede observarse, sim mayor esfuerzo, hay una flagrante y directa violación de este artículo en la disposición impugnada, tan clara que no se necesita un mayor esfuerzo para deducirla. Hay una gran diferencia entre deudas pendientes de pago de que habla la instrucción y deudas de plazo vencido; un contribuyente puede tener deudas pendientes pero aún no habérsele vencido el plazo para cubrirlas en cuyas circunstancias ciertamente no está en mora para el pago y tiene derecho al certificado ya que el plazo es una modalidad de la obligación que retarda su exigibilidad.

Los artículos 94 a 99 del Decreto 1651 de 1961 señalan los plazos que tienen los contribuyentes para pagar los impuestos según las hipótesis allí contempladas; mientras a un contribuyente no se le haya vencido el plazo, aún liquidado ya el impuesto, no está en mora de pagar, se repite, y tiene derecho a su certificado de paz y salvo según lo ordena la norma 2a. del artículo 111.

Sinembargo, según la circular basta con que se deba para que no se pueda expedir el paz y salvo lo cual es contrario a las normas ya citadas y explicadas.

Está pues, reunido el requisito exigido por el inciso 1o. del ordinal 1o. del artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para que pueda

decretarse la suspensión provisional, ya que la violación de la norma jerárquica superior es clara, manifiesta, aparece *prima facie*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Admítese la anterior demanda de nulidad presentada por el Doctor Carlos Ramírez Guerrero, cuya personería se reconoce, contra el ordinal 4o. de la Circular 00077 de 15 de diciembre de 1970, expedida por el Director General y Subdirector de Impuestos Nacionales.

2. Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

5. Decrétase la suspensión provisional de la disposición acusada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Hernando Gómez Mejía.

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

ACTOS DE LA ADMINISTRACION POSTAL NACIONAL

ACLARACION DE SENTENCIAS. Los requisitos fundamentales son el de que la aclaración no se dirija a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia y el de que no puede proponerse una nueva controversia sobre los fundamentos jurídicos de las cuestiones ya falladas, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplir lo que en aquélla se haya ordenado.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., febrero veinticuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez.*

El señor apoderado de las Entidades Públicas demandadas, en escrito que antecede, pide a esta Corporación aclare el fallo dictado el veinticuatro (24) de noviembre de 1970, el cual confirmó, en todas sus partes, el que había proferido el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintisiete (27) de septiembre de 1968.

Son estas las razones que expone el memorialista:

"**Primera.** No se sabe si la sentencia impone condenaciones en abstracto o en concreto, pues si se tratara de la primera proposición "debe disponerse que la regulación se determine por medio del incidente a que se refiere el artículo 553 del C.J."; y si la condena fuera en concreto, "la sentencia debe pronunciarse necesariamente" sobre una nueva situación no prevista en el juicio, cual es la de que el demandante, *Doctor Alfredo Cadena Copete,* desempeña la función de miembro de la Cámara de Representantes y se ignora cómo ha de lograrse su reintegro a la Administración Postal.

Segunda. Pero aún resolviendo lo anterior, "la sentencia para poder ser concreta y no abstracta, necesariamente tendrá qué aclararse expresando hasta qué fecha determinada comprende el restablecimiento de pretendidos derechos, pues ocurre que siendo la condena al pago de sueldos el producto de una 'ficción jurídica' consistente en simular que la persona indemnizada debe entenderse como si hubiera ejercido el cargo durante todo el tiempo de la insubsistencia o desinvestidura, en el caso del doctor Cadena Copete no podría establecerse esa fición jamás después de la fecha en que la Constitución Nacional lo inhabilitó para ser funcionario administrativo y recibir sueldo alguno, como requisito indispensable para poder ser elegido Representante a la Cámara el día 19 de abril del año en curso, posición que viene ejerciendo desde el veinte de julio".

Tercera. "El fallo hizo total abstracción de los argumentos y excepciones propuestas por la parte que represento, pues se limitó a transcribir un auto del mismo Consejo por virtud del cual negó la declaratoria de nulidad procesal, por falta de citación al juicio, que nada tiene que ver con la excepción perentoria de

inepta demanda sustantiva consistente en no haber hecho parte la demanda a la Entidad sujeto de la condena"; y

Cuarta. "Para nada trata la sentencia lo relativo al nombramiento del doctor Lozano Simonelli por un segundo Decreto no de encargo sino de nombramiento, precisamente en reemplazo del doctor Cadena, como lo dice; y aun cuando expresa que obra de acuerdo con el concepto fiscal, no lo dice claramente ni en forma alguna en la parte resolutiva, porque se abstiene de anotar hasta qué fecha deben pagarse los sueldos"

Para resolver,

LA SALA CONSIDERA:

El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para llenar los vacíos del aquel estatuto, y es así, como debe recurrirse a éste para plantear y resolver las aclaraciones de los fallos definitivos en los términos y dentro de las estrictas circunstancias previstas en él, más aún, con los alcances reconocidos por la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia.

Son muchas y de reiterada uniformidad las decisiones tomadas para interpretar fielmente el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales es preciso mencionar y transcribir la del auto de 23 de enero de 1962, (Gaceta Judicial Tomo 98, pág. 5), porque es la síntesis de las anteriores, como quiera que sistematiza y compendia las exigencias que deben reunirse para que se aclaren "los conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda", sin que se reforme ni revoque la sentencia ya pronunciada.

Dice la Corte:

"La aclaración de sentencia a que se refiere el artículo 482 del Código Judicial, requiere:

"a) Que se trate de una sentencia y no de un auto sin fuerza de sentencia;

"b) Que el motivo de duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente;

"c) Que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el Juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo;

"d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y no se trate de aplicar puntos meramente académicos o especulativos, sin influjo en la decisión;

"e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos;

"f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia;

"g) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juricidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo".

Como puede verse, los requisitos fundamentales son el de que la aclaración no se dirija a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia y el de que no puede proponerse una nueva controversia sobre los fundamentos jurídicos de las cuestiones ya falladas, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplir lo que en aquélla se haya ordenado.

En el caso de autos basta leer el memorial referido para concluir que el apoderado de las Entidades demandadas y condenadas, se propone revivir la controversia ventilada en un juicio definitivamente terminado. En efecto, ninguna otra consecuencia lógica se deriva de las peticiones tendientes a que "la sentencia debe pronunciarse necesariamente sobre lo siguiente": a) Indagar "qué fecha determinada comprende el restablecimiento de pretendidos derechos"; al reclamo de que "el fallo hizo total abstracción de los argumentos y excepciones propuestas por la parte que represento"; y el de que "para nada trata la sentencia lo relativo al nombramiento del Doctor Lozano Simonelli por un segundo Decreto". Todos estos puntos conducen a iniciar un debate ya precluído y demasiado extenso, por cierto, que finalizó con el reconocimiento del derecho en favor del demandante. Y, aunque un criterio de amplitud permitiera regresar a los exámenes verificados y que fueron el fundamento del fallo, bastaría considerar que el memorialista busca, igualmente, explicaciones sobre el modo como éste debe ser cumplido, a fin de rechazar, no las aclaraciones que plantea, sino las impugnaciones que formula. Porque se trata de verdaderas objeciones, que la ley impide estimar después de proferido al fallo. Tal prohibición es absoluta y cualquier determinación que tomara el juzgador, violaría el texto expreso del artículo 482 del Código de Procedimiento Civil.

De otro lado, conviene observar que las partes resolutivas de las sentencias de primera y de segunda instancia, integran una sola unidad y que de ella surge claramente a quién corresponde restablecer al actor en su cargo; por quién debe hacerse el pago de los sueldos y prestaciones reconocidos; cuál el término para que la Administración acate estas disposiciones, y qué condición debe cumplirse sobre los valores que el Estado descuente por sueldos devengados oficialmente por el demandante, sin solución de continuidad en el servicio. No hay, pues, en esta condena ningún motivo de

duda, inclusive porque remite expresamente al artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, que debe entenderse, como es obvio, en relación con los artículos 120, 131, 132 y 139 de la misma obra.

Pero no es al Consejo de Estado a quien le corresponde decir cuáles son las circunstancias ni el tiempo dentro de los cuales deben cumplirse sus ordenamientos ya que, como queda indicado, estas son cuestiones fijadas en la ley, suficientemente precisas, como para que la Administración ciña a ella sus determinaciones.

Finalmente, redunda advertir que la segunda instancia se ha instituído para revisar las providencias que lleguen a su conocimiento por cualquier vía procesal y que es función específica de ese grado de jurisdicción, confirmar, modificar, ampliar, restringir o revocar los alcances de los reconocimientos hechos por el juzgador de primera instancia.

En mérito de las consideraciones precedentes, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, declara que no es el caso de hacer ninguna aclaración a la sentencia dictada por esta Corporación el veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos setenta (1970), a que se alude en la parte motiva del presente proveído.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión verificada por la Sala en febrero diecinueve de mil novecientos setenta y uno.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 310-1455/PJ

INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR "INCOMEX"

COMERCIO INTERNACIONAL. La aplicación de los principios de Intervención del Estado en la economía en el campo del Comercio Internacional está consagrada actualmente en el Decreto Ley 444 de 1967 y en los preceptos que lo adicionan, complementan o reforman.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D.E., marzo nueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

Ref: Expediente número 1455.

La firma "E. R. Squibb and Sons Inter American Corporation", por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pide que se declaren nulas las Resoluciones 337 de 1969 y 74 de 1970, expedidas por el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, Incomex, y el restablecimiento de sus derechos en la forma que detalla la demanda.

Como ya está cumplido el trámite del proceso es oportuno proferir sentencia:

– I –

ANTECEDENTES:

Aparece de autos que en agosto de 1966 "E. R. Squibb and Sons Inter–American Corporation" gestionó la importación de varias sustancias, entre ellas Triamcinolona en Cristales y Triancinolona Acetonida estéril y que en los registros correspondientes declaró un precio por un gramo de U.S. $24.50 para la primera y de U.S.$ 35 para la segunda de dichas sustancias. Los registros fueron aprobados y se introdujeron al país las mercancías.

En estas circunstancias, Squibb, por intermedio de The First National City Bank of New York y del Banco de Colombia, presentó los registros de cambio destinados a pagar aquellos productos.

En el año de 1968 la Oficina de cambios envió tales registros al Instituto Colombiano de Comercio Exterior para que fueran estudiados. Allí se adelantó el largo y dispendioso trámite cuya copia se adujo como prueba en este juicio y que forma el cuaderno segundo del expediente.

Concluído ese trámite, el Incomex encontró que los precios que debían tenerse en cuenta para efecto de los pagos al exterior eran de U.S.$ 13.50 por

gramo para la Triamcinolona en Cristales y de U.S.$ 19 por gramo para Triamcinolona Acetonida estéril y, sobre estas bases, limitó o corrigió el monto de los registros.

Así se lo comunicó a la Oficina de Cambios (fs. 40 a 42, C. 2o.) y expidió también la Resolución 337 de 1969 que, al ser recurrida por Squibb, fue confirmada en lo esencial mediante Resolución 74 de 1970.

Estas dos providencias del Incomex, en las cuales se ordena asímismo dar cuenta de su contenido a la Superintendencia de Control de Cambios para los fines que prevé el artículo 212 del Decreto Ley 444 de 1967, son la materia del presente juicio contencioso administrativo.

En la copia de la tramitación adelantada por el Incomex, que ya se mencionó, y a folios 135, 129, 128, 126 a 127, 125, 119 a 123, 104 a 105 y 17 del Cuaderno Segundo, aparecen los documentos que se transcriben en seguida:

"I. Control de Precios Internacionales. Bogotá, D. E., 21 mayo 1968.Señores E. R. Squibb & Sons. E. S. M. Por medio de la presente nos permitimos certificar que los señores Lucrecio Ardila y Alberto Bemal estuvieron en nuestra División agilizando algunos reembolsos pendientes para ustedes por concepto de Control de Precios de las Mercancías que importan corrientemente.

"La ayuda eficaz de estos dos funcionarios de su Compañía será indudablemente muy valiosa para poderles tramitar los reembolsos pendientes.

"Atentamente, (Fdo.) *León Velásquez Restrepo.*

"II. First National City Bank. Apartado Aéreo 123. Cable Adodress "Citybank. Calle 11 No. 3–50. Cali. Colombia. In Reply Please Quote. Jem: irj. Diciembre 3, 1968. Señores Control Internacional de Precios de la Superintendencia de Comercio Exterior. Bogotá. Apreciados señores: De conformidad con instrucciones de nuestros buenos clientes "E. R. Squibb & Sons I. A. Corp., nos permitimos solicitarles nos devuelvan solicitud de cambio por U. S. $98.000.oo, enviada al Banco de la República de esta ciudad con ficha No. 1522 de abril 19/68, en vista de que no van a reembolsar estos dólares en el presente año.

"Agradeciéndoles la atención que se sirvan prestar a la presente, nos suscribimos de Uds., Atentamente, (Fdo.) *Jorge E. Mera T.* Contador Asistente.

"III. Control de Precios Internacionales. Bogotá, D. E. 17 Dic. 1968. Señor Gerente. E. R. Squibb & Sons. Avenida 6a. No. 26–35 Cali. Respetado señor: Del First National City Bank de Cali, hemos recibido una carta solicitando, por petición

suya, les devolvamos la solicitud de cambio que ustedes presentaron para efectuar un giro al exterior en cuantía de US. $98.000.oo.

"Lamentablemente, no podemos acceder a la solicitud del Banco, ya que en la actualidad se encuentra esta División adelantando un delicado análisis de los precios declarados por ustedes, y tales documentos, lógicamente, forman parte muy importante de esta investigación. Atentamente, (Fdo.) *León Velásquez Restrepo.*

"IV. E. R. Squibb & Sons. Inter American Corporation. Apartado Aéreo 249. Teléfono 61–10–07. Cali Colombia. Marcelo Liendo. Gerente General. No. 31.370. Cali, Enero 15 de 1969. Doctor León Velásquez Restrepo. División Control de Precios Internacionales. Instituto de Comercio Exterior. Bogotá. D. E. Apreciado Doctor Velásquez: En nuestro poder su oficio de diciembre 17 de 1968 por el cual nos informa de la negativa que impartiera ese Despacho para la devolución de la solicitud de cambio que presentamos con fecha 10 de febrero de 1968 a través del First National City Bank en cuantía de US $98.000.oo, por encontrarse esa División adelantando un delicado análisis de precios.

"Hemos pedido la devolución de la mencionada solicitud de cambio, en vista de los serios perjuicios que están sufriendo nuestros intereses por el excesivo tiempo (11 meses) que nuestro depósito por $1.548.400.oo se encuentra congelado, con la consiguiente pérdida cambiaria a razón de $1.10 por dólar, que representa la diferencia entre el tipo de cambio de $15.80 que regía en el momento de presentación de la solicitud de remesa, contra $16.90 tipo de cambio actual. Esta sola pérdida asciende a la cuantiosa suma de $107.800.oo.

"Deseamos hacer resaltar el hecho de que la importación correspondiente se efectuó en noviembre de 1966 y que el precio estipulado en la licencia de importación aprobada al efecto, correspondía al que regía en aquella época para Triamcinolona en cristales procedente de Estados Unidos. Vale la pena también mencionar, que desde hace aproximadamente 10 años venimos importando esta importante hormona corticosteroide y que ha venido sufriendo rebajas de precios desde US. $35.oo a que se importaba incialmente hasta el precio actual de US. $24.50.

"Al solicitar la devolución de la solicitud de cambio, no ha sido nuestra intención rehuir la investigación que ese Despacho adelanta, sino la de liberar nuestros fondos para aplicarlos al pago de otras obligaciones que tenemos urgencia de dar cumplimiento. Por lo tanto, creemos que ustedes podrían conservar los documentos sin perjuicio de autorizar la devolución de la solicitud de cambio o en caso de que esto no sea posible por reglamentos de la Oficina de Cambios u otros motivos no conocidos por nosotros, rogamos a ustedes ordenar por nuestra cuenta la toma de copias fotostáticas de toda la documentación pertinente.

"Ofrecemos al Doctor Velásquez nuestra total colaboración, en forma personal si fuere necesario, en miras a acelerar la investigación y análisis de precios a que haya lugar.

"Confiando en una pronta solución, aprovecho la oportunidad para saludarlo muy cordialmente. (Fdo.) *Ilegible*.

"V. Número 00020. Bogotá, D. E. 29 Ene. 1969. Señor Marcelo Liendo. Gerente General de E. R. Squibb & Sons. Apartado Aéreo número 249. Cali: Respetado señor: Por lo que hemos estudiado hasta el momento de sus importaciones sobre *Triamcinolona,* aparece que los precios declarados por ustedes son varias veces superiores a los que rigen corrientemente para el comercio exterior.

"En cumplimiento a las leyes actuales, y en defensa de la Balanza Comercial del País, atentamente les solicitamos se sirvan hacernos llegar los detalles de sus importaciones en los últimos dos años referentes a este producto.

"Igualmente, encontramos muy útil para la delicada investigación que estamos realizando contar con argumentos escritos por parte de ustedes, mediante los cuales se respalde el precio unitario declarado y con base en los cuales se están verificando importantes giros de divisas al exterior. Atentamente, (Fdo.) *León Velásquez Restrepo.*

"VI. E. R. Squibb & Sons. Inter–American Corporation. Apartado Aéreo 249. Teléfono: 61–10–07. Cali Colombia. Marcelo Liendo. Gerente General. Número ML – 32047. Febrero 7 de 1969. Doctor. León Velásquez Restrepo. División de Control de Precios Internacionales. Instituto de Comercio Exterior. Bogotá, D. E. Estimado Doctor Velásquez:. Nos referimos a su atento oficio número 020 de fecha 29 de Enero de 1969 relacionado con nuestras importaciones de Triamcinolona y, en particular, a la solicitud de cambio presentada por intermedio del First National City Bank desde el mes de febrero de 1968 para reembolsar a los despachadores del exterior la suma de US. $98.000.oo.

"DEMORA Y PERJUICIOS

"Tal como lo manifestamos a usted en nuestro escrito de enero 15 de 1969, en forma comedida y atenta reiteramos ante ese Despacho los graves perjuicios que nuestros intereses están sufriendo por el excesivo tiempo transcurrido desde la fecha de constitución del depósito de $1.548.000.oo por los siguientes aspectos:

"a) El tipo de cambio que regía en febrero de 1968, cuando se presentó la solicitud de reembolso, era de $15.80 por dólar.

"b) En la actualidad el tipo de cambio para las remesas al exterior es de $16.90 por dólar.

"c) Hasta el momento estamos registrando una pérdida por diferencia de cambio de $1.10 por dólar que multiplicados por los US. $98.000.oo dá en moneda legal $107.800.oo.

"d) La congelación de este depósito por $1.548.000.oo en doce meses que van transcurridos desde la fecha de constitución hasta ahora, nos ha ocasionado un interés comercial del 1 y medio por ciento mensual, o sea $278.712.oo que sumados a los $107.800.oo por diferencia de cambio, dá un total de $386.512.oo, suma que representa una pérdida de mucha consideración para cualquier tipo de empresa industrial.

"Por los anteriores comentarios, en forma encarecida solicitamos al doctor Velásquez se sirva ordenar la agilización del estudio y aprobación del reembolso para lo cual, y atendiendo a lo requerido por usted en el oficio de la referencia, le suministramos la siguiente información:

"IMPORTACIONES DE TRIAMCINOLONA

"Durante los últimos años hemos recibido autorización de la Superintendencia de Comercio Exterior para importar las siguientes cantidades de Triamcinolona, según Registros debidamente diligenciados y aprobados:

Reg. No.	Fecha	Cantidad	Valor unit.	Valor fbo. total
006762	Jul. 29/65	1.000 gms.	US$ 27.oo	US$ 27.000.oo
010883	Agt. 26/65	400 gms.	27.oo	10.800.oo
020617	Oct. 6/65	400 gms.	27.oo	10.800.oo
012568	Mar. 11/66	500 gms.	27.oo	13.500.oo
012570	Mar. 11/66	500 gms.	27.oo	13.500.oo
033608	Jul. 1/66	600 gms.	27.oo	16.200.oo
007291	Agt. 26/66	1.000 gms.	24.50	24.500.oo
007414	Agt. 29/66	1.000 gms.	24.50	24.500.oo
007415	Agt. 29/66	2.000 gms.	24.50	49.000.oo
027248	Jul. 13/67	750 gms.	24.50	18.375.oo
075486	Nov. 30/67	674 gms.	24.50	16.513.oo
078617	Dic. 12/67	500 gms.	24.50	12.250.oo
008701	Ene. 14/68	650 gms.	24.50	15.925.oo
010978	Feb. 26/68	1.300 gms.	24.50	31.850.oo
028883	May. 17/68	475 gms.	24.50	11.637.50
029405	May. 20/68	2.000 gms.	24.50	49.000.oo
030079	May. 22/68	650 gms.	24.50	15.925.oo
042211	Jun. 26/68	1.300 gms.	24.50	31.850.oo
044335	Jun. 28/68	1.000 gms.	24.50	24.500.oo
044337	Jun. 28/68	650 gms.	24.50	15.925.oo

Como puede verse por el anterior detalle, el precio de esta materia prima que estamos importando desde hace más de 10 años, originalmente era más alto que en la actualidad, rebaja de precio atribuible a la mayor producción y demanda del producto que axiomáticamente redundó en menor costo. La lista de precios debidamente visada por el Consulado de Colombia en Liverpool y certificada por la Cámara de Comercio de Dublin–Irlanda, fue presentada y registrada en la Superintendencia de Comercio Exterior desde el mes de noviembre de 1967. (Copias adjuntas).

Comprendemos muy bien la preocupación de esa Entidad cuando desea investigar las diferencias de precio que se presentan en el comercio internacional y justamente en este caso, hay una serie de factores que se deben analizar antes para conocer mejor y poder apreciar a fondo la realidad de los hechos, pues la simple comparación de precios no dá la norma justa, y se presta para sacar conclusiones que no tienen un respaldo lógico.

"INVESTIGACION, DESARROLLO Y PERFECCIONAMIENTO

"Brevemente deseamos darle los datos que permitan apreciar y valorar los esfuerzos de los Laboratorios Squibb en investigar, desarrollar, producir y facilitar para usos terapeúticos de la Triamcinolona Squibb en calidades específicas para cada presentación farmacéutica.

"La Triamcinolona Squibb, derivado 9–alfa–fluor–16–alfa hidroxi de la prednisolona, es un corticoide perfeccionado, obtenido mediante la introducción en la molécula esteroide fundamental, de los grupos químicos modificadores de la actividad. El grupo 9–alfa–fluor que aumenta la potencia glucocorticoide de la prednisolona y el grupo 16–alfa–hidroxilo que disminuye al mínimo el efecto retenedor de sodio. Con la Triamcinolona se obtiene una relación práctica entre la potencia glucocorticoide y los efectos corticoides secundarios y se logra una respuesta clínica *mayor* en la artritis reumatoide, algunas enfermedades del colágeno, afecciones alérgicas y determinados padecimientos dermatológicos, discracias sanguíneas y otros procesos patológicos que responden a la administración general de corticosteroides con una incidencia menor de manifestaciones secundarias adversas.

"La Triamcinolona fue el resultado de una paciente y costosa labor investigativa realizada en los Laboratorios Squibb de Investigaciones Médicas, en asocio de dos Laboratorios de Química esteroide que culminó felizmente en 1956 cuando se presentaron los primeros informes sobre sus calidades glucorticoides superiores.

"Para producir mediante la introducción del flúor en posición 9–alfa, la halogenación de la molécula de la prednisolona, los Laboratorios Squibb tuvieron que diseñar equipos propios costosísimos y también descubrir técnicas especiales para introducir un grupo hidroxilo en la posición 16–alfa.

"CONTROL DE LA CALIDAD

"Si bien fue una hazaña científica la síntesis de la Triamcinolona, no fue menor todo el conjunto de pruebas analíticas que hubo necesidad de idear para controlar paso a paso el proceso de fabricación y el resultado final de la materia prima terminada y disponible para elaborar las distintas formas farmacéuticas de uso medicinal.

"Además de estas pruebas de control de Calidad, originadas por Squibb, y que figuran en la Farmacopea de los Estados Unidos, actualmente Squibb practica pruebas todavía más exigentes y costosas que le permiten garantizar la calidad excepcional de la Triamcinolona que usa.

"En los Estados Unidos, la Triamcinolona bajo el nombre de Kenacort Squibb, está disponible para el Cuerpo Médico desde 1957 y, en Colombia desde el primero de Junio de 1958, siendo el corticoide preferido por su destacada superioridad debida a las cualidades intrínsecas de su molécula.

"Squibb como investigador, productor de la Triamcinolona y creador de las normas técnicas para su análisis, obviamente deposita su confianza en la Triamcinolona obtenida mediante sus procedimientos originales y no puede ni debe aceptar otras calidades inferiores que, aunque químicamente sean Triamcinolona, no cumplen con los requisitos que exige el Control de Calidad de Squibb.

"Este aspecto especial de la calidad de la materia prima del fabricante original, como es el caso de la Triamcinolona Squibb, en comparación con materias primas de otras fuentes, es frecuente como usted bien conoce, en la Industria Farmacéutica.

"Así están a la vista los hechos recientes sucedidos en Estados Unidos de América al confrontar la calidad de un antibiótico original (chloromycetin de Parke Davis) con otros productos que tenían la misma materia prima (chloranfenicol) pero de fuentes distintas a la del productor original. Lo mismo ha sucedido con el Sulfisoxazol del fabricante original en relación con otros sulfisoxazoles. Todo este historial de discrepancias está debidamente documentado en el Food and Drug Administration (FDA) de los E. U. A., donde está operando una comisión investigadora permanente que deberá rendir informe definitivo en 1970.

"CALIDADES Y USOS

"Comprobado y verificado que las substanciales modificaciones químicas introducidas en la molécula de la prednisolona daban características tan superiores a la Triamcinolona sobre otros corticoides los Laboratorios Squibb se animaron a crear toda una línea de derivados de la Triamcinolona que se adoptaran para

satisfacer sus usos en medicina general, dermatología, oftalmología, traumatología y así fue como se logró la Acetonida de Triamcinolona y se elaboraron una serie de calidades de Triamcinolona para obtener mejores resultados clínicos y terapéuticos en los campos de la medicina anteriormente mencionados. Es decir, crearon toda una familia de calidades de Triamcinolona tales como:

Triamcinolona en Cristales
Triamcinolona Acetonida
Triamcinolona Acetonida Estéril Micropulverizada
Triamcinolona Acetonida,– Fosfato Depotásico.

"Estas calidades de materia prima permiten a su vez fabricar y ofrecer al Cuerpo Médico las siguientes presentaciones farmacéuticas:

"Uso inyectable: Kenacort Intra–articular de acción lenta.
Kenacort Intra–muscular de acción inmediata.

Uso Tópico: Kenacort Ungüento
Kenacomb Crema
Kenacomb Ungüento
Kenacort A Loción Spray
Kenacort Dental
Kenoidal Ungüento
Kenacort Tintura

Uso Oral: Kenacort Tabletas
Kenatab Tabletas
Kenacort Analgésico
Kenacort Jarabe
Kenacort Gotas

CONCLUSION

"Esta situación nos anima a solicitarle el favor de valorar nuestros puntos de vista, pues sinceramente consideramos que cuando se cumple con tantos requisitos de calidad, como en el caso de la Triamcinolona, no se puede tener como norma la simple comparación de precios con la materia prima procedente de otras fuentes no originales.

"Por lo anteriormente expuesto se puede concluir que aún cuando los precios declarados por nosotros sean diferentes a otros que puedan existir en el comercio exterior, creemos haber demostrado en forma fehaciente que no se puede normalizar la comparación de precios con corticoides corrientes de los cuales existe una amplia gama en el mercado internacional y marginar aspectos tan importantes y valiosos como la calidad, pureza, actividad, eficacia y procesos de elaboración de los fabricantes originales que son una verdadera garantía desde el punto de vista

químico, terapéutico y clínico para estas importantes e imprescindibles drogas de la terapéutica moderna.

"Confiamos en una pronta solución a nuestra solicitud y nos repetimos de usted, muy atentamente, (Fdo.) *Ilegible.*

VII. "E. R. Squibb & Sons. Inter American Corporation. Apartado Aéreo 249. Teléfono 61–10–07. Cali Colombia. Marcelo Liendo. Gerente General. Número ML–32118. Cali, Febrero 13 de 1969 Doctor. León Velásquez Restrepo. División de Control de Precios Internacionales. Instituto Colombiano de Comercio Exterior. Bogotá, D.E. Estimado doctor Velásquez:. Deseo agradecerle vivamente la deferencia que tuvo con nosotros el pasado lunes al recibirnos y escuchar la información que le lleváramos vinculada con el precio de la Triamcinolona Cristales que importamos. Tengo la esperanza de que los argumentos expresados verbalmente así como los escritos que le entregamos en esa ocasión, han de ser suficientes para demostrar que existen muy diferentes calidades y en consecuencia precios, para una misma droga.

"Sin embargo, quizá usted encuentre que nuestros argumentos, por ser parte interesada en el problema, no sean tan imparciales como es necesario para que usted emita un juicio definitivo, cosa que espero que no ocurra por cuanto hemos procurado ser absolutamente objetivos. A pesar de ello, y con el propósito de aportar más datos en este asunto tan importante, como es el de la calidad de las drogas, especialmente cuando las mismas son empleadas para la elaboración de productos farmacéuticos de uso humano, he creído oportuno apelar al archivo de La Seccional del Valle de la Sociedad Colombiana de Químicos Farmacéuticos y tomar la fotocopia que me permito enviarle con la presente, de un trabajo donde constan la Ponencia y conclusiones de la Delegación del Valle a la VI Convención Nacional de la Sociedad Colombiana de Químicos Farmacéuticos. Este trabajo y sus conclusiones fueron aprobados en su totalidad.

"Con relación a la calidad de las drogas y a los productos farmacéuticos para uso humano que con ellos se elaboran, me permito transcribir un párrafo que se encuentra en la página 7 de la mencionada ponencia.

"Es señalar las limitaciones de las normas de la Farmacopea Americana y del Formulario Nacional y demostrar que pueden encontrarse importantes diferencias terapéuticas entre productos farmacéuticos de idéntica composición, aún cuando éstos se adhieran a las normas y requisitos de la Farmacopea de los Estados Unidos, del Formulario Nacional y a las regulaciones de la Administración de Drogas y Alimentos, al menos en el momento de la manufactura".

También en las páginas 10 y 11 se transcriben una declaración del Doctor Albert H. Holland, Ex–Director Médico de la Administración de Drogas y Alimentos de los Estados Unidos, quien declaró textualmente:

"La ingenua creencia de que si un producto no fuera bueno, la Administración de Drogas y Alimentos prohibiría su venta, no es realista. Las labores de la Administración de Drogas y Alimentos están diligentemente dedicadas a proteger al público; pero el hecho escueto es que le es completamente imposible verificar cada lote de cada producto que expenda cada fabricante. De aquí que la integridad y la reputación del fabricante asuma una significación extraordinaria en lo que concierne a drogas y productos sanitarios.

"Doctor Velásquez, tengo la esperanza de que la información que le envío habrá de resultar de utilidad, no sólo para dilucidar este caso sino otros similares que puedan presentarse en el futuro. En todo caso quedo a su entera disposición para suministrarle cualquier otro dato adicional que usted crea necesario y si fuera posible, estaríamos muy contentos de que usted visitara nuestros Laboratorios aquí en Cali para que viera cuáles son nuestras normas de trabajo, como elaboramos los productos que llevan nuestra marca y cual es la manera en que creemos que se debe proceder en la delicada actividad de producir medicamentos destinados a proteger o restablecer la salud. Tenga a bien recibir un saludo muy atento,. (Fdo.) *Ilegible.*

"VIII. E. R. Squibb & Sons. Inter–American Corporation. Productos farmacéuticos Medicinales. Oficinas y Laboratorios Avenida 5 A Norte No. 26–80. Cali Colombia. No. 39460. Cali, Diciembre 12 de 1969. Señores. Instituto Colombiano de Comercio Exterior, División de Precios Internacionales. Bogotá, D.E. Estimados señores: Nos permitimos enviar a ese Despacho una Lista de Precios para algunas materias primas que nuestros Laboratorios importan para la fabricación de especialidades farmacéuticas, debidamente visada por el Consulado de Colombia en Dublin y registrada por la Cámara de Comercio.

"Rogamos a ustedes el favor de registrar éstos precios y devolvernos copia de la presente debidamente firmada, en señal de recibo. De ustedes muy atentamente, (Fdo.) *Armando Rodríguez.* Gerente Admon. y Finanzas".

— II —

LA DEMANDA:

Asevera la demanda que el Instituto Colombiano de Comercio Exterior carecía de facultades para expedir las Resoluciones acusadas porque, en su concepto, a partir de la vigencia del Decreto Ley 444 de 1967 la potestad para imponer sanciones por la infracción del régimen cambiario quedó reservada a la Prefectura, hoy Superintendencia, de Control de Cambios.

En efecto, según el demandante, el Instituto ya no tiene la facultad de limitar o restringir el monto de los reembolsos al exterior que antiguamente le concedía el artículo 2o. del Decreto Legislativo 178 de 1966, para

sancionar en esta forma las sobrefacturaciones en que incurrieran los importadores, porque esa norma, lo mismo que los artículos 3o. y 4o. del Decreto deben tenerse como tácitamente derogados por ser incompatibles con el nuevo régimen cambiario establecido por el Decreto Ley 444 de 1967, ya que así lo declaró la Corte Suprema de Justicia en fallo del 23 de septiembre de 1969 cuando, por sustracción de materia, se abstuvo de resolver en el fondo sobre la demanda de inexequibilidad intentada contra aquellas disposiciones.

Y cree que el Incomex así lo comprendió porque al decidir sobre la reposición que interpuso Squibb contra la Resolución 337 de 1969 ya no invocó como fuente de sus poderes el artículo 2o. del aludido Decreto 178, sino los artículos 1o., 69 y 212 del Decreto Ley 444 de 1967 y varias normas del Decreto 691 del mismo año, así como también reemplazó el verbo "limitar", que usaba el Decreto 178, por el verbo "corregir", como se lee en la Resolución 74 de 1970, para rebajar de todos modos el monto de los pagos al exterior autorizados a Squibb.

Sostiene, por último, el actor en cuanto a este aspecto de la acusación, que las normas del Decreto Ley 444, invocadas por el Instituto, no le atribuyen tampoco la función de sancionar a los importadores por las sobrefacturaciones en que incurran, desde luego que las competencias en lo administrativo debe fijarlas la ley de modo expreso y no pueden extenderse por vía de interpretación, ni siquiera por razones de conveniencia colectiva. O sea que como el Decreto Ley 444 no faculta al Incomex para intervenir en el manejo de las reservas de moneda extranjera que tenga el país porque, según el demandante, ello le corresponde a la Oficina de Cambios, que autoriza o niega las solicitudes de cambio, y a la Superintendencia de Control de Cambios, que castiga las infracciones al régimen cambiario, el intento de intervención en ese campo en que incurrió el Instituto al expedir las Resoluciones impugnadas es ilegal y debe, en consecuencia, anularse.

De otra parte, sostiene la demanda que los actos acusados envuelven una sanción impuesta a Squibb por imputársele el hecho ilícito de haber sobrefacturado en una importación de mercancías. Y afirma que la pena consiste en que se le mantuvieron congeladas durante largo tiempo cuantiosas sumas de dinero que tuvo que consignar como depósito previo cuando solicitó el permiso de importación; en que se le congeló por el mismo lapso y luego se le restringió definitivamente el derecho de girar al exterior el precio de unas mercancías ya recibidas por el laboratorio; y en que mediante Resolución Pública se declaró que Squibb había cometido fraude en sus importaciones al incurrir en sobrefacturación.

Tales hechos, conforme al libelo, acarrean deterioro grave en el patrimonio físico y moral de Squibb por obra de la autoridad, cosa que es característica

de las penas y que exige, como segundo elemento esencial para que se merezca la sanción, el haber violado alguna norma, o sea el haber cometido un hecho ilícito.

La aplicación de una pena presupone pues que se adelante un trámite contra el presunto autor del ilícito y con audiencia de éste para que se defienda; que exista plena prueba del ilícito cometido, y que se pruebe plenamente la responsabilidad del inculpado.

Y al no haberse cumplido estos requisitos fundamentales, según lo asevera el demandante en el caso de Squibb, las providencias acusadas son violatorias de los artículos 26 de la Constitución, 1o. del Código Penal, 1o., 204, 241, 242, 251 y 252 del Código de Procedimiento Penal, 1o. y 3o. de la Ley 69 de 1945 y 658 del Código Judicial y deben anularse.

En este aspecto las argumentaciones del actor tanto en su demanda como en el alegato de conclusión y en la audiencia pública realizada en el juicio son insistentes en el hecho de que Squibb no tuvo acceso al trámite adelantado contra ella por el Incomex y sólo pudo inciar la defensa de sus intereses después de proferida la Resolución 337 de 1969 que, en su parecer, equivale a una sentencia condenatoria por contravenir el régimen cambiario, a través de una sobrefacturación que niega haber cometido.

– III –

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, en su concepto de fondo y en la audiencia pública ya mencionada, sostuvo que las Resoluciones del Incomex a que alude el actor se ajustan a la ley y, de consiguiente, no puede accederse a las pretensiones de la demanda, ya que, tanto dentro del régimen del Decreto Legislativo 178 de 1966 como dentro del que ahora establece el Decreto Ley 444 de 1967, el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (antes Superintendencia) tiene potestad para evitar que mediante el giro irregular o excesivo de moneda extranjera se desperdicien las reservas del país.

Asevera, en efecto, que la diferencia entre el antiguo sistema del Decreto 178 de 1966 y el nuevo establecido por el Decreto 444 de 1967 consiste apenas en que mientras el primero le encomendaba simultáneamente a la Superintendencia de Comercio Exterior la función preventiva de limitar el monto de los giros en moneda extranjera cuando el precio de la mercancía que declarara su importador excediera del normal de esa mercancía y la

función de sancionar ese hecho cuando se comprobara fraude en la declaración del precio, el nuevo estatuto distribuyó el ejercicio de estas dos funciones entre dos agencias gubernamentales: le dejó a la Superintendencia, hoy Incomex, la de corregir los precios declarados con la consiguiente restricción en el valor del giro; le pasó a la Prefectura, hoy Superintendencia de Control de Cambios, la de investigar el posible fraude en la declaración del precio e imponer las sanciones respectivas.

Sostiene también que la corrección de los precios declarados en el registro de importación no es una pena aplicada al declarante, pues al hacerlo el Incomex no entra a calificar la conducta del importador para imputarle malicia en su declaración, sino que se limita a enmendar un error encontrado, así se hubiere cometido de buena fé. Y es en la investigación ulterior, que compete ya a la Superintendencia de Control de Cambios y no al Instituto, cuando llega a definirse, con el lleno de las formalidades propias de un proceso de esta índole, la responsabilidad del importador como consecuencia de su declaración equivocada y la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar.

El Incomex, al corregir los precios declarados, evita apenas un gasto excesivo de moneda extranjera con cargo a las reservas del país, ocasionado por errores posiblemente involuntarios del importador ya que, de otra parte, la simple aprobación del registro de importación no implica, según la Fiscalía, que el Estado acepte como ciertos e inmodificables el precio que allí indique el titular del registro o la posición arancelaria de la mercancía, pues uno y otro dato son suministrados unilateralmente por el importador y es entonces él mismo quien debe responder por las consecuencias que para él resulten de sus propias equivocaciones al respecto.

Dice finalmente el señor Fiscal que la investigación de los precios que tengan en el mercado internacional los productos que se introduzcan al país es tarea atribuída al Incomex por el Decreto 444 como complemento del Régimen de Control de Cambios y para tenerlos en cuenta cuando vayan a autorizarse giros al exterior como pago de importaciones. La inconformidad con esos precios de referencia dará lugar a que se restrinja el monto del giro sin necesidad de abrir debate con el interesado, porque se trata nada más que de una medida preventiva tendiente a evitar se gasten inmoderadamente las reservas de moneda extranjera, en perjuicio de la economía nacional, cosa que después de hecho el giro ya no podría lograrse y cuya posibilidad de adopción por el Incomex surge de lo previsto en el artículo 212 del Decreto Ley 444 de 1967, sin que equivalga en ningún caso a una pena, sino al simple ejercicio de la función de dirigir la economía nacional que le corresponde al Estado, según lo estatuye claramente la Constitución.

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La simple circunstancia de pertenecer a una comunidad organizada restringe los derechos de alcance indefinido que teóricamente tendría quien viviera en el aislamiento e impone también el principio de que las conveniencias o necesidades colectivas deben prevalecer sobre el interés individual o particular.

Esta prioridad del interés general o público sobre el individual o privado se acentúa más en las naciones de incipiente economía, donde los escasos recursos de capital y de técnica no son suficientes ni siquiera para que esas naciones sean autárquicas en lo que atañe a la satisfacción de las necesidades primarias de sus habitantes, como la alimentación, la vivienda, el vestir decoroso, la salud y la instrucción fundamental.

Todo ello exige aprovechar al máximo los limitados recursos disponibles, sea de la riqueza interna o de las reservas de moneda extranjera utilizable para abastecerse en el exterior de lo que no se produce o no se posee en el país.

De allí surge el deber, y no simplemente el derecho, que tiene el Estado de intervenir en la vida económica para racionalizar la producción, distribución y empleo de la riqueza nacional mediante el ejercicio de controles sobre la actividad privada, el desarrollo de planes de fomento, el manejo exclusivo o cuando menos preferencial de las disponibilidades en moneda extranjera para evitar gastos supérfluos o de escasa utilidad general y otros sistemas semejantes, cuyo empleo corresponde al ente colectivo estatal como personero del interés común y gestor en nombre de todos los habitantes de las empresas o iniciativas encaminadas a lograr en el presente y en el futuro un próspero desarrollo económico del país.

La aplicación de estos principios en el campo del Comercio Internacional está consagrada actualmente en el Decreto Ley 444 de 1967 y en los preceptos que lo adicionan, complementan o reforman.

Allí se prevé que la introducción de capitales, mercancías u otros efectos al país está intervenida oficialmente, lo mismo que la posibilidad de hacer giros o reembolsos al exterior porque el manejo y disposición de las reservas del país en moneda extranjera se le atribuye al Estado como contralor de los cambios internacionales y se desarrolla en forma coordinada por varias agencias u organismos del Gobierno: el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, la Oficina de Cambios y la Superintendencia de Control de Cambios.

Analizar las funciones que, conforme al llamado estatuto cambiario, competen al primero de tales organismos es lo que corresponde hacer en este fallo.

De acuerdo con el Estatuto, la tarea asignada al Incomex en materia de comercio exterior no se reduce a examinar, aprobar o rechazar las licencias de importación que se le presenten, ni a estudiar por simple especulación teórica y para fines académicos o de registro histórico las fluctuaciones que tengan los precios reales de las mercancías en el mercado internacional.

Por el contrario, según lo enseña el artículo 212 del aludido Decreto Ley 444 de 1967, aquellas investigaciones y estudios sobre precios externos tienen por objeto controlar con conocimiento de causa "la exacta facturación de las exportaciones e importaciones colombianas" según reza textualmente la norma.

Es entonces muy claro que los datos obtenidos por el Incomex en cumplimiento de las tareas que le asignan los artículos 3o., 4o. y 5o. del Decreto Ley 691 de 1967, son base por si solos para que el Instituto, dentro de su función de control ya mencionada, dictamine sobre la conformidad o discrepancia de los precios declarados en una licencia de importación o en un registro de cambio con los que conozca esa oficina, bien para rechazar la primera o para que se restrinja el monto del segundo cuando haya discrepancia, sin que sea necesario en modo alguno controvertir con el interesado previamente las razones o la realidad de las disparidades encontradas para que pueda tomarse tal medida, que se encamina simplemente a salvaguardar por la vía preventiva el adecuado empleo de las reservas nacionales de moneda extranjera, fin que, como es obvio, ya no podría cumplirse después de realizado el giro al exterior.

No van, sin embargo, más alla las atribuciones del Incomex en este campo. Se limitan a confrontar el precio de una mercancía declarado en forma unilateral por quien la importe y aquel que conozca oficialmente a través de sus investigaciones del mercado foráneo, para concluir de modo escueto y objetivo mediante sencilla operación aritmética si existe o no discrepancia entre ellos y, en caso afirmativo, para atenerse a sus propios datos como base de cálculo del monto que en moneda extranjera pueda girarse al exterior para pagar las mercancías importadas.

La corrección del presunto error cometido por el importador al declarar bajo su sola fe y a su exclusivo riesgo el precio de una mercancía y la consiguiente rebaja en el valor del giro no significan que se esté sancionando al declarante sino apenas que se le merman sus aspiraciones o expectativas en cuanto a su capacidad de pago en moneda extranjera, dentro del régimen vigente de

monopolio estatal en el manejo de la misma. Pero nada se juzga, ni podría juzgarse todavía, sobre la responsabilidad que llegue a tener el importador declarante por una eventual sobrefacturación.

Y es precisamente al encontrarse aquella divergencia en los precios cuando el artículo 212, inciso 2o., del Decreto Ley 444 de 1967 ordena que se inicie una investigación encaminada a esclarecer las razones de ese hecho, los móviles de su autor, la culpabilidad o intencionalidad dañina de la declaración reputada inexacta y la imputabilidad del hecho a persona concreta, así como también la posible equivocación en que hubiere incurrido el Incomex al considerar como precio verdadero y oficial uno distinto del que realmente tenga la mercancía importada en el mercado internacional, perjudicando así de modo injusto al titular del registro de cambio con la disminución de su valor, sin un fundamento certero para hacerla.

Naturalmente esa investigación que, conforme al artículo 212 del Decreto ha de adelantar la Superintendencia de Control de Cambios por denuncia del Incomex, debe permitir que el presunto sobrefacturador intervenga en el proceso para defenderse, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución, sea con la prueba de su absoluta inocencia, con la de que obró sin culpa o dolo, por error inevitable o engañado por terceras personas e inclusive con la demostración palmaria de que el equivocado fue el Incomex al señalar el precio de las mercancías, circunstancia esta última que no solamente lo exonera de pena sino que le permite adelantar los reclamos conducentes a obtener que se le reajuste a su cuantía real el monto de los registros de cambio restringidos y se le indemnicen los perjuicios que acredite haber sufrido por causa de la actuación ligera o errónea de una agencia de la administración.

De todos modos, si en ese trámite disciplinario no llegan a comprobarse plenamente la existencia de la infracción al régimen cambiario vigente cuando se cometió y su imputabilidad al acusado, no habrá lugar a sancionarlo porque así lo exigen los preceptos que regulan el debido proceso y el respeto a la honra y los derechos de los asociados que han de garantizar y proteger las autoridades, según lo ordena la Constitución.

Empero, la inaplicabilidad de penas en este evento no es óbice para que permanezca incólume la restricción o limitación del monto de los registros de cambio que fueron materia de la investigación infructuosa adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, desde luego que la finalidad de esa medida es evitar el gasto excesivo, irregular o artificial de las reservas en moneda extranjera del país, con deterioro de su economía por deficiencia negligente en su capacidad de pago al exterior, finalidad que, como es claro, atañe a la defensa del interés colectivo y que en ningún caso implica o

persigue castigar a las gentes, menguarles su reputación, afligirlas o perjudicarlas en su patrimonio.

El prudente manejo y la tutela de los medios de pago externos del país no apareja necesariamente que se logre descubrir y castigar siempre a los autores del intento de socavar las reservas mediante sobrefacturación. Basta evitarlo con la reducción del valor de los giros pedidos a su cuantía legítima. La sanción del culpable es tarea diferente, que corresponde a organismos distintos y que busca una finalidad diversa: la defensa del orden social.

Si se aplican los principios enunciados en este análisis al asunto *sub judice*, queda en claro que las Resoluciones acusadas se ajustan a derecho porque el Incomex si tiene potestad para expedirlas, porque el estudio de precios adelantado por el Instituto no es equivalente a una investigación penal disciplinaria contra Squibb que exigiera su presencia en el proceso para defenderse y porque, a pesar de ello, resalta de bulto la actividad del mismo Squibb dentro de aquel estudio y su evidente conocimiento de que se realizaba, tal como lo demuestra de manera categórica e inequívoca la lectura de los documentos transcritos en el aparte de este fallo relativo a los antecedentes del juicio.

En estas circunstancias, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

No se accede a lo impetrado en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida por la Sala en la sesión de febrero veintiséis de mil novecientos setenta y uno y aprobada en la del cuatro de marzo del mismo año.

Miguel Lleras Pizarro — Con salvamento de voto — *Gustavo Salazar T.* — *Hernando Gómez Mejía* — *Juan Hernández Sáenz.*

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MIGUEL LLERAS PIZARRO AL FALLO QUE ANTECEDE:

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

Ref: Salvedad del Consejero Miguel Lleras Pizarro en relación con la sentencia proferida en el juicio radicado con el número 1455 sobre nulidad de las resoluciones números 337 de 1969 y 74 de 1970. Demandante E. R. Squibb and Sons Inter American Corporation.

1. Desde la vigencia del Decreto 444 de 1967 por el cual se reglamentó extensamente la materia relativa al régimen de los cambios internacionales y del comercio exterior, pareció evidente que fueron subrogados los preceptos del Decreto 1288 de 1965. Después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia pronunciada el 11 de septiembre de 1969 no puede haber duda alguna acerca de tal subrogación.

Según el artículo 2o. del reglamento subrogado cuando la división de estudios especiales del Instituto de Comercio Exterior estableciera que los precios declarados por el importador son superiores a los normales, el Superintendente de Comercio Exterior, que así se llamaba entonces, mediante resolución motivada, limitaría el reembolso con certificados de cambio al valor señalado por dicha División. Según este fallo del Consejo, facultad tan explícita y perentoria se mantiene de acuerdo con la interpretación que en él se dá al artículo 212 del Decreto 444 que dice así: "La Superintendencia de Comercio Exterior estudiará sistemáticamente el movimiento de precios en el mercado internacional para mantener el control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones colombianas.

> "Cuando en el ejercicio de esta función la Superintendencia encontrare diferencias entre el precio declarado y el del mercado internacional, denunciará este hecho al prefecto de control de cambios para la investigación y sanción consiguientes.
>
> "En el caso de exportaciones, informará igualmente a la Junta Monetaria para que si fuera pertinente, fije precios mínimos de reintegro.
>
> "La Superintendencia organizará los servicios necesarios para el cumplimiento de esta disposición".

De la sola comparación de los preceptos citados se concluye que la facultad de limitar los reembolsos no es hoy, al menos tan perentoria como lo era mientras que rigió el Decreto 1288 de 1965.

Se insiste en que la facultad se mantiene pero en forma menos explícita por el solo hecho de que la oficina encargada de autorizar las licencias o giros para el reembolso de las mercancías importadas ya no es dependencia del

Instituto de Comercio Exterior sino independiente y administrada por el Banco de la República. Sin embargo, en la práctica ocurre que los actos relativos a la apreciación sobre precios en el mercado internacional, que provienen del Instituto de Comercio Exterior, son tenidos por la oficina de cambios como regla inexorable y plena prueba en virtud de la cual esta última agencia autoriza los giros sólo hasta las cantidades estimadas por aquel instituto. Así, de hecho, aunque las autorizaciones para la exportación de monedas extranjeras competen a oficina no dependiente del *Incomex* los resultados son idénticos a los que se deducían de las facultades que a dicho instituto atribuía el Decreto 178 de 1966.

Puede preguntarse cuál es el alcance de la facultad conferida a la Superintendencia de Comercio Exterior cuando el artículo 212 del Decreto 444 la encarga de estudiar sistemáticamente el movimiento de precios en el mercado internacional *para mantener el control de la exacta facturación* de las exportaciones e importaciones. Según la sentencia esa facultad de control se ejerce mediante resoluciones o, como últimamente se está haciendo, mediante notas o cartas dirigidas a la oficina de cambios, en las que se dá cuenta de los resultados de las indagaciones sobre aquellos precios, cuya primera consecuencia es limitar el giro de monedas extranjeras. En mi opinión el mantenimiento de este control tiene como finalidad la señalada en el inciso 2o. en el que se preceptúa que cuando el *Incomex* encuentre diferencias entre el precio declarado por el importador y el obtenido por *Incomex* como vigente en el mercado internacional, este Instituto denunciará el hecho al prefecto de control de cambios para que se haga la investigación correspondiente y se imponga, si fuere el caso, la sanción prevista en la ley. Si es cierta esta interpretación la consecuencia natural es la de que desapareció la facultad para limitar los giros autorizando sólo los que resultan de los precios indagados por el *Incomex*.

Quienes redactaron el Decreto 444 conocían el texto del 1288 y sus consecuencias perturbadoras del comercio internacional así como la inconveniente incidencia en la administración de las empresas por la incertidumbre sobre los costos reales que resulta de la inseguridad acerca del valor real de la mercancía. El declarado en el registro de importación no es objetado cuando se aprueba pero puede serlo cuando se hace el pago, varios meses, después. Si al control confiado al *Incomex* por el actual estatuto se ejerciera en el momento de aceptar el registro o licencia, no habría lugar a tal incertidumbre, consideración que debió influir en el pensamiento de los redactores del Decreto 444 para no mantener los preceptos, esos sí exactos, del anterior estatuto. Esta interpretación no conduce a la lenidad, no impide el control para evitar la sobrefacturación, ni la imposición de penas, pero sí da certeza al comercio que es necesidad social tan importante como la evitación del fraude.

Si la perentoria facultad *para limitar el reembolso, por resolución motivada* no se incluyó en el nuevo estatuto es forzado deducirla por vía de interpretación porque al proceder así se revive una competencia que la Corte declaró subrogada. Es camino no muy discreto para desconocer el sentido obvio de la nueva ley.

2. Es cierto que la administración de monedas extranjeras constituye un monopolio del Estado pero es igualmente cierto que tal monopolio no puede administrarse a discreción sino según las reglas que la ley ha establecido las que, en mi sentir, deben interpretarse y aplicarse restrictivamente. Admito que la autorización del llamado registro de importación no supone el nacimiento de una situación jurídica subjetiva individual que deba respetarse o que de ser contrariada deba originar indemnización, pero no se compadece con las prácticas universales del comercio el que se autorice la importación de materias primas o de otros bienes a unos precios que deberán ser computados para determinar los costos finales del producto y con posterioridad se decida, sin previa demostración de fraude, que tales precios son inadmisibles porque el proceder así y limitar el reembolso, se causa perjuicio al comerciante o al industrial y se entraba de manera innecesaria tanto al comercio como la producción industrial. Pero no sólo de modo innecesario sino en muchas ocasiones con grave perjuicio para el consumidor colombiano porque ello puede inducir a los industriales, dada la incertidumbre que resultará de la interpretación que se dá en la sentencia, a prescindir de la fabricación de ciertos bienes que pueden ser esenciales como es el caso de las drogas, lo que implicaría privar al pueblo colombiano del consumo de las que le son indispensables para el mantenimiento de su salud, o causar mayor perjuicio a la balanza de pagos por la necesidad de importar, ya terminados, los productos que antes de este fallo podían fabricarse en Colombia.

3. No desconozco el peligro de que cuando el bien importado está protegido por una marca o por una patente y es por tanto producido por una sola persona, puede el importador fabricante domiciliado en Colombia aprovecharse de tal circunstancia para exportar indebidamente utilidades que de otro modo habrían de ser demostradas como el resultado neto de la operación industrial. Ese peligro sin embargo, está prevenido por las disposiciones del Decreto 444 porque quien así procede puede ser sujeto de sanción evidentemente más onerosa que la utilidad que pueda resultar de la sobrefacturación.

4. Como lo recuerda la sentencia de la Corte, el Estado cuenta con muchos otros instrumentos para evitar la sobrefacturación y entre ellos los preceptos del Decreto 3166 de 1964 sobre arancel de aduanas.

5. En el presente negocio es cierto que hubo un proceso de indagación administrativa en el que la parte interesada tuvo oportunidad de presentar sus puntos de vista y alegaciones y también, si lo hibiera querido, la demostración de que los precios en el mercado internacional varían en la misma medida en que son variables las calidades del producto designado con un mismo nombre genérico. Sin embargo esta discusión en el proceso encaminado a averiguar los precios normales en el mercado internacional no es obligatorio, ni usual como la misma sentencia lo reconoce, al recordar que los precios hallados por el Instituto de Comercio Exterior deben estimarse como un mero dictamen tan objetable como cualquiera otra peritación.

6. Desde este punto de vista, el acogido por la sentencia, dos efectos inmediatos se producen por los actos del Instituto de Comercio Exterior relativos a la averiguación de los precios en el mercado internacional. Ellos son:

a) La limitación del reembolso y

b) La investigación de carácter penal que adelanta la Superintendencia de Control de Cambios y la eventual sanción.

Si en la etapa final, la que compete a la Superintendencia de Control de Cambios, se establece que los valores declarados en el registro coincidían, dada la calidad del producto y la fecha de la adquisición, con los normales en el mercado internacional la consecuencia, como lo reconoce la misma sentencia, será la de obtener el reembolso adicional y demandar al Estado por los perjuicios ocasionados.

Las consecuencias de esta interpretación tienen fundamento legal como el expuesto tan brillantemente en la sentencia de que disiento pero no son compatibles con el desarrollo normalmente fluído que tanto el comercio como la industria requieren con urgencia en cualquier país y con mayor razón en el nuestro que hace tan notables esfuerzos para superar su condición de subdesarrollo. La ley no sólo debería interpretarse según su tenor literal sino conforme con las circunstancias contemporáneas de las relaciones sociales en donde haya de aplicarse para evitar los obstáculos traumatizantes que sean evitables sin que con ello se auspicie el fraude. En mi opinión, aunque los delitos sean más frecuentes de lo tolerable, debe partirse del principio de que el común de la gente, es decir la mayoría, no está en permanente trance delictual sino al contrario procura ajustar su conducta a las reglas del derecho. Si eso puede y debe predicarse con carácter universal, la experiencia enseña que los industriales y comerciantes, con las excepciones inevitables y obvias, tienen organizada su actividad conforme al derecho y les repugna su violación. Quizás no sea superfluo repetir que los

daños provenientes de las severas penas previstas en la ley para quien proponga facturaciones excesivas suponen daño económico varias veces superior a las ventajas que pudieran derivarse del fraude.

7. Comparto la opinión de la mayoría en el sentido de que la reducción del valor del giro no tiene ninguna de las características que distinguen la pena. Simplemente es acto, en mi opinión arbitrario, que puede originar la obligación de indemnizar el perjuicio, como cualquiera otro acto o hecho de la administración pública que se produzca por fuera de las competencias legales.

8. Hubiera preferido que la discusión del proyecto se hubiese prolongado más tiempo porque según pienso, la justicia que se administra por varios jueces tiene por finalidad no tanto la de alinderar las distintas posiciones individuales en relación con el derecho y con la interpretación de la vida social, para identificar a cada una de modo pleno, sino la más provechosa de buscar una transacción representativa del pensamiento y de la necesidad sociales en un momento dado, conforme a los promedios imperantes en la realidad. En otras palabras, es, salvo casos inevitables, preferible fallar después de transigir, que hacer inexorable el salvamento de voto.

A 311 - III 971 V

ACTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE REGULACION ECONOMICA

EL ESTADO Y LAS LIBERTADES DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. En los últimos tiempos se ha operado un cambio radical sobre la misión del Estado y sobre el concepto de las libertades del hombre y del ciudadano, porque de la *libertad–autonomía* se ha llegado al moderno concepto de *libertad–participación*, en la misma forma que se operó la transformación de la democracia política en democracia social.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Gustavo Salazar T.*

Ref: Expediente número 916.

Actor: Productora Tabacalera de Colombia S. A.

La sociedad comercial Productora Tabacalera Colombiana S. A. con domicilio en Bogotá demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de los siguientes actos:

1. La Resolución número 4 de 25 de enero de 1968 de la Superintendencia de Regulación Económica, que dice:

"El Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica, en uso de sus atribuciones legales, en especial de las que le confiere el Decreto Legislativo número 3292 de 1966 y considerando:

"Que la empresa Productora Tabacalera Colombiana S. A. (Protabaco) solicitó a esta Superintendencia fijación de precios para los productos por ella elaborados;

"Que por la División Técnica se adelantaron los estudios correspondientes que sirvieron de base al Consejo para tomar una decisión a este respecto; y que es necesario determinar los precios en fábrica y al consumidor final,

"RESUELVE:

"Artículo Primero. Fíjanse los siguientes precios en fábrica y al consumidor final para los productos de la compañía Productora Tabacalera de Colombia S. A. (Protabaco) que se indican a continuación:

Marca:	**Precio en fábrica sin impuestos (docena)**	**Precio máximo al consumidor (cajetilla con 20 cigarrillos)**
President	$6,94	$1,70
Continental	4,97	1,20
Premier	3,93	1,00

"**Artículo Segundo.** Los precios máximos al consumidor final fijados en el artículo anterior deberán aparecer impresos en lugar visible de cada cajetilla.

"**Artículo Tercero.** Las violaciones a lo dispuesto en la presente resolución serán sancionadas de acuerdo con el Decreto número 46 de 1965 y demás disposiciones legales pertinentes.

"**Artículo Cuarto.** La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición. Notifíquese, comuníquese y cúmplase. Dada en Bogotá, a 25 de enero de 1968. El Director Ejecutivo, por delegación del Ministro de Fomento, Luis Carlos Sáchica. El Secretario, Efraín Becerra Gómez".

2. La Resolución número 15 de 1968 por la cual el Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica confirmó la anterior; y

3. El auto de 23 de febrero de 1968 dictado por la misma Superintendencia, por el que negó el recurso de reposición interpuesto por la sociedad demandante contra la Resolución número 15 de 1968.

El demandante estima que se violó el artículo 43 de la Constitución y los correspondientes del Decreto Legislativo 1626 de 1951 porque al fijar los precios mínimos en fábrica elevándolos, se modificaron las tasas de los tributos lo que no puede hacerse sino por el Congreso, las Asambleas y los Concejos. También estima violado el artículo 191 porque en la esfera departamental solamente las Asambleas tienen atribuciones para decretar impuestos; y el 204 de la misma obra porque el impuesto de consumo sobre los cigarrillos es una contribución indirecta y sus aumentos sólo pueden empezar a cobrarse seis meses después de promulgada la ley que los establezca.

También estima violadas la libertad de industria y comercio y la protección que se debe al trabajo como garantías constitucionales consagradas en los artículos 17 y 39 de la Carta. Afirma:

"Para poder establecer industrias y negocios nuevos se permite la libre y legal competencia con los otros negocios que ya estén funcionando en el mismo ramo. Esta competencia se hace ofreciendo mejor calidad, haciendo que los artículos tengan mayor demanda por precios más cómodos, y en una palabra, procurando que los artículos nuevos gocen del favor del público consumidor.

"Para poder lanzar al mercado un nuevo producto, en competencia con otros que ya son conocidos de los consumidores es lícito, y es beneficioso para la comunidad, que quienes estén incidiendo la nueva industria ofrezcan mejores calidades y brinden precios más cómodos, o sea que ganen menos, que se conformen con utilidades menores y que el público consumidor pueda adquirir los nuevos

productos teniendo en cuenta que sus precios son más baratos que otros semejantes, con los que entran a competir.

"Estas garantías constitucionales de libertad de industria, comercio y trabajo fueron quebrantadas manifiestamente por los actos acusados. La Superintendencia de Regulación Económica le señaló a Protabaco un nuevo precio fijo para vender sus cigarrillos, impidiéndole continuar en competencia con el monopolio de la Compañía Colombiana de Tabaco, que es en realidad la única entidad productora de los mismos artículos. El señalamiento de precios, como fijos, invariables e inmodificables, implica que no se pueda vender más barato. Produce como consecuencia que el industrial no tenga facultad discrecional, para apreciar si le conviene o no ganar menos, sino que lo sujeta al precio arbitrario señalado por el Estado. No se trata de que el Estado intervenga en defensa de las clases consumidoras, porque la defensa de las clases consumidoras se hace abaratando precios, permitiendo que las fábricas compitan y tengan que ganar menos, para que sus productos se vendan en un mercado más amplio del consumidor. La intervención en este caso se está reflejando en fenómenos económicos absolutamente contrarios a las necesidades de los consumidores y de las clases menos favorecidas. Se está realizando una intervención al revés. Se está acabando con la libertad de industria y comercio, porque se termina el libre juego de la competencia. Ya no está en manos de un industrial derivar menores utilidades para que sus productos sean conocidos del público, sino que el Estado le señala más utilidades con carácter obligatorio".

En el anterior orden de ideas el demandante considera que las disposiciones acusadas limitan la posibilidad de la libre competencia y desnaturaliza, violándolos, los preceptos de la Ley 155 de 1959 que prohibe las prácticas antimonopólicas y los acuerdos que limiten la libre competencia y que fijen precios inequitativos en detrimento de los consumidores.

Se menciona como violado el artículo 32 de la Constitución porque "en lugar de intervenir para tratar de que se racionalice la producción de una empresa industrial, se garantice la distribución de la riqueza y se vele por los derechos de las clases menos favorecidas, se está haciendo la intervención más drástica, como si fuera lícito cambiar por resoluciones administrativas el sistema económico, del régimen de la 'economía compensada' al de la 'economía dirigida' con precios fijos, en el sentido de que no son máximos, sino en el sentido inaceptable de que sean mínimos y subiendo los que desea fijar el industrial o sea imponiéndole la obligación de vender más caro y de ganar más".

El demandante considera que por los actos acusados se incurió en abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que los profirió, al tenor de los preceptos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, porque las facultades legales de intervención están encaminadas a proteger el patrimonio de los consumidores para evitar las

indebidas especulaciones en relación con los precios de los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo tales como víveres, drogas y mercancías que ordinariamente son demandadas por las clases populares, al tenor de las disposiciones de la Ley 7a. de 1943 cuya filosofía ha inspirado los posteriores reglamentos sobre la materia. Para reforzar sus proposiciones recuerda el epígrafe del Decreto 3092 de 1966 por el cual se dictan algunas disposiciones sobre defensa del consumidor y se dan algunas atribuciones a la Superintendencia de Regulación Económica, para concluir que al fijar precios por encima de los niveles que el propio productor está en capacidad de determinar, según sus costos, para los consumidores, se está incurriendo en una desviación de poder con el pretexto de ejercer las facultades de intervención concebidas para evitar el monopolio, las utilidades indebidas y en general los perjuicios que puedan inferirse por razón de precios inconvenientes a la inmensa mayoría de la población colombiana.

Finalmente pide que se condene a la Nación a pagar los perjuicios que resulten por la vigencia de los actos acusados y que esta condenación se haga en abstracto por la dificultad de aportar las pruebas dentro del corto período que permite el procedimiento de lo Contencioso Administrativo pero en todo caso teniendo en cuenta que la empresa solicitó al Gobierno permiso de cierre y clausura de sus actividades como consecuencia de la vigencia de las resoluciones mencionadas y que además se ha visto abligada a pagar impuestos por encima de los que serían exigibles si se le permitiera vender a precios más bajos.

El señor Fiscal de la Corporación Doctor Eduardo Aguilar Vélez se opone a que se acceda a lo demandado porque, en síntesis:

1. Aunque la Superintendencia reconoce que el demandante no solicitó fijación de precios mínimos, según consta en la resolución número 15 de 1968 no está suficientemente demostrada la falsa motivación;

2. Porque aunque se solicitó autorización para que la empresa cesara en sus actividades no hay prueba de que así ocurrió ni tampoco de que el acto administrativo hubiera originado disminución en el volumen de ventas o la suspensión de éstas en algunos lugares y porque aunque en algunas declaraciones aparece que los distribuidores tendrían dificultades para continuar en el negocio no aparece prueba de que así haya ocurrido;

3. Porque el mayor valor de los impuestos pagados es una consecuencia no buscada por la Resolución de la Superintendencia sino acaecida como consecuencia legal ineludible por el sistema de liquidación imperante de tiempo atrás y porque en todo caso, el valor de tales impuestos es trasladable al consumidor;

4. Porque el propio demandante afirma en su final alegato que los efectos de la Resolución demandada dejaron de cesar por el cambio del sistema legal para el cobro de los impuestos aunque no aparece en el expediente copia del acto que modificó esa situación ni el fiscal ha hallado por fuera indicación alguna en ese sentido.

En firme el auto de citación para sentencia procede la Sala a resolver la cuestión planteada mediante las consideraciones siguientes:

En auto de fecha 18 de octubre de 1968 dictado por la Sala de Decisión de esta Sección Cuarta del Consejo, que revocó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados decretada por el consejero sustanciador, se expresaron los siguientes conceptos que son pertinentes para el fallo:

> "De la lectura de la demanda aparece claro que la esencia de la acusación se funda en que la Superintendencia de Regulación Económica no está facultada para fijar a las empresas elaboradoras de cigarrillos el precio de venta en fábrica; y que al fijarle este precio a los productos de 'Protabaco' por la Resolución acusada, elevándolo del fijado por la misma compañía, ésta se encuentra imposibilitada para continuar en el negocio, porque no le queda margen económico en favor de los distribuidores. La queja no es, pues, por el precio fijado al consumidor final, sino por el precio de venta en fábrica.'
>
> "Según la legislación vigente, el impuesto sobre el consumo de cigarrillos de fabricación nacional es una renta de propiedad de los Departamentos, Intendencias y Comisarías y la tarifa es del 100 por 100 *ad–valorem*, o sea el *precio de venta.*
>
> "Y por *precio de venta* entiende el legislador el que sin incluir el impuesto al consumo de tabaco cobran los productores, sus sucursales o compañías subsidiarias, filiales o distribuidoras a los vendedores al detal o directamente a los consumidores en el lugar de producción (artículos 4o. y 5o. del Decreto Legislativo número 1626 de 1951).
>
> "Tanto el Decreto No. 1653 de 1960, que creó la Superintendencia de Regulación Económica, como los Decretos números 46 de 1965 y 3092 de 1966, le dan plena competencia para hacer los estudios de costo de producción y fijar los precios de venta al por mayor y al detal de los artículos de primera necesidad y de consumo popular que por la legislación vigente deben ser controlados por el gobierno y también la facultan para fijar a los fabricantes los porcentajes o descuentos que deben otorgar a los distribuidores y los precios de venta a los mismos.
>
> "En la Resolución acusada, el precio de venta en fábrica fijado por la Superintendencia es el que rige para los cigarrillos elaborados por 'Protabaco' y al cual deben venderlos a los distribuidores o a cualquier comprador al por mayor. En tanto que el precio por cajetilla de veinte cigarrillos es el que rige para el consumidor final, en el cual están incluídos el precio de venta en fábrica, los impuestos y la ganancia bruta de los distribuidores y detallistas. Pero los dos son

precio de venta y quedan comprendidos en las facultades de que está investida la Superintendencia de Regulación Económica.

"Con la circunstancia de que ese precio de venta en fábrica tiene una importancia fundamental para los fiscos departamentales, intendenciales y comisariales, porque es con base en él que cobran el impuesto sobre el consumo de tabaco, que es uno de los tres básicos con que cuentan esas entidades para atender a las necesidades del servicio público y al fomento de las obras, que por ley deben atender y emprender.

"No puede, por lo mismo, quedar al arbitrio de los fabricantes de cigarrillos la fijación del precio que sirve para establecer la cuantía del impuesto sobre el consumo, porque ello facilitaría la evasión y traería complicaciones entre los diversos elaboradores, ya que unos pagarían más que otros, lo que no resulta equitativo ni conveniente, puesto que todos deben pagar impuesto igual por producto de idéntica calidad.

"De allí que no resulte, a primera vista, arbitraria ni fuera de sus funciones la que ejercitó la Superintendencia de Regulación Económica por medio de la Resolución número 004 de 1968, por la que fijó los precios de los cigarrillos que elabora la empresa 'Productora Tabacalera de Colombia, S. A.', tanto para el producto en fábrica como al consumidor final. Otra cosa es que durante el juicio la sociedad demandante pruebe que esos precios no obedecen a ninguna técnica o que fueron caprichosamente fijados.

"Por lo demás, la Resolución acusada no es un acto especial y discriminatorio respecto de la actividad industrial desarrollada por 'Protabaco', porque a los autos se ha hecho llegar copia autorizada de la Resolución número 043 de 5 de abril de 1967 de la misma Superintendencia de Regulación Económica, en que fija tanto el precio en fábrica como al consumidor final para los cigarrillos elaborados por la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. Fuera de que la fijación de precios en fábrica la viene ejercitando el Gobierno de tiempo atrás, como se vé por la Resolución número 85 de 1962, que aparece publicada en los anales del Consejo de Estado, número 401, página 213.

"Para que se puedan suspender los efectos de un acto o providencia, la ley exige que haya violación manifiesta de una norma positiva de derecho. Y por violación manifiesta ha entendido siempre la jurisprudencia del Consejo aquella que aparece a primera vista, sin que para descubrirla sea necesario recurrir a razonamientos y disquisiciones profundas. Esta clase de violación no aparece en la demanda presentada respecto de los artículos constitucionales y legales que establecen y reglamentan la materia impositiva, ni las que consagran la libertad de industria y trabajo".

A las anteriores consideraciones, la Sala agrega ahora las siguientes:

1. Sostiene la sociedad actora que el Gobierno no podía decretar un aumento en el precio de factura en fábrica porque ello equivale a alzar la base de liquidación del impuesto de consumo a los cigarrillos, lo que es violatorio del artículo 5o. del Decreto Legislativo número 1626 de 1951, que determina el sistema para precisar esa base y los artículos 43, 191 y 204 de la

Constitución Nacional que prescriben que solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos pueden imponer contribuciones y que el aumento de impuestos indirectos entra a regir seis meses después de promulgada la ley que lo decrete.

SE CONSIDERA:

Según el artículo 2o., literal e) del Decreto Ley 1653 de 1960 es función de la Superintendencia de Regulación Económica 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. Entre tales artículos están los cigarrillos (Decreto 2707 de 1962).

Y según el Decreto Legislativo número 1626 de 1951 los cigarrillos deben pagar el 100 por 100 *ad–valorem* sobre el precio de venta, que es el que cobren los productores "a los vendedores al detal o directamente a los consumidores en el lugar de producción".

Las Resoluciones acusadas fijaron el precio en fábrica por docena y el precio máximo al consumidor por cajetilla. El primero es el que obliga para el cobro del impuesto sobre el consumo y al que deben venderlo los fabricantes a sus agentes distribuidores o a los vendedores al detal o directamente a los consumidores.

La medida era necesaria porque antes de los actos acusados los fabricantes tenían dos precios: uno para los distribuidores o agentes y otro más alto que fijaban éstos a los detallistas, con la consecuencia de que el impuesto sobre el consumo lo pagaban los fabricantes sobre el precio a los distribuidores o agentes, resultando así que pagaban menos de la tarifa legal. La Resolución acusada interpretó correctamente la norma del artículo 5o. del Decreto 1626 de 1951 al disponer que el precio de venta al detallista es el que debe tenerse en cuenta para liquidar el gravamen.

Quiere decir lo anterior que no hubo aumento del impuesto sobre el consumo de cigarrillos sino que se precisaron las bases de liquidación de acuerdo con la ley. Por lo mismo no puede hablarse de violación de las normas de la carta invocadas por la sociedad actora.

2. En el siguiente capítulo de la demanda sostiene Protabaco que con los actos acusados se violaron los principios constitucionales que consagran la libertad de industria y comercio y la libre competencia, pues se impide que productos nuevos entren al mercado con precios menores de artículos semejantes, ya que la Superintendencia de Regulación Económica fijó precios únicos e invariables, que impiden vender más barato.

SE CONSIDERA:

Sobre este aspecto es importante dejar claro que todo el ataque de la sociedad demandante se dirige es contra el precio fijado a los cigarrillos en fábrica, que es el que rige para liquidar el impuesto sobre el consumo, pero no hace crítica alguna al fijado para el consumidor final, que según la misma Resolución acusada es el *precio máximo*, esto es, que los fabricantes pueden venderlo por uno inferior si les conviene para la prosperidad del negocio. Este precio a los compradores por cajetilla no fue modificado por la Resolución acusada y por lo mismo los consumidores no resultaron afectados. Fueron los intermediarios entre los fabricantes y los detallistas los que vieron mermadas las utilidades.

3. Afirma también la sociedad actora que se violó igualmente el artículo 32 de la Constitución Nacional, porque la intervención se está efectuando a través de un orgnismo menor, el que extralimitó las competencias otorgadas por la ley, ya que impuso la obligación a Protabaco de vender más caro y de ganar más. Sostiene igualmente que se está operando un cambio en el sistema económico, al pasar del régimen de economía compensada al de la economía dirigida y que el sistema de la libertad económica es más importante que el régimen de la libertad política.

SE CONSIDERA:

Ciertamente en los últimos tiempos se ha operado un cambio radical sobre la misión del Estado y sobre el concepto de las libertades del hombre y del ciudadano, porque de la *libertad–autonomía* se ha llegado al moderno concepto de *libertad–participación*, en la misma forma que se operó la transformación de la democracia política en democracia social.

Tanto ésta como aquélla reposan sobre el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, pero los conciben de modo diferente. En tanto que la democracia política del siglo pasado aceptaba que el individuo tenía unos derechos naturales, inviolables y sagrados, que se imponían a los poderes públicos, la democracia social de los tiempos que corren considera los derechos del ciudadano como exigencias, como créditos a su favor y en contra del Estado que éste debe satisfacer para que el hombre alcance la plenitud de su ser.

Esa evolución de conceptos fue la consecuencia de dos fenómenos evidentes: el primero, porque resultó que para una inmensa masa de seres la libertad concebida como una cualidad inherente a su naturaleza era una prerrogativa estéril, ya que no tenía los medios para disfrutarla. Para qué, por ejemplo, la libertad al derecho de propiedad, esa propiedad que el Código Civil define como un derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, si el ciudadano nada poseía, si el trabajo a duras penas le permitía sustentar su vida y la de su familia.

Y aconteció también que por las transformaciones de la vida económica y por las condiciones imperantes por la revolución industrial que agravaron grandemente la situación de los trabajadores, en lugar del hombre libre y soberano ideado por los revolucionarios de 1789, lo que apareció fue el *hombre situado*, el hombre condicionado por el medio lleno de necesidades que no podía satisfacer y listo a lanzarse a la revuelta en busca de mejores condiciones de vida. Fue ese hombre situado el que describió la filosofía materialista con su interpretación económica de la historia y que le permitió a Marx sentar la tesis de que no es la conciencia del hombre lo que determina su existencia sino que es su existencia social lo que determina su conciencia.

Por tales fenómenos hubo necesidad de crear nuevos derechos, los derechos sociales y se confió al Estado la misión de satisfacerlos. Apareció así el Estado socializante, sin dejar de ser liberal, porque siempre tiene que respetar los derechos del hombre y del ciudadano. Esa aparición del Estado socializante se hizo necesaria porque como lo dice Georges Burdeau, el legislador preocupado por satisfacer los imperativos económicos de los gobernados le asignó tareas que exigen un crecimiento de su autoridad, un refuerzo de su control y el establecimiento de direcciones y de trabas que excluyen no solo el liberalismo económico sino la misma idea de libertad.

Y así se ve como en las constituciones políticas de las naciones europeas que conservan el régimen de libertades individuales (Francia, Italia, Alemania Occidental, entre otras), expedidas después de la segunda guerra mundial, se sienta el principio de la libertad de iniciativa privada económica, pero agrega: la ley determina los programas y controles para que la actividad económica, pública y privada pueda ser dirigida hacia fines sociales.

En Colombia esa evolución tuvo su punto de partida con la expedición del Acto Legislativo número 1 de 1936 en el que se dijo que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias públicas y privadas, entre otros fines para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho y tuvo su punto culminante con la Reforma Constitucional de 1968 en donde se sostiene que se garantiza la libertad de empresa, pero que la dirección de la economía está a cargo del Estado para que el desarrollo económico tenga como objetivo la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de las clases proletarias (artículo 6o. del Acto Legislativo número 1 de 1968). Se proclamó así la existencia del Estado socializante con toda fuerza y vigor.

Naturalmente para que el Estado pueda cumplir la inmensa tarea que se le ha encomendado, para que pueda satisfacer los derechos sociales de los gobernados, para que pague los créditos del individuo contra la sociedad, para asegurarle al ciudadano condiciones de vida compatibles con la dignidad

humana, para acabar paulatinamente con las tremendas desigualdades económicas, para que el ciudadano tenga seguros contra todos los riesgos de la vida, es que se le ha entregado al Estado la vigilancia de la propiedad, la orientación y planificación de la economía y es para lo que todos los días se crean nuevos impuestos para por ese medio hacer una distribución de la renta nacional. La democracia social es también una revolución, solo que es una revolución por la ley y dentro de la ley pero siempre profunda y rápida.

De la somera exposición anterior se concluye que tanto la Ley 7a. de 1943 como los Decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de las facultades allí otorgadas y que autorizan la intervención del Estado en las industrias y en el comercio en defensa de los consumidores, se ajustan completamente a la letra y al espíritu de la norma prescrita en el artículo 32 de la Constitución Nacional y que las autoridades las aplicaron correctamente al dictar los actos acusados.

En cuanto hace a los perjuicios que la sociedad demandante afirma haber recibido como consecuencia de los actos acusados ninguna prueba aparece en el expediente. Que los distribuidores hayan depuesto bajo juramento acerca de las dificultades que encontrarían para el incremento de las ventas de cigarrillos por el aumento del precio en fábrica no es siquiera indicio de que así haya ocurrido y las únicas pruebas existentes sólo demuestran que los fiscos departamentales aumentaron sus ingresos por cuanto la base para la liquidación del impuesto de consumo se aclaró y ajustó conforme a la ley.

En consecuencia, el Consejo de Estado, por intermedio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a decretar las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la Sesión del dieciocho de los corrientes.

Miguel Lleras Pizarro — Salvamento de voto — *Hernando Gómez Mejía* — *Juan Hernández Sáenz* — *Gustavo Salazar T.*

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MIGUEL LLERAS PIZARRO AL FALLO QUE ANTECEDE:

Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y uno.

Ref: Radicación 916. Nulidad de las Resoluciones números 4 y 15 de 1968 de la Superintendencia Nacional de Precios. Actor: Productora Tabacalera de Colombia S.A.

Muy sinceramente deploro no adherir sin salvedades a la excelente sentencia acogida por la mayoría el fondo general de cuyas reflexiones acojo sin reticencias. No obstante discrepo de algunos de sus enfoques. Mis razones son las siguientes:

Primero. Como se escribió en la ponencia rechazada por la mayoría: "Acorde o no con la noción que cada cual tenga sobre lo que es el bien común o el interés público o el interés social, y, aunque no sujeta al marco de un plan general de desarrollo, la intervención del Estado en cuanto a la fijación de precios ha sido más o menos constante desde 1943 pero nunca estas competencias han sido discrecionales porque los preceptos pertinentes han definido siempre ciertas metas que implican una concepción o filosofía acerca de los fines que deben alcanzarse. Tales límites y aquellos propósitos se han conservado más o menos invariables desde cuando se expidió la ley 7a. de 1943 en cuyos artículos primero y segundo se dice:

> "No podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo.
>
> "Se entiende como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares.
>
> "El Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley, y así podrá fijar los precios máximos de venta *o los mínimos en los distintos mercados del país,* de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta, las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios".

Dos notas se destacan en estos mandatos legales:

1. Que el Estado, por intermedio de la agencia correspondiente, puede fijar precios máximos para proteger al consumidor de indebidas especulaciones en relación con artículos de primera necesidad;

2. Que puede acordar precios mínimos para los distintos mercados existentes en el país con el mismo propósito, o sea el de evitar que por

depresión disminuya la producción de tales artículos esenciales y se creen factores de perturbación en el mercado que harían imposible la aplicación de las reglas sobre precios máximos. En desarrollo de esta intención al través de los años varias agencias del Estado han propiciado o estimulado la producción de artículos indispensables por el mecanismo elemental de ofrecer precios mínimos llamados de sustentación que eviten el desaliento del productor por falta de halago económico y también se ha utilizado el instrumento de las exenciones tributarias u otros análogos tanto para inducir el aumento de la producción como el mejoramiento de la productividad.

Es históricamente demostrable que en nuestro país ha sido posible la coexistencia de ciertas zonas de la actividad económica mantenidas dentro de los estrictos principios de la libertad de empresa y por consiguiente de mercados y de competencia comercial, con otras zonas severamente intervenidas por el Estado bien de modo directo bien por el mecanismo de los estímulos o por la apropiación de los medios de producción, incluídos los servicios esenciales. Aún en el caso de ofrecimiento de precios mínimos de sustentación el Estado no ha pretendido que algún productor ofrezca en el mercado libre su producto por debajo de tales precios porque los de sustentación son coadyuvantes de la economía general para impedir la escasez y facilitar la vigencia y el control de los precios máximos para el consumidor.

El tabaco puede ser de ordinario uso entre las clases populares y en efecto lo ha sido según lo revelan las estadísticas oficiales y los impuestos que de su consumo se derivan, pero resultaría excesivo que esta circunstancia coloque al tabaco, en cualquiera de sus formas, como un bien de primera necesidad. Al contrario, las últimas comprobaciones científicas han demostrado que es dañoso para la salud y que el interés público o el bien común estarían implicados mas en la disminución que en el aumento de su consumo. Esta convicción científica obtenida experimentalmente ha llevado a algunos países a acordar legislaciones por medio de las cuales se obliga a los productores y distribuidores del tabaco a advertir a sus posibles consumidores los daños que puedan sobrevenirles por su utilización y, últimamente, en los Estados Unidos de América del Norte la ley prohibió toda publicidad que induzca al empleo de tabaco.

Si fuera necesario penetrar en la noción de interés público parece cierto que aunque en Colombia no se hayan adoptado todavía medidas tan recomendables, el consenso general admite que la intervención del Estado es un poco extraña en cuanto esté encaminada a facilitar o proteger los vicios y que esta es una de aquellas zonas de la economía nacional que deben mantenerse dentro del campo de la libre competencia sin que para ello importe que el Estado derive ingresos de estos consumos poco recomendables.

Si la observación anterior tiene fundamento la fijación de precios máximos y el ofrecimiento de precios de sustentación resultaría repugnante con el interés público. Así, en el ámbito de la libre competencia los precios han de ser el resultado de la habilidad del productor en cuanto hace a los mecanismos empleados para la mejor productividad y si el Estado ha de intervenir no sería para oponerse a tales medios de productividad sino para proteger la salud.

A la luz del punto de vista expuesto hay desviación de poder cuando la Superintencia Nacional de Precios a cuyo cuidado no se ha encomendado la protección de la salud sino de la economía de los bienes de primera necesidad, utiliza las facultades legales de que dispone para interferir en el campo de la libre competencia y evitar que los esfuerzos para mejorar la productividad influyan en el mercado. Elevar los precios puede dificultar el consumo y eso podría aceptarse como un propósito coincidente con el interés público cuando se trata del tabaco, del alcohol, de la morfina o de la prostitución por ejemplo, pero la disminución de tales consumos o su eventual prohibición no compete a la Superintendencia de precios sino a otras agencias del Estado y requiere de autorización legal expresa. Tampoco compete a esta agencia utilizar medios directos o indirectos para mejorar los ingresos del fisco provenientes de los impuestos por el consumo.

Segundo. La intervención del Estado en la economía es posible en Colombia desde antes de la Reforma de 1936. En realidad desde la Constitución de 1886.

Tercero. No es equiparable el derecho sobre la propiedad privada con el ejercicio de la libertad. El gran problema contemporáneo consiste, precisamente, en hallar los medios jurídicos y prácticos para impedir que las necesarias limitaciones que el Estado impone al derecho de propiedad sean posibles sin menoscabo del ejercicio de la libertad. La experiencia mundial de nuestro tiempo enseña que sí hay soluciones para esta compatibilidad que reclama, desde luego, la incolumidad del imperio de la ley. Así lo reconoció muy explícitamente la sentencia de esta misma Sala pronunciada el 29 de octubre de 1970 en el juicio promovido por Norgás S. A.

Cuarto. Los reglamentos necesarios para evitar la evasión fiscal o para promover la correcta liquidación y recaudación de los tributos no son de competencia de la Superintendencia de precios, ni el mecanismo de intervención económica en el ámbito que le es propio, según ordenamiento legal, puede utilizarse para defensa del Fisco o de la salud pública sin incurrir en desviación de poder. Que las resoluciones acusadas no son nulas porque defendieron con equidad los recaudos del impuesto sobre el consumo de tabaco es, en mi opinión, la tacha sobresaliente de que puede sindicarse al fallo de que estoy disintiendo y la razón casi única de tal disentimiento.

Quinto. Por tanto creo que las resoluciones acusadas merecían la declaración de nulidad por desviación de poder, es decir, por ejercer una competencia para fines distintos de los señalados por el legislador. Empero, aunque se hubiera decretado esta nulidad, el demandante no probó, ni indirectamente, perjuicio económico alguno.

A 312-IV 59/P J

ACTOS DEL INCORA

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. Según el artículo 126 del C. C. A., la notificación del auto admisorio de la demanda es necesaria únicamente para con el señor Agente del Ministerio Público y basta una comunicación a la Entidad cuyo acto o providencia haya sido demandado.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., abril dos de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez.*

Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, el señor Jorge Montes Durán, por medio de apoderado, instauró demanda de nulidad con restablecimiento del derecho, contra la Resolución número 361 de mayo 4 de 1970, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Experto Agrícola 12 A, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, *Incora.*

Habiéndose adelantado el juicio y encontrándose en la etapa probatoria, el Doctor Carlos Villamil Cháux, Gerente General del Incora, mediante apoderado, solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda alegando la ilegitimidad de personería, por falta de notificación al representante legal del Instituto, de acuerdo, –según su propia cita–, con el artículo 126 del Código Contencioso Administrativo, incidente éste que fué tramitado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 *ibídem,* como consta a folios 22 vuelto, 34, 47 y siguientes del expediente.

En su oportunidad el representante del actor se opuso a que se declarara la nulidad pedida, considerando que "de conformidad con el artículo 126 de la Ley 167 de 1941, el auto admisorio de la demanda "se notifica" al señor Agente del Ministerio Público y no al autor de la providencia demandada, a quien sólo se le comunica".

En proveído de 27 de octubre de 1970 el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, con ponencia del Magistrado Doctor Gerardo Vesga Cristancho, accedió a decretar la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, porque estimó que se había incurrido en error al no hacerse la comunicación ordenada por el artículo 126 del C. C. A., al Director General del Incora, quien por Ley es el único que tiene la personería jurídica de la Institución, facultad que no ha delegado en los Directores Regionales.

El Consejo conoce ahora del negocio, en virtud de la apelación interpuesta por el apoderado del demandante, contra la providencia en mención, fechada el 27 de octubre del año próximo pasado.

Tramitado el recurso conforme lo preceptúa el artículo 502 del Código Judicial, procede la Sala a decidirlo, para lo cual *considera:*

El artículo 126 del C. C. A., establece:

> "Recibida la demanda en el Tribunal y verificado el reparto, el Magistrado sustanciador dispondrá, al admitirla, lo siguiente:
>
> "1. Que se comunique al Gobernador del Departamento o al Personero Municipal, según que el negocio se refiera a un asunto departamental o municipal.
>
> "Si se tratare de asuntos referentes a una Intendencia o Comisaría, la comunicación se hará al Ministerio de Gobierno y al respectivo Intendente o Comisario.
>
> "2. Que se notifique al Agente del Ministerio Público.
>
> "3. Que se fije en lista por el término de cinco (5) días. . . ".

De la lectura del artículo anteriormente transcrito se deduce que no es necesaria la notificación del auto admisorio a persona distinta del señor Agente del Ministerio Público, y que, por mandato de esa misma norma, sólo se ordena una simple comunicación a la Entidad cuyo acto o providencia haya sido demandado.

Ahora bien, la falta de dicha comunicación, de conformidad con lo estatuído por el artículo 113 del C. C. A., no constituye causal de nulidad, porque estas —como es sabido— son taxativas y no pueden aplicarse por analogía. Reza así el precepto citado:

> "En los procedimientos ante lo Contencioso Administrativo hay nulidad en los casos siguientes:
>
> "1. Por incompetencia de jurisdicción;
>
> "2. Por falta o ilegitimidad de personería en alguna de las partes, o de su apoderado o representante legal;
>
> "3. Por falta de notificación, en forma legal, de cualquiera de las partes;
>
> "4. Por no haberse dictado auto abriendo a prueba la causa, cuando fuere del caso hacerlo".

De otra parte, la mencionada comunicación tiene por finalidad, únicamente, dar cuenta a la Administración, cualquiera que sea su categoría, que ha sido iniciado un juicio en contra de alguna de sus providencias, efecto que se alcanzó en el caso de autos, toda vez que el propio Gerente General del Incora, como representante legal de la Entidad, nombró apoderado para que los intereses del Instituto fueran atendidos y defendidos oportunamente ante la justicia Contencioso Administrativa.

Tampoco es del caso aplicar las disposiciones sobre notificación personal del auto admisorio de la demanda a que se refieren los artículos 42 del Decreto 3135 de 1968 y 104 de su Decreto Reglamentario número 1848, puesto que expresamente ordenan tal diligencia cuando se trate de demandas "por conflictos relacionados con la aplicación de este Decreto, serán notificadas personalmente a los Gerentes o Directores de las Entidades encargadas de pagar o servir las *prestaciones* (Subraya la Sala) que en este Decreto se señalan. . . ".

Es claro que la demanda promovida por el señor Montes Durán, no pretende el reclamo directo de las prestaciones sociales a que pudiera tener derecho, sino que a través de la nulidad impetrada busca el reintegro al cargo que ocupaba y la declaratoria de ininterrupción en el servicio, aspectos estos bien distintos de los contemplados en el primero de los aludidos estatutos y que tiene relacionados en su artículo 14, cuando dice:

"Prestaciones a cargo de las entidades de previsión. La entidad de previsión social a la cual se halle afiliado el empleado o trabajador, efectuará el reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones:

"1. A los empleados públicos y trabajadores oficiales:
"a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;
"b) Servicio odontológico;
"c) Auxilio por enfermedad no profesional;
"d) Auxilio de maternidad;
"e) Indemnización por accidente de trabajo;
"f) Indemnización por enfermedad profesional;
"g) Pensión de invalidez,
"h) Pensión vitalicia de jubilación o vejez;
"i) Pensión de retiro por vejez;
"j) Seguro por muerte.

"2. A los pensionados por invalidez, jubilación o vejez y retiro por vejez:

"a) Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;
"b) Auxilio funerario, y
"c) Sustitución de la pensión a beneficiarios del pensionado fallecido, en los términos que adelante se establecen".

En esta forma se llega a la conclusión de que no era procedente decretar la nulidad solicitada en el caso controvertido, por falta de notificación. Igualmente, se concluye que tampoco hay lugar a ella por ilegitimidad de personería, porque esta consiste en la carencia de capacidad para ser parte o para actuar en el juicio. Y hasta antes de la solicitud formulada por el apoderado del Gerente General del Incora, la Administración no había tenido actuación alguna, ni se había hecho parte, a nombre suyo, ninguna persona; o lo que es lo mismo, no hay dentro del juicio a quién decretar la ilegitimidad de personería.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto de fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos setenta (1970), dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander.

En consecuencia, ordénase continuar la tramitación del presente juicio.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada en abril primero de mil novecientos setenta y uno.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 313 - IV 81 // P J

ACTOS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO NACIONAL

SITUACIONES JURIDICAS. Están constituídas por un conjunto de derechos y obligaciones. Las situaciones Jurídicas son generales e individuales.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., abril veinte de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Eduardo Aguilar Vélez.*

El señor Jesús Alberto Roldán en su carácter de Presidente del *Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia*, como representante del mismo, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, por medio de abogado inscrito, ha solicitado al Consejo de Estado que, previos los trámites correspondientes, se hagan las siguientes declaraciones:

> "**Primera.** Es nulo el parágrafo del artículo 3o. del Acuerdo número 38 de 1969 (abril 11) del Consejo Superior Universitario Nacional por el cual se *revocó la bonificación* que les había sido reconocida a los servidores de ese Establecimiento Público por el Acuerdo número 145 de 1968 (noviembre 22) en concordancia con el Acuerdo número 148 de 1968 (diciembre 5). También es nulo el Decreto Ejecutivo número 574 Bis de 1969 (abril 18) originario de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Educación Nacional, y del Departamento Administrativo del Servicio Civil, pero sólo en la parte en que tal Decreto aprobó el parágrafo del artículo 3o. del Acuerdo número 38 de 1959, mencionado.
>
> "**Segunda.** Consecuencialmente todos y cada uno de los afiliados al citado *Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia,* representados por éste, tienen derecho a la bonificación objeto de la revocatoria.
>
> "**Tercera.** El Estado Colombiano, (Universidad Nacional de Colombia) reconocerá y pagará por intermedio del *Sindicato* en mención, a todos sus afiliados enumerados en el hecho 12 de este libelo, dentro del plazo que sea fijado en la sentencia, el valor total correspondiente a aquella Bonificación relacionada con sus afiliados, junto con los intereses bancarios desde el día 31 de julio de 1969 hasta el día en que las entidades obligadas verifiquen el pago efectivo al *Sindicato*, y cuya cuantía estimó como mínimo en $624.324.21, pero cuyo monto definitivo se demostrará en el juicio".

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

Por medio del Acuerdo número 145 de 1968 al Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional decretó en favor del personal administrativo, técnico y de servicios de la misma Universidad, una prima o bonificación consistente en el equivalente de medio sueldo mensual,

pagadero a quienes estuviesen vinculados el 30 de noviembre de aquel año y en proporción a las doceavas completas de servicio durante el mismo año.

Como razón fundamental para decretar esta prima extralegal se invocó la necesidad de solucionar transitoriamente la mala situación económica de los servidores de la Universidad. En los considerandos del acuerdo se adujo además la autonomía financiera y administrativa de la misma.

Aunque originalmente se consideró aquella prima como un anticipo de sueldos que fueren decretados antes de terminar el año de 1968, y así se consignó en el artículo 6o. del referido acuerdo, sin embargo el mismo Consejo Superior Universitario, resolvió definitivamente darle el carácter de Prima Extra Legal, a ese medio sueldo mensual que se les decretó a los trabajadores, y en consecuencia derogó este artículo 6o., mediante el artículo único del Acuerdo número 148 de 1968.

Al entregar la bonificación, en el mes de diciembre, la Universidad creó una situación jurídica individual entre ella y cada uno de los trabajadores y empleados. Este derecho a percibir la bonificación es irrevocable.

No puede tenerse la bonificación como un anticipo de aumento de sueldos, porque, ya se dijo, la condición impuesta fue derogada por medio del Acuerdo número 148 de 1968 y la bonificación quedó entonces pura y simple, sin condición alguna y así fue entregada a los feneficiarios. Esta situación era jurídicamente inmodificable.

Por medio de las disposiciones acusadas se ordenó a los trabajadores de la Universidad reintegrar lo que ya se les había pagado como prima o bonificación especial.

En la demanda se señalan con sus nombres los trabajadores afiliados al Sindicato y a quienes se les retuvo del aumento de sueldos hecho en el año de 1969, lo que ya constituía para ellos una situación jurídica inmodificable.

Se citaron como violados los artículos 24 del Decreto 2733 de 1959 y el 30 de la Constitución Nacional.

El primero de ellos en el sentido de que cuando el acto administrativo crea una situación jurídica individual o reconoce un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, y por medio de las normas enjuiciadas se revocó un acto creador de situaciones de esta naturaleza, sin tal consentimiento y se cambió el carácter de una bonificación ya ingresada al patrimonio de los beneficiarios, por el de anticipo de aumento de sueldos.

El artículo 30 de la Constitución Nacional se violó porque se desconocieron derechos adquiridos por los trabajadores de la Universidad Nacional, derechos concedidos en virtud de los Acuerdos números 145 y 148 de 1968 del Consejo Superior Universitario. La bonificación que les fue concedida no podía ser quitada nuevamente por la Universidad, porque ella ya constituía un derecho adquirido. El artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza esta clase de derechos.

Al ser notificado el Rector de la Universidad Nacional de la demanda otorgó poder a un abogado para que defendiera los intereses de ésta.

Al impugnar la demanda se hizo un estudio detallado de la categoría de Establecimiento Público que tiene la Universidad, de la calidad de empleados públicos de las personas a ella vinculadas y por lo mismo del sometimiento de éstas a un régimen legal y estatutario y no a un régimen contractual. De estos presupuestos deduce el apoderado de la Universidad la facultad del Consejo Superior Universitario para "crear y suprimir los cargos administrativos y fijar sus asignaciones", y para imponer las condiciones que se consideren oportunas en los aumentos de sueldos. La prima o bonificación la hizo la Universidad en forma voluntaria, graciosa y bien puede considerarse, por tal carácter, como anticipo de sueldos. No existe, en concepto del apoderado de la Universidad, una situación jurídica individual y concreta que pudiera constituír un derecho adquirido.

Tramitado el juicio con las formalidades que le son propias, la Fiscalía 4a. del Consejo emitió concepto de fondo, y consideró que debía accederse a las súplicas de la demanda.

Para proferir el correspondiente fallo, la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

Es indiscutible que la Universidad Nacional es un establecimiento público descentralizado del orden nacional y que sus trabajadores, por regla general, se encuentran vinculados a ella por una relación estatutaria y no por un contrato de trabajo.

En virtud de la autonomía económica y financiera de que goza este establecimiento público es claro que sus organismos directivos tienen facultad para "crear y suprimir los cargos docentes y administrativos y fijar sus asignaciones y prestaciones".

Así se desprende del artículo 11 de la Ley 65 de 1963. Por este motivo, bien se pudo conceder al personal administrativo, técnico y de servicios, una

bonificación equivalente al 50o/o de las asignaciones que este personal devengaba en noviembre de 1968. Esta bonificación desde luego era susceptible de condiciones y así se impusieron algunas, tales como fuera pagada a los trabajadores que se encontraran vinculados el 30 de noviembre de 1968, que se cubriera en proporción al tiempo de servicios en el año y que se tuviera como un anticipo de posibles aumentos de sueldo que se hicieran antes de finalizar el mismo. Estas condiciones podían obviamente ser variadas antes de que se hiciera efectivo el pago de la prima y así se hizo por medio del Acuerdo número 148 de 5 de diciembre del año mencionado, al suprimir la última de ellas, es decir, no considerarla como un anticipo de sueldos futuros.

Es evidente que la Universidad al decretar aumento de sueldos a sus empleados puede someterlo a ciertos requisitos, tales como el plazo en que empieza a pagarse, la cuantía, la forma, etc. Pero de aquí no puede concluirse, como lo hace el apoderado de la Universidad, que cuando se decreta un aumento salarial puedan vulnerarse situaciones jurídicas individuales y concretas, que constituyeron en un momento determinado un derecho de carácter económico.

El Acuerdo número 145 de 1968, proferido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional, al decretar una prima o bonificación en favor del personal administrativo, técnico y de servicios de la misma y al derogar por medio del Acuerdo número 148 del mismo año el carácter de anticipo a un posible aumento que se hiciera a los mismos empleados antes de terminarse el año, convirtió dicha prima en un derecho y no en una concesión graciosa, susceptible de un futuro despojo de ella. Dicho en otras palabras, se creó una situación jurídica individual y concreta, imposible de revocar unilateralmente por la misma administración, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

En relación con las situaciones jurídicas la Sala trae las siguientes observaciones:

Las situaciones jurídicas están constituïdas por un conjunto de derechos y obligaciones. Cuando esas facultades y deberes se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, se tiene la situación jurídica general, impersonal, abstracta. En cambio cuando ese conjunto de derechos y obligaciones se predica de una persona o de varias que se pueden determinar fácilmente, se tiene la situación jurídica individual, subjetiva, concreta.

Anotan los tratadistas como caracteres de la situación jurídica general los siguientes: Es *impersonal* y *abstracta,* esto es, se refiere a un número

indeterminado e indeterminable de casos; es *permanente,* esto es, no se extingue por el ejercicio de los derechos y obligaciones que por medio de ella se crean; es esencialmente *modificable* por la ley o por el reglamento. Por tanto no se puede alegar que la norma que crea la situación jurídica general constituya un derecho irrevocable.

En la situación jurídica individual se encuentran precisamente los caracteres contrarios. Es *personal y concreta,* o sea que los derechos y obligaciones que la constituyan sólo existen para una persona determinada, o un grupo de personas determinable; es *temporal,* es decir, se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone; es *inmodificable* por un acto creado de situaciones jurídicas generales, y no es *revocable.*

Es claro que el acto proferido por la Universidad Nacional que concedió a algunos de sus empleados una prima o bonificación constituye un acto creador de situaciones jurídicas individuales y concretas, pues que allí se encuentren todas las características propias de esta clase de actos, según lo acabado de indicar.

Por lo mismo no podría ser revocado dicho acto por la Universidad, sin previa autorización de las personas favorecidas con el mismo.

El descuento ordenado en los actos acusados, equivalente a la prima ya reconocida y pagada a los trabajadores de la Universidad, resulta por lo tanto ilegal por violación del mencionado artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

Como ya se dijo la Fiscal 4a. Doctora Aydee Anzola Linares, opina que debe accederse a las súplicas de la demanda. La distinguida colaboradora trae entre otros, el siguiente argumento que la Sala acoge:

> "... por su parte el artículo 24 del Decreto 2733, como ya se vió, garantiza la irrevocabilidad de una situación jurídica individual o concreta, o el reconocimiento de un derecho de igual o superior categoría y por lo tanto la Universidad Nacional no podía, después de que ya había pagado las bonificaciones a sus servidores, descontarlas de sus sueldos. El hecho de que esta última les hubiera reconocido por medio de un acuerdo, y por una sola vez, una bonificación especial, así fuese como una especie de concesión graciosa, no la autorizaba para quitarles posteriormente ése derecho que ya hacía parte integrante del patrimonio privado de cada uno. En el caso de autos no se trataba de una simple espectativa de derecho en cuyo evento si se hubiera podido modificar libremente para el porvenir. Se trataba de un derecho adquirido que se reconoció en proporción a las doceavas partes completas de servicio y a quienes se encontraran desempeñando sus cargos el 30 de noviembre de 1968. Entonces, cada servidor de la Universidad Nacional, cumplidas estas condiciones, había adquirido el derecho a gozar o disfrutar del beneficio. "Para que

bonificación equivalente al 50o/o de las asignaciones que este personal devengaba en noviembre de 1968. Esta bonificación desde luego era susceptible de condiciones y así se impusieron algunas, tales como fuera pagada a los trabajadores que se encontraran vinculados el 30 de noviembre de 1968, que se cubriera en proporción al tiempo de servicios en el año y que se tuviera como un anticipo de posibles aumentos de sueldo que se hicieran antes de finalizar el mismo. Estas condiciones podían obviamente ser variadas antes de que se hiciera efectivo el pago de la prima y así se hizo por medio del Acuerdo número 148 de 5 de diciembre del año mencionado, al suprimir la última de ellas, es decir, no considerarla como un anticipo de sueldos futuros.

Es evidente que la Universidad al decretar aumento de sueldos a sus empleados puede someterlo a ciertos requisitos, tales como el plazo en que empieza a pagarse, la cuantía, la forma, etc. Pero de aquí no puede concluirse, como lo hace el apoderado de la Universidad, que cuando se decreta un aumento salarial puedan vulnerarse situaciones jurídicas individuales y concretas, que constituyeron en un momento determinado un derecho de carácter económico.

El Acuerdo número 145 de 1968, proferido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional, al decretar una prima o bonificación en favor del personal administrativo, técnico y de servicios de la misma y al derogar por medio del Acuerdo número 148 del mismo año el carácter de anticipo a un posible aumento que se hiciera a los mismos empleados antes de terminarse el año, convirtió dicha prima en un derecho y no en una concesión graciosa, susceptible de un futuro despojo de ella. Dicho en otras palabras, se creó una situación jurídica individual y concreta, imposible de revocar unilateralmente por la misma administración, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

En relación con las situaciones jurídicas la Sala trae las siguientes observaciones:

Las situaciones jurídicas están constituídas por un conjunto de derechos y obligaciones. Cuando esas facultades y deberes se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, se tiene la situación jurídica general, impersonal, abstracta. En cambio cuando ese conjunto de derechos y obligaciones se predica de una persona o de varias que se pueden determinar fácilmente, se tiene la situación jurídica individual, subjetiva, concreta.

Anotan los tratadistas como caracteres de la situación jurídica general los siguientes: Es *impersonal* y *abstracta,* esto es, se refiere a un número

indeterminado e indeterminable de casos; es *permanente,* esto es, no se extingue por el ejercicio de los derechos y obligaciones que por medio de ella se crean; es esencialmente *modificable* por la ley o por el reglamento. Por tanto no se puede alegar que la norma que crea la situación jurídica general constituya un derecho irrevocable.

En la situación jurídica individual se encuentran precisamente los caracteres contrarios. Es *personal y concreta,* o sea que los derechos y obligaciones que la constituyan sólo existen para una persona determinada, o un grupo de personas determinable; es *temporal,* es decir, se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone; es *inmodificable* por un acto creado de situaciones jurídicas generales; y no es *revocable.*

Es claro que el acto proferido por la Universidad Nacional que concedió a algunos de sus empleados una prima o bonificación constituye un acto creador de situaciones jurídicas individuales y concretas, pues que allí se encuentren todas las características propias de esta clase de actos, según lo acabado de indicar.

Por lo mismo no podría ser revocado dicho acto por la Universidad, sin previa autorización de las personas favorecidas con el mismo.

El descuento ordenado en los actos acusados, equivalente a la prima ya reconocida y pagada a los trabajadores de la Universidad, resulta por lo tanto ilegal por violación del mencionado artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

Como ya se dijo la Fiscal 4a. Doctora Aydee Anzola Linares, opina que debe accederse a las súplicas de la demanda. La distinguida colaboradora trae entre otros, el siguiente argumento que la Sala acoge:

> "... por su parte el artículo 24 del Decreto 2733, como ya se vió, garantiza la irrevocabilidad de una situación jurídica individual o concreta, o el reconocimiento de un derecho de igual o superior categoría y por lo tanto la Universidad Nacional no podía, después de que ya había pagado las bonificaciones a sus servidores, descontarlas de sus sueldos. El hecho de que esta última les hubiera reconocido por medio de un acuerdo, y por una sola vez, una bonificación especial, así fuese como una especie de concesión graciosa, no la autorizaba para quitarles posteriormente ese derecho que ya hacía parte integrante del patrimonio privado de cada uno. En el caso de autos no se trataba de una simple espectativa de derecho en cuyo evento si se hubiera podido modificar libremente para el porvenir. Se trataba de un derecho adquirido que se reconoció en proporción a las doceavas partes completas de servicio y a quienes se encontraran desempeñando sus cargos el 30 de noviembre de 1968. Entonces, cada servidor de la Universidad Nacional, cumplidas estas condiciones, había adquirido el derecho a gozar o disfrutar del beneficio. "Para que

un derecho se considere como adquirido es menester que se cumplan las condiciones que la ley ha previsto para su nacimiento como consecuencia de actos o hechos jurídicos que lo generan", ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varios fallos y agrega que los derechos garantizados por el artículo 30 del la C. N. no son solamente los contemplados en el C. C., sino los consagrados en otras leyes".

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 la Fiscalía 4a.,

FALLA:

1. Es nulo el parágrafo del artículo 3o. del Acuerdo número 38 de 1969, del Consejo Superior Universitario Nacional y el Decreto Ejecutivo número 574 bis del mismo año, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Educación Nacional y Departamento Administrativo del Servicio Civil, en la parte en que dió aprobación al parágrafo del artículo 3o. del acuerdo mencionado.

2. Como consecuencia de la nulidad anterior, la Universidad Nacional de Colombia reconocerá y pagará por intermedio del Sindicato de Trabajadores de la misma, a cada uno de los afiliados a éste, el valor de la bonificación decretada en el acuerdo número 145 de 1968, según la retención hecha a cada uno de ellos, en cumplimiento de las normas anuladas.

La Universidad dará cumplimiento al presente fallo dentro de los términos indicados en el artículo 121 del C. C. A.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 16 de abril de 1971.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Rafael Tafur Herrán — Eduardo Aquilar Vélez — Nemesio Camacho Rodríguez — Alvaro Orejuela Gómez.

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

A 314/AN

ACTOS DE LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

CONTADURIA PUBLICA. Debe ser ejercida por contadores públicos exclusivamente.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos setenta y uno.

Radicación: 18/1403.

Consejero Ponente: *Doctor Jorge Dávila Hernández.*

Los doctores Augusto Ramírez Moreno y Héctor Giraldo Gálvez, en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del C.C.A., formularon demanda para que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones: artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1462 de 1961, artículo 58 de la resolución número 3 de 1962 dictada por la Junta Central de Contadores y el artículo único de la resolución 1288 de 1962, proferida por el Ministerio de Educación Nacional, en cuanto le impartió aprobación a la disposición acusada de la citada resolución número 3 de 1962.

Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

Decreto 1462 de 1961. Artículo 9o.:

> "Las firmas u organizaciones de Contadores presentarán a la Junta Central una lista de todo el personal de Contadores a su servicio, indicando nombres completos, nacionalidad y documentos de identificación. Esta información será presentada dentro de los sesenta (60) días siguientes a la vigencia de este Decreto. Cualquier modificación en la lista de personal será avisada por escrito a la Junta Central de Contadores dentro de los diez (10) días siguientes a su ocurrencia".

Resolución número 3 de 1962. Artículo 68:

> "Las firmas u organizaciones profesionales a que se refieren los artículos 12 de la Ley 145 de 1960 y 9o. del Decreto 1462 de 1961, enviarán a la Junta una relación completa de todo el personal de contadores a su servicio con la indicación de sus nombres, nacionalidad, identificación, nomenclatura de los cargos y funciones correspondientes a estos.
>
> "Con base en esta información y en la que se obtuviera directamente, la Junta comprobará si los Contadores vinculados a las firmas para el ejercicio de las funciones propias de los Contadores Públicos, reunen las condiciones legales. En caso afirmativo, dará su conformidad a tales firmas.
>
> "Queda entendido que esos requisitos no hacen ralación a aquellas personas que desempeñan funciones auxiliares bajo la dirección y responsabilidad de un Contador Público.

"**Parágrafo.** Las firmas que no obtengan la conformidad de la Junta no podrán ejercer actividades propias de la Contaduría Pública".

Resolución número 1288 de 1962. Ministerio de Educación Nacional. Artículo único:

"Apruébase la Resolución número 3 de 1962, originaria de la Junta Central de Contadores, que consta de setenta y nueve (79) artículos relativos al Reglamento interno de esa Junta".

Como disposiciones violadas se señalan las siguientes:

Los artículos 39 y 120 (ordinal 3o.) de la Constitución y los Artículos 12 y 15 de la Ley 145 de 1960.

Sobre el concepto de violación, expresan, en síntesis, los demandantes:

El artículo 9o. del Decreto 1462 de 1961 viola las anteriores disposiciones porque reglamenta e interviene en el funcionamiento de las firmas u organizaciones profesionales de contadores y, a la vez, le otorga a la Junta Central de Contadores Facultades que la Ley 145 de 1960 no le dió. Además, este estatuto legal solo reglamenta la función de Contador público, que es una especie de la contaduría general pero no reglamenta el funcionamiento de las firmas u organizaciones profesionales que se dediquen a actividades contables de otra naturaleza.

Se agrega que, "si la ausencia de un contador público de la nómina de una organización profesional la hiciera inepta para cumplir funciones adscritas a los contadores públicos, sería explicable que el Decreto Reglamentario exigiera esa nómina con el objeto de verificar la presencia o la ausencia de contadores públicos en ella. Pero como el artículo 12 de la Ley 145 no habla de esta ineptitud, el artículo 9o. acusado excede la potestad reglamentaria al exigir la lista".

Se afirma que la misma disposición acusada viola el artículo 15 de la Ley 145 puesto que dentro del catálogo de funciones que esta disposición le atribuye a la Junta Central de Contadores no figura ninguna que la autorice a solicitar las listas del personal al servicio de las firmas u organizaciones de contadores.

En cuanto al artículo 88 de la Resolución 3 de 1962, se señala que so pretexto de expedir la Junta su propio reglamento se autoadjudica facultades que no le confirió la Ley 145, cuyo artículo 15 resulta así violado, a la vez que el artículo 39 de la Carta que reserva al legislador la facultad de reglamentar el ejercicio de las profesiones, así como el artículo 120, ordinal

3o., *ibídem*, que radica en cabeza del Presidente de la República la potestad reglamentaria.

Finalmente, la Resolución Ministerial 1288 de 1962 aprobatoria de la Resolución número 3 de la Junta, participa de los vicios de ésta en cuanto le impartió aprobación al artículo 68 objeto de acusación.

Durante el juicio y mediante poder conferido al Doctor Alvaro Pérez Vives, la Junta Central de Contadores se constituyó en parte impugnadora. En su alegato de conclusión el señor apoderado se opone a las peticiones del actor argumentando que las previsiones del artículo 9o. del Decreto 1462, reglamentario de la Ley 145, son natural desarrollo de las facultades que la ley le otorga a la Junta Central de Contadores y, particularmente, de lo dispuesto en su artículo 12. En igual sentido, el artículo 68 de la Resolución 3 de la Junta en buena parte es simple repetición de los señalados en el artículo 9o. del Decreto 1462 varias veces citado y en cuanto a la conformidad que debe expedir para el funcionamiento de las organizaciones de contadores que pretendan adelantar gestiones propias de los Contadores Públicos, su alcance se limita a desarrollar el texto del artículo 12 de la Ley 145, por lo cual concluye que puede haber repetición de una prohibición legal pero "jamás extralimitación de funciones". Con apoyo en tales razones, estima, finalmente, que se conforma a derecho la Resolución Ministerial número 1288.

El señor Agente del Ministerio Público expresa en su concepto de fondo los siguientes razonamientos, con apoyo en los cuales considera que deben negarse las peticiones de la demanda:

> "La Ley 145 de 1960, como su encabezamiento lo indica y lo afirma el actor en su libelo reglamenta la profesión de Contador Público, sus normas, por consiguiente, se relacionan con los contadores públicos y no con la profesión de contador en general.
>
> "Cuando el artículo 12 de dicha ley dice que "las firmas u organizaciones profesionales dedicadas al ejercicio de actividades contables sólo podrán cumplir las funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción correspondiente", y que "no podrán encargarse, en ningún caso, de revisoría, auditoría o interventoría de cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales algunos de los afiliados a tales firmas y organizaciones sea ocasional o permanentemente contador, cajero o administrador", tal artículo, lógicamente, se está refiriendo es a los contadores públicos, pues a éstos se cita no sólo en el mismo artículo sino también en el encabezamiento de la ley, por la que, como ya se dijo, "se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público.
>
> "Esta ley es reglamentaria de la profesión de contador público, pero la misma, a su vez, fue reglamentada mediante el Decreto 1462 de 1961, el que, como es obvio, tenía que armonizar a través de todas sus disposiciones con la norma reglamentada.

"Aunque en el artículo 9o. de este Decreto, al contrario de lo que sucede en casi todos los demás artículos, no se habla de contadores públicos sino simplemente de "firmas u organizaciones de contadores", debe inferirse que se refiere es a firmas u organizaciones de contadores públicos, pues tanto el decreto como la ley hacen referencia es al contador público y no al contador simplemente.

"En este sentido debe interpretarse, pues, en concepto de esta fiscalía, el artículo 9o. del Decreto 1462 de 1961, sin que sea necesario decretar su nulidad para evitar los inconvenientes que se anotan en el libelo.

"En lo que respecta con el artículo 68 de la Resolución número 3 de 1962 emanada de la Junta Central de Contadores, debe observarse que aunque allí también se habla de "firmas u organizaciones profesionales" sin hacer alusión a los contadores públicos, igualmente debe entenderse que se refiere es a esta clase de profesionales, pues expresamente se citan en esta disposición, los artículos 12 de la Ley 145 de 1960 y 9o. del Decreto 1462 de 1961, los cuales, repetidamente se ha dicho, se relacionan con los contadores públicos y no con los que no corresponden a esta esepcificación. Si así se interpretan las normas acusadas, quedan sin base los temores de los demandantes".

Tramitado el juicio en la forma legal sin que se observe causal de nulidad, procede el Consejo a desatar la controversia planteada, previas las siguientes consideraciones.

El artículo 12 de la Ley 145 de 1960, "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público", establece:

"Las firmas u organizaciones profesionales dedicadas al ejercicio de actividades contables solo podrán cumplir las funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas encargadas que hayan obtenido la inscripción correspondiente y no podrán encargarse, en ningún caso, de la Revisoría, Auditoría o Interventoría de Cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales alguno de los afiliados a tales firmas u organizaciones sea ocasional o permanentemente Contador, Cajero o Administrador".

Al tenor de la disposición transcrita, resulta claro que las asociaciones de profesionales dedicados a actividades contables, no pueden adelantar labores propias de los contadores públicos sino "bajo la responsabilidad", como lo expresa textualmente la ley, de una persona que tenga reconocido el carácter de contador público. Y esto resulta apenas natural, pues, mal podría la ley permitir que so pretexto o con ocasión de asociaciones de profesionales simplemente contables, pero que no cuenten con contadores públicos, tales asociaciones pudieran adelantar funciones propias de la contaduría pública, pues, por tal medio se burlaría la ley que cuidadosamente ha querido

reglamentar la forma y requisitos para ejercer la contaduría pública, adscribiéndola exclusivamente al profesional que tenga el carácter de contador público. Por ello y en forma contraria a como lo estiman los demandantes, es lógica consecuencia del artículo 12 de la Ley 145 que la ausencia de un contador público de una organización de profesionales contables la haga "inepta para cumplir funciones adscritas a los contables públicos", para decirlo en los propios términos de la parte actora, como que, de otra manera y como queda dicho, por la vía de la asociación profesional se lograría lo que individualmente la ley prohibe, o sea, el ejercicio de la contaduría pública, sin tener el carácter de contador público. Por esto y como la potestad reglamentaria tiene por finalidad expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, finalidad que, por su propia naturaleza, excluye el que el reglamento sea simple reproducción de la norma reglamentada lo cual la haría inútil, lo dispuesto en el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1462 de 1961 persigue en forma clara la cumplida aplicación del artículo 12 de la Ley 145 al establecer que las asociaciones de profesionales presenten a la Junta Central la lista de personal de contadores a su servicio a fin de verificar si cuentan o no con uno o más contadores públicos bajo cuya responsabilidad puedan adelantar funciones propias de esta actividad profesional. No se advierte, en consecuencia, que la norma reglamentaria desborde su finalidad cual es lograr la cumplida ejecución de la norma reglamentada.

En cuanto a lo dispuesto por la Resolución 3 de 1962 de la Junta Central de Contadores en su artículo 68, la primera parte de esta disposición es en esencia, simple reproducción de lo que establece la norma reglamentaria antes analizada con las consecuencias que se han dejado expresadas. Respecto a la conformidad que la Junta debe expedir para el funcionamiento de las organizaciones de profesionales que cuenten con contadores públicos para adelantar actividades propias de esta profesión y la prevención del Parágrafo único del artículo en cuanto a que las firmas que no obtengan tal conformidad no podrán ejercer tal género de actividades, situación que se presentará cuando no cuenten con contadores públicos, tales previsiones son natural desarrollo del numeral noveno del artículo 15 de la Ley 145 que le asigna a la Junta la función de velar por el cumplimiento del estatuto del contador público y de sus reglamentaciones, sin que la simple circunstancia de haberse incluído tal artículo en la resolución que dice establecer el reglamento interno de la corporación sea bastante para quitarle su legalidad, máxime si se toma en consideración que no obstante el mencionado anuncio de su contenido, la resolución reglamenta conjuntamente el procedimiento para cumplir con la función que le asigna el numeral 4o. del mismo artículo 15, lo que no corresponde exactamente a las reglamentaciones propias del funcionamiento interno de la entidad, no obstante lo cual no podría afirmarse con tal base que se trata de disposiciones ilegales.

Las anteriores razones determinan que tampoco exista vicio de ilegalidad en la resolución ministerial número 1288 de 1962 aprobatoria de la Resolución número 3 de 1962 de la Junta Central de Contadores.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, en acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nonbre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Entre líneas: "no" vale.

Aprobado en sesión del día siete de mayo de mil novecientos setenta y uno.

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

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

A315-IX 1/AN

ACTOS DEL CONSEJO NACIONAL DE POLITICA ADUANERA

REGIMEN DE ADUANAS. Su modificación es atribución constitucional del Presidente, dentro de las normas generales que le señale el Congreso.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Doctor Hernando Gómez Mejía.*

Ref: Exp. número 1823. Autoridades Nacionales.

Actores: César Gómez Estrada, Samuel Hoyos Arango y Guillermo Gamba Posada. Recurso de súplica al auto de 6 de mayo de 1971 expedido por el Consejero Doctor Gustavo Salazar T.

Los Doctores Vicente Rojas Pacheco y Ernesto Anzola Peña como Procuradores Judiciales de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico interpusieron recurso de súplica contra el auto de 6 de mayo de 1971 por medio del cual el Consejero Sustanciador decretó la suspensión provisional de la Resolución número 1 de 26 de enero de 1971 del Consejo Nacional de Política Aduanera.

Los demandantes alegaron para pedir que se mantuviese la suspensión, a la vez que piden aclaración a lo que en ella se dispuso.

Igualmente se recibió un escrito del Doctor Ramiro Araújo Grau quien como parte coadyuvante solicita la confirmación de la providencia impugnada.

Procede la Sala a decidir del mérito del recurso para lo cual se considera:

Por medio de la Resolución 001 de 26 de enero de 1971, el Consejo Nacional de Política Aduanera en uso de las facultades conferidas por los artículos 6o. y 7o. del Decreto Ley 3168 de 1964 procedió a decretar la reestructuración del texto y gravámenes de la posición 87.02 del arancel de aduanas y a armonizar ésta con las posiciones 87.04 y 87.05 del mismo estatuto.

Dice entre otras cosas el Consejero sustanciador en el auto suplicado:

> "Según los demandantes la reforma constitucional de 1968 modificó parcialmente las disposiciones relativas a impuestos de aduanas en cuanto prescribió que es al Presidente de la República a quien corresponde la facultad de modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, ciñéndose a las normas generales que sobre la materia dicte el Congreso de la

República. Y que como la resolución acusada la dictó fue el Consejo de Política Aduanera lo hizo usurpando atribuciones que no le competen.

"Y que además ha debido promulgarse en el Diario Oficial para ser conocida por todos, puesto que se trata de un mandato general, pero no lo fue y por lo tanto no ha podido entrar en vigencia.

"Ciertamente el artículo 65 del Acto Legislativo número 1 de 12 de diciembre de 1968 que corresponde al artículo 205 de la Constitución Nacional, dispuso que las variaciones en la tarifa de aduanas se decretarían por *el Gobierno*, de conformidad con las leyes que contempla el ordinal 22 del artículo 76 y que entrarían en vigencia de acuerdo con lo que prescriban dichas normas.

"*El Gobierno* según el artículo 57 de la Carta, lo constituye el Presidente de la República y los Ministros del Despacho y en cada negocio particular el Presidente de la República y el Ministro del respectivo ramo.

"De tal suerte que por mandato expreso del constituyente de 1968 las variaciones en la tarifa de aduanas es atribución que corresponde exclusivamente al Presidente de la República, la que debe ejercerla de conformidad con las normas generales que al respecto dicte el Congreso Nacional.

"Lo que guarda armonía con la norma del artículo 41 del citado Acto Legislativo que prescribe que corresponde al mismo funcionario como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas prescritas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76.

"Según el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Por tanto las normas que daban competencia a otras autoridades para variar el régimen de aduanas quedaron derogadas a partir del 17 de diciembre de 1968 cuando fue promulgado el Acto Legislativo número 1 de ese año.

"Como la Resolución número 1 de 1971 acusada introduce modificaciones al arancel de aduanas y fue dictada por entidad que carece de aptitud legal para ello, resulta manifiesta la violación de las normas constitucionales arriba citadas ya que, se repite, esa competencia la tiene ahora el Presidente de la República, quien puede ejercitarla dentro de las normas legales vigentes que regulan la materia mientras el Congreso no disponga otra cosa".

Los recurrentes afirman en síntesis, lo siguiente para solicitar la revocatoria del auto anterior:

Que si es evidente que al analizar las disposiciones que atribuyeron en forma exclusiva al Presidente de la República la facultad para modificar el arancel, también es cierto que olvidaron los demandantes que esa atribución quedó

condicionada a las reglas que establecieran las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Que si la nueva atribución del Presidente de la República no puede ser ejercida mientras no se expida la "Ley Cuadro" su ejercicio está condicionado al desarrollo de la función atribuída al Congreso. Que si esa condición no se ha cumplido, no puede entonces otorgársele la virtualidad de aplicarse en contradicción con la legislación preexistente para efecto de darle alcance jurídico derogatorio de las normas anteriores que le sean opuestas "La efectividad de esta atribución está latente en el Ejecutivo y no podrá irrumpir en el orden jurídico con plena eficacia, hasta cuando el Congreso no fije, en ejercicio de sus atribuciones y en Ley regularmente expedida, las reglas a las cuales el Gobierno debá someter el ejercicio de esa atribución tal como lo prevee la Constitución Nacional".

Afirman también los recurrentes que una interpretación como la que se hace en el auto suplicado produciría traumatismos innecesarios en la aplicación de la Reforma Constitucional de 1968 y agregan:

> "Piénsese no más en lo que representa o puede significar para la orientación de la economía nacional la creación de un vacío jurídico con la derogación de las normas legales que sirven de únicos medios o instrumentos jurídicos de que se dispone para orientar la política arancelaria o de precios, por corresponder a funciones atribuídas a organimos administrativos distintos al Presidente de la República, hasta el cumplimiento de la condición futura e incierta de la expedición de las "Leyes Cuadros".

El coadyuvante Doctor Araújo Grau se declara de acuerdo con los argumentos presentados por los demandantes principalmente porque la Constitución posee un efecto reformatorio y derogatorio de la Legislación preexistente según el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887. Pero se pregunta a la vez si el Gobierno podrá ejercer las nuevas atribuciones constitucionales antes de que el Congreso expida "la ley cuadro" prevista en el ordinal 22 del artículo 76 de la Codificación Constitucional y en el 205 de la misma y afirma:

> "Es posible encontrar razones para justificar una respuesta afirmativa o una negativa; pero sería absolutamente antijurídico sostener que la falta de esa ley cuadro, condicionadora tan solo de esa nueva facultad del Gobierno, lleve a contrariar la voluntad del constituyente expresada en los ya citados artículos 41 y 65 del Acto Legislativo de 1968, de que sólo el Gobierno pueda introducirle modificaciones al Arancel de Aduanas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como puede verse tanto de los anteriores planteamientos como de los que hacen los demandantes en el memorial de impugnación al recurso y a los

cuales la Sala habrá de referirse más adelante, el problema reviste cierta complejidad pero por su misma categoría jurídica debe definirse en el auto de suspensión provisional ya que de eludir el punto central de discusión traería graves consecuencias para el orden jurídico que precisamente se busca salvaguardiar en la providencia precautelativa de suspensión, cuando la disposición impugnada viola en forma directa y flagrante una de superior categoría jerárquica. De ahí por qué la Sala se ve en la obligación de hacer un estudio más o menos profundo de dicho problema, sin que pudiera afirmarse que él es propio de la sentencia porque como se anotó antes, la definición del punto crucial relativo a si el Presidente por sí solo puede hoy modificar el arancel aduanero no puede dejarse en estos momentos para la sentencia de mérito.

Transcribimos en primer término las disposiciones constitucionales que se refieren al problema *sub judice:*

> "**Artículo 205.** Las variaciones en la tarifa de Aduanas se decretarán por el Gobierno, de conformidad con las leyes que contempla el ordinal 22 del artículo 76 y entrarán en vigencia de acuerdo también con lo que prescriban dichas normas.
>
> "**Artículo 76.** Corresponde al Congreso hacer leyes.
>
> "Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:. . .
>
> "22. Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: Organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; . . .
>
> "**Artículo 120.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa: . . .
>
> "22. Organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76".

Del examen comparativo entre las tres disposiciones se deduce que al Gobierno corresponde hoy en día la variación en las tarifas de aduana pero se trata de una facultad que no puede ejercerse *ad libitum* sino que está condicionada a la ley general o normativa que dicte el Congreso en desarrollo de la atribución conferida en el ordinal 22 del artículo 76. El asunto en sí es claro y aún parecen aceptarlo los recurrentes aunque ciertamente hay que concluir que sacan de las normas transcritas deducciones que en realidad no son las más apropiadas.

Para darle mayor entendimiento a lo que se buscó con este sistema que fue una de las modificaciones más sustanciales en la Reforma Constitucional de 1968 con relación a las facultades del Presidente de la República, es necesario estudiar la historia o antecedentes de tales disposiciones tal como lo permite el artículo 27 del Código Civil y no porque la ley sea oscura sino porque la trascendencia del problema, las repercusiones económicas que de él surgen y la circunstancia de que estamos en presencia de interpretaciones de una reforma de reciente vigencia, exigen en el fallador o intérprete un cuidado especial para procurar no errar en materia grave.

El tratadista Jaime Vidal Perdomo explicando en su "Tratado Derecho Administrativo General" pág. 342 la manera como se quiso crear en Francia una delimitación de competencias entre el legislador y el ejecutivo habla de varios sistemas y entre ellos el conocido con el nombre de "Leyes Cuadros" según el cual, el Parlamento dicta las reglas fundamentales sobre un punto y el Gobierno las completa mediante decretos.

El exmagistrado de la Sala Constitucional de la Corte Doctor Hernán Toro Agudelo en un opúsculo que publicó, intitulado "Examen de los proyectos sobre Reforma Constitucional", cuya autoridad es evidente por su activa participación en aquélla, se refiere a las leyes normativas en los siguientes términos:

> "Ahora bien: la Reforma Constitucional contempla aparte de las leyes ordinarias para el ejercicio de casi todas las atribuciones del artículo 76, una nueva clase de leyes, a las que no se dió nombre especial, pero que pueden denominarse como orgánicas, normativas o leyes cuadros, a la manera francesa, mediante las cuales el legislador señalará pautas, directrices generales, cuadros de una política, para que con base en las mismas el ejecutivo ejercite, como atribución constitucional propia, con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las leyes que queden dentro de su órbita, la función de dictar normas que aunque conceptualmente sean próximas a una potestad reglamentaria ampliada, no son ya reglamentos particulares y de detalle, para la simple ejecución de la ley como los del artículo 120, numeral 3o. del orden actual. Las leyes cuadros o normativas son distintas a las leyes ordinarias, de la misma manera que los decretos dictados para desarrollar las primeras tienen un carácter diverso a los decretos simplemente reglamentarios, que acaban de citarse. Los primeros tendrán fuerza de ley aunque así no se diga de modo claro porque jurídicamente deben asimilarse a los expedidos en virtud de las facultades del numeral 12 del artículo 76; sólo éstas se otorgan según los tiempos, y las orgánicas o normativas están previstas como estatutos normales, corrientes, siempre presentes". (Pág. 45).

Y más adelante a la página 95 se expresa así:

> "Los numerales 21 y 22 son nuevos, y entrañan una de las modificaciones más sustanciales de la Reforma Constitucional a las facultades del Presidente, pues esas

atribuciones, antes reservadas al Congreso, pasan ahora a la órbita constitucional del Gobierno *aunque condicionadas a leyes muy generales normativas o leyes cuadros,* cuya naturaleza y alcance expusimos brevemente al tratar de los correlativos numerales 9 y 12 del artículo 76 según queda conforme al artículo 11 del primer proyecto". (Se subraya).

En el Mensaje del entonces Presidente de la República Doctor Carlos Lleras Restrepo al Senado, sobre la Reforma Constitucional, dirigido el 26 de agosto de 1966 se expresaba así:

"Dije antes que ciertas materias exigen por su naturaleza rapidez y agilidad en las decisiones. Tal es el caso de las medidas que conciernen al cambio internacional, a los aranceles de aduana y al comercio exterior. El proyecto propone que las decisiones sobre materias de esta clase pasen a ser de la competencia del Ejecutivo, dentro de las reglas que el Congreso mismo les señale por medio de leyes generales y orgánicas". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968 –Presidencia de la República– Secretaría Jurídica. Imprenta Nacional 1969).

En la exposición de motivos al proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Gobierno, decía el entonces Ministro de Gobierno y hoy Presidente de la República Doctor Misael Pastrana Borrero, en 26 de agosto de 1966, entre otras cosas lo siguiente:

"**Artículo 7o.** Las reformas contempladas en el artículo 76 implican una nueva concesión de las atribuciones que corresponden a las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público en el moderno Estado cuando éste ha asumido importantes funciones en los campos económico y social, antes vedadas a los estados no intervencionistas.

"Los cambios propuestos parten de la idea básica de que en materias económicas, fiscales y administrativas el legislador debe limitarse a señalar pautas generales al ejecutivo, dictando únicamente la orientación política en dichas materias (atribuciones novena, diez y veintidós). Es al Gobierno al que corresponde desarrollar y ejecutar esa política, porque es el que cuenta con el personal y los medios técnicos requeridos para dar adecuada y oportuna respuesta a los problemas que la vida contemporánea plantea en los campos señalados, especialmente en los países en vías de desarrollo como Colombia". (Obra citada, página 44).

Y más adelante analizando el artículo 24 del proyecto que contenía las reformas al artículo 120 de la Constitución se expresa así;

"4. Se establece otro numeral nuevo, el 22, que como el anterior, permite al Presidente darle desarrollo y ejecución a las leyes a que se refiere el numeral 22 del artículo 76, cuya razón de ser ya se ha explicado. El texto consagra la ampliación de facultades al Gobierno en las materias económicas y fiscales que allí se enumeran, conforme lo aconseja la moderna técnica constitucional y la experiencia

lo señala. El empleo de estas facultades *no es discrecional del ejecutivo,* pues tiene origen en la ley, *y debe cumplirse dentro del marco que ella determine.* La norma, de otra parte, busca el necesario equilibrio en el cumplimiento de funciones que, por su naturaleza, son compartidas entre las dos ramas del poder". (Obra citada antes, página 52. Subraya la Sala).

En la ponencia para primer debate sobre el proyecto de Acto Legislativo número 46 de 1966, reformatorio de la Constitución Política, hablando de la racionalización del Congreso se expresaba así el Senador Doctor Carlos Restrepo Piedrahita en septiembre 6 de 1966:

"c) La organización del crédito público general, la contratación y arreglo de la deuda nacional, la regulación del cambio internacional y el comercio exterior, así como la modificación de los aranceles y disposiciones relativas al régimen de aduanas son determinadas por normas generales dictadas por el Congreso (Artículo 7o., numeral 22 y artículo 24, numeral 22);

"d) Se propone una vez más la institución de las leyes normativas u orgánicas que el Gobierno ya había insinuado en el proyecto de Reforma Constitucional que presentó al Congreso en 1944 y que cada vez se acreditan como más indispensables y apremiantes". (Obra citada, página 84).

En mensaje del señor Presidente de la República Doctor Carlos Lleras Restrepo al Congreso Nacional, el 20 de julio de 1967, refiriéndose a la Reforma Constitucional en el punto que se estudia se expresó así:

"Trascendental importancia tiene el ordinal 22 del mismo artículo 76 idéntico al propuesto por el Gobierno.

"Dicho ordinal reconoce que corresponde al Ejecutivo las siguientes funciones de carácter fiscal y económico: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. Pero, naturalmente, es el Congreso quien debe dictar, por medio de ley, las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno al ejercer aquellas funciones. El ordinal prevé, pues, una clase de leyes orgánicas, contentivas de "normas generales", para que, dentro de éstas el Gobierno pueda ir manejando fenómenos que por su propia naturaleza exigen soluciones prontas, muchas veces reserva extricta en su preparación, o bien negociaciones para las cuales no siempre resultará razonable prefijar términos inflexibles. Las reformas introducidas por el proyecto al artículo 120 (ordinales 21 y 22) guardan armonía con la norma que se viene comentando.

"En realidad, con respecto a estos puntos como en muchas otras materias, la reforma viene a consagrar, con carácter permanente, un sistema que el Ejecutivo ha tenido que practicar, una y otra vez, ya acogiéndose al régimen de facultades extraordinarias previsto por el ordinal 12 del artículo 76, ya apelando a las del

> Estado de sitio. Frecuentemente se han votado facultades extraordinarias para, por ejemplo, modificar el arancel de aduanas; y cosa semejante ha ocurrido con las reglamentaciones atinentes a los cambios internacionales. Hoy existe ya, contenido en el Decreto Ley 444 de 1967 un estatuto de cambios y comercio exterior y sus normas están inspiradas en el espíritu de la reforma constitucional, puesto que, bajo dicho estatuto, las autoridades monetarias y la Superintendencia de Comercio Exterior manejan conforme a normas generales, la política cambiaria y comercial respectivamente". (Obra citada, página 419).

De las transcripciones hechas se deduce con absoluta claridad que es hoy el Presidente de la República el que tiene la facultad de hacer variaciones en los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, según la Reforma Constitucional de 1968 cuyos antecedentes aparecen muy claros en los textos anteriores, pero el Presidente no puede obrar por sí y ante sí en tal tarea porque concierne primero al Congreso dictar los estatutos generales dentro de los cuales puede moverse el Ejecutivo; sin esas leyes orgánicas, sin esas pautas generales o leyes cuadros para usar la terminología francesa, no puede actuar y por lo mismo si considera de urgencia proveer sobre cualquiera de las materias en que sean indispensables esos estatutos generales, debe pedir al Congreso que legisle o proponer las leyes convenientes en tal sentido.

Esos estatutos generales, o leyes cuadros es lo que podría asemejarse dentro de la Teoría de Gastón Jéze a los "actos condiciones" en el aspecto en que hacen posible o regular el ejercicio de un poder legal. Según el citado autor, el acto de esa naturaleza es condición para que una competencia legal pueda ejercerse; otras para que deba ejercerse. El acto declaratorio de utilidad pública en el proceso de expropiación, es necesario para que se realice la venta forzosa de la propiedad y para que la respectiva autoridad inicie el juicio correspondiente. Allí el acto condición conviene para que pueda ejercerse una facultad legal; algo parecido ocurre con la acción judicial porque de ordinario el juez no puede entrar, por lo menos en el campo civil, a conocer de un negocio sino a petición de parte legítima; en este caso el acto es condición para que la competencia legal deba ejercerse. No importa la persona de donde el acto derive; tenemos, por ejemplo, que el presupuesto de rentas y gastos es un típico acto condición porque es la forma para que se pueda ejercitar regularmente un poder legal de crear obligaciones para los contribuyentes y es así como no se puede cobrar ningún impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni se puede efectuar un gasto no previsto en la ley de apropiaciones.

Dentro de este criterio, el Presidente de la República tiene facultad para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas pero para ello necesita un acto condición, es decir, una

ley general dictada por el Congreso, un estatuto cuadro que le permita realizar esas actividades que en otra forma no puede hacer, así las condiciones sociales o económicas sean las más difíciles.

Como bien se anota en el auto suplicado, según lo preceptúa el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la Legislación preexistente, lo cual significa que, frente a las disposiciones constitucionales analizadas, el Consejo Nacional de Política Aduanera perdió la facultad de introducir modificaciones al arancel de aduanas desde el 17 de diciembre de 1968 en que fue promulgada la Reforma Constitucional de ese año y por eso mismo la resolución materia del juicio es clara, directa y flagrantemente violatoria de la Constitución por lo cual la suspensión provisional decretada es a todas luces conducente.

Pretender como lo sostienen los recurrentes que las normas preexistentes continúen en vigencia, es desconocer no sólo el texto claro de la ley ya citada, sino el principio general y universal de derecho de que la Constitución y sus reformas tienen efecto general inmediato. Las situaciones difíciles que pueden presentarse por esta circunstancia debieron haber sido previstas desde el momento en que la Reforma fue aprobada, pero en manera alguna pueden atribuirse a los juzgadores cuya función es interpretar la ley dentro de una recta hermenéutica que no debe dejarse desviar por los conflictos de hecho que de ella puedan derivarse.

En cuanto al "descomunal desacierto" de que hablan los demandantes al descorrer el traslado en el recurso de súplica en que se dice incurrió el señor Consejero Sustanciador, no lo encuentra así la Sala ni comparte por ese aspecto el pensamiento de los actores porque tal frase obedece a una lectura recortada del auto de suspensión provisional. En efecto: al folio 21 el señor Consejero Sustanciador haciendo alusión al artículo 205 de la Constitución habla de lo que es el Gobierno y luego estampa esta frase que no parece prestarse a ninguna perplejidad: "De tal suerte que por mandato expreso del constituyente de 1968 las variaciones en las tarifas de aduanas es atribución que corresponde al Presidente de la República, *la que debe ejercerla de conformidad con las normas generales que al respecto dicte el Congreso Nacional*". (Se subraya). En parte alguna se dice que el Presidente de la República tiene plenas facultades en materia aduanera.

La Sala considera que la inquietud desacertada de los demandantes ha quedado suficientemente esclarecida en el presente auto, pero para su mayor tranquilidad ratifica que de conformidad con los artículos 120, ordinal 22 y 205, las variaciones en la tarifa de aduanas y las modificaciones arancelarias pueden ser hechas por el Gobierno, pero previo el requisito de la ley cuadro

o estatuto general que dicte el Congreso en desarrollo del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Reconócese a los Doctores Vicente Rojas Pacheco y Ernesto Anzola Peña como partes impugnadoras a nombre de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, respectivamente.

2. Se reconoce como parte coadyuvante, en los términos legales, al Doctor Ramiro Araújo Grau.

3. Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Despacho del H. Consejero Sustanciador.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

Miguel Lleras Pizarro — Hernando Gómez Mejía — Juan Hernández Sáenz.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

CAPITULO SEXTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS
DE AUTORIDADES JUDICIALES

A 316 - XVIII 8/PJ

ACTOS DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS

CARRERA JUDICIAL. Solamente quienes hayan ingresado a ella pueden reclamar sus privilegios.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez.*

Ref: Juicio 1558.

Demandante: Ricardo Arias Jaramillo.

Actos Nacionales.

En demanda presentada por medio de apoderado, el señor Ricardo Arias Jaramillo, formuló ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, las siguientes peticiones:

"**Primero.** Que es nula la Resolución número 002 del 16 de febrero de 1967, y los autos consiguientes, relacionados con ésta, de fechas 27 de febrero y 16 de marzo del corriente año, expedidos por el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, con sede en Manizales, por medio de la cual se destituyó al señor Ricardo Arias Jaramillo, del cargo de Secretario de esa entidad, y asi mismo, que es nulo el nombramiento del nuevo Secretario, efectuado mediante la misma providencia, señor Julio Correa Hoyos.

"Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaratoria, el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, debe reintegrar al señor Ricardo Arias Jaramillo, dentro del término legal, al cargo de Secretario de dicho organismo judicial.

"tercero. Que para los efectos legales, sociales y patrimoniales, así como para toda clase de prestaciones sociales, no ha habido interrupción del tiempo de servicio de mi poderdante como Secretario en el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas y se le reconocerán los sueldos dejados de devengar a partir del 16 de febrero pasado 1967.

"Cuarto. Que por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas se someta al señor Ricardo Arias Jaramillo –Secretario de la Corporación–, una vez ejecutoriada la sentencia respectiva, al régimen disciplinario correspondiente, observando las normas propias de éste, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución Nacional y el Decreto 1698 de 1964".

Según los *hechos* que relata el libelo, el demandante fue nombrado como Secretario del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, por Acuerdo número 1 de julio de 1955, y llevaba 17 años de servicios en diversas ramas de la Administración Pública. Sostiene que "tenía derecho a permanecer en el cargo de Secretario, y a la vez que le respetaran sus derechos dentro de la carrera judicial, hasta tanto se diera exacto cumplimiento al régimen disciplinario establecido por el Decreto 1698 del 16 de julio de 1964, siempre que mediara investigación, que permitiera la formulación y prueba de los cargos respectivos".

Por Resolución número 001 de noviembre 3 de 1966, el Tribunal le aplicó la sanción de apercibimiento, y posteriormente, mediante Resolución número 002 del 16 de febrero de 1967, fue declarado insubsistente su nombramiento, por esa misma Entidad.

El demandante cita las disposiciones infringidas y explica el concepto de la violación, el cual hace consistir, esencialmente, en que para declarar la insubsistencia de su nombramiento, no se siguieron las normas contenidas en el Decreto número 1698 de 1964, sobre régimen disciplinario.

Oportunamente, el actor corrigió la demanda para atacar los actos acusados por falsa motivación y abuso o desviación de poder. También había solicitado la suspensión provisional, siéndole negada por la Sala de Conjueces, formada por impedimento de los Magistrados del Tribunal, decisión que confirmó luego el Consejo de Estado, al ser apelada.

El señor Fiscal del Tribunal en su bien fundado estudio, conceptuó que debían negarse las peticiones de la demanda.

Por sentencia del 21 de octubre de 1968, el *a–quo* negó las súplicas formuladas en el libelo, de acuerdo con lo solicitado por el Agente del Ministerio Público.

El Tribunal fundamenta su decisión en las razones que en seguida se transcriben:

> "El punto neurálgico del caso *sub judice*, se concreta a establecer si la Corporación mantiene "la facultad de remover libremente al personal auxiliar de su dependencia que no esté escalafonado en la carrera judicial o que tenga período fijo" y, si es necesario adoptar el procedimiento disciplinario establecido en el Decreto 1698 de 1964, piedra angular en que apoya el actor sus peticiones. En providencia del 28 de agosto de 1967, que aparece al folio 51 y siguientes del expediente, dijo esta Corporación, entre otras cosas, lo siguiente: . . . "lo más prudente es analizar si el señor Arias Jaramillo tiene el carácter de empleado inamovible por estar incrustado dentro de la carrera judicial, o en su defecto, queda cobijado por la excepción

prevista en el numeral 3o. del artículo 73 del C. Contencioso Administrativo. El Decreto 1698 de 1964, que ha servido de base primordial para los pedimentos de la demanda, es claro, expreso y contundente. Por parte alguna de su articulado, se dice que los secretarios de los Tribunales y subalternos en general de las Ramas Jurisdiccional y Contencioso Administrativo, están incorporados dentro de la carrea judicial. El artículo 6o. del Decreto 1698 de 1964, dice en su parte pertinente: "Además de los requisitos y calidades especiales establecidos por la Constitución o la Ley, en cada caso, para pertenecer a la carrera judicial se exigen las siguientes condiciones generales: . . . *Haber sido nombrado por concurso"* (Se subraya).

"El demandante Arias Jaramillo, fue promovido al cargo de Secretario del H. Tribunal Administrativo de Caldas, mediante concurso previo? Negativa es la respuesta. Y ello es lógico. Porque el ingreso de los empleados subalternos del poder judicial, y más concretamente, de los de la Rama Contencioso Administrativa, a la carrera judicial, no está consagrado en norma alguna, y el legislador parece, que cuando las circunstancias lo aconsejen, reglamentará tal hecho. Así se desprende de la simple lectura del inciso segundo del artículo 23 del tantas veces citado Decreto 1698 de 1964, que a la letra expresa: "A medida que las circunstancias lo aconsejen, *el Gobierno podrá organizar concursos para el nombramiento de los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional y de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el objeto de incorporarlos a la carrera judicial".* De donde podemos colegir con entera certeza, que el demandante Ricardo Arias Jaramillo, no pertenece a la carrera judicial, y como consecuencia lógica, no es inamovible, sino un funcionario de libre nombramiento y remoción del Tribunal, conforme al artículo 79, numeral 6o. del C. Judicial, en armonía con el artículo 45 del C. Administrativo. . . "Sería peligroso y perjudicial en sumo grado para la adecuada administración de justicia e inaudito pretender, como lo hace el demandante, que debió observarse, en el caso del señor Arias Jaramillo, el procedimiento indicado en el artículo 27 del Decreto 1698 de 1964. Un superior que en forma objetiva y directa se de cuenta de la falta cometida por un subalterno de su libre nombramiento y remoción, como en el caso *sub judice,* debe sancionarlo inmediatamente, sin rodeos ni ambajes, en bien de la misma justicia. Es absurdo pensar, que después de un conocimiento personal y directo de la falta cometida, tenga que tolerar al subalterno incumplido, incompetente o venal, hasta que la investigación finalice e imponer las sanciones disciplinarias gradualmente. Esto sería lesivo para los intereses de la sociedad".

"Tan evidente es que el señor Arias Jaramillo, y en general, los subalternos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no gozan ni gozaban de inamovilidad, no están ni estaban en la carrera judicial, que según se lee en los anales del Congreso del 31 de enero de 1967, página 142, en el Senado de la República cursó el proyecto de Ley número 80, "por el cual se organiza la estabilidad de los secretarios y demás subalternos de la Rama Jurisdiccional del Poder Público". Su artículo primero es del siguiente tenor: "A partir de la vigencia de esta Ley, los Secretarios y demás subalternos de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de los Juzgados Superiores, de los Juzgados de Menores, de los Juzgados del Circuito, de los Juzgados Municipales y los de la Jurisdicción Contecioso Administrativa, siempre que hayan prestado sus servicios a la Rama

Jurisdiccional por un lapso no inferior a cinco años (5), serán inamovibles en sus puestos y sólo podrán ser removidos de los mismos, por las causas y mediante el procedimiento que señalan los artículos 29, 41, 43, 44 y siguientes del Decreto Ley 1698 de 1964". El ponente de este proyecto, Senador Francisco Eladio Ramírez, conceptuó que debía suspender indefinidamente su discusión, por las siguientes razones: ". . . La inamovilidad de los empleados impuesta por Ley, es a mi juicio, asaz peligrosa. En cuanto el subalterno sepa que sólo puede ser removido mediante el proceso de comprobación de unas causales de improbidad, de mala conducta, en general no será eficaz colaborador de su superior, y se tornará díscolo, perezoso, inoperante. En la Rama Jurisdiccional los empleados capaces y honestos se perpetúan, porque requieren una formación especializada que no se encuentra fácilmente. . . " "Las anteriores razones las acogemos sin reparo alguno".

"Estos argumentos siguen vigentes plenamente. No se ha presentado hecho alguno en este trámite procesal, que pueda modificar el criterio expuesto por el Tribunal en los apartes del auto preinserto. Las pruebas obrantes en juicio están encaminadas unas, a demostrar la buena conducta del señor Arias Jaramillo, y otras, hacen referencia a procedimientos adoptados en casos similares por el Tribunal Superior de Manizales. Ya el señor Fiscal analizó las primeras certeramente. Compartimos su criterio plenamente. En cuanto a los procedimientos adoptados por el H. Tribunal Superior de Manizales, con respeto disentimos de ellos. Pues si el subalterno no está adscrito a la carrera judicial ni tiene período fijo, es de libre nombramiento y remoción. Al sancionar disciplinariamente el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas al entonces Secretario de la Corporación señor Ricardo Arias Jaramillo, con la destitución del empleo, simplemente ejercitó una atribución legal. El H. Consejo de Estado en providencia calendada el 30 de noviembre de 1967, que aparece a folio 74 y siguientes del expediente, dice en uno de sus apartes: "Simplemente observa esta Sala, (basándose en las disposiciones del Decreto 1698 de 1964 que el propio Tribunal cita en respaldo de las Resoluciones por las cuales impuso a su entonces Secretario Arias Jaramillo la sanción de apercibimiento el 3 de noviembre de 1966 y la de 'insubsistencia del nombramiento' el 16 de febrero de 1967): Que dicha Corporación ejercitó la atribución de sancionar disciplinariamente a su inmediato subalterno consagrada en el artículo 41 por faltas previstas en el numeral 6o. del artículo 43 y le impuso la sanción más grave de las previstas en el artículo 44 del citado Decreto, o sea la de "destitución del cargo", aunque empleó para ello la expresión que se acostumbra cuando se ejercita únicamente la facultad de desinvestir de su empleo a un subalterno de libre nombramiento y remoción sin expresar motivos".

El fallo de primera instancia subió en apelación ante el Consejo, recurso que ha sido tramitado en legal forma, hasta encontrarse en firme el auto que cita a las partes para sentencia, la cual se procede a dictar, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado opinó, en su concepto de fondo, que debían anularse los actos impugnados, por ser violatorios del artículo 26

de la Constitución Nacional y de los artículos 49 y siguientes del Decreto número 1698 de 1964. Como acertadamente lo anotó el Tribunal, el punto esencial que debe estudiarse y decidirse en este juicio, es el de determinar si el funcionario destituído era o nó de libre nombramiento y remoción.

La demanda no aduce, y en realidad no existe, disposición alguna que consagre en favor de los Secretarios de los Tribunales Contencioso Administrativos, el derecho a la inamovilidad relativa.

El fundamento principal que expone el apoderado del actor, consiste en que para declarar insubsistente el nombramiento del señor Ricardo Arias, no se siguió el procedimiento establecido por el Decreto 1698 de 1964.

Al respecto debe observarse que para tener derecho a las prerrogativas que en tal estatuto se consagraron en favor de los empleados de la Rama Jurisdiccional, es indispensable que el repectivo funcionario pertenezca a la Carrera Judicial, circunstancia que no se encuentra demostrada en el caso de autos. Si ello no fuera así, querría decir que todos los servidores públicos estarían amparados por el fuero de la inamovilidad relativa que estatuyen las normas sobre servicio civil y carrera administrativa; pero es sabido que para adquirir esos derechos se requiere que el empleado haya ingresado a esta última, por concurso o por los medios que expresamente determine la Ley. Ahora bien, respecto de aquellos que no figuran como escalafonados o inscritos en dicho estatuto, la Administración conserva la facultad discrecional de nombrarlos y removerlos, libremente, sin ningún procedimiento previo. Es éste, exactamente, el caso del demandante, quien no comprobó haber ingresado a la Carrera Judicial, hecho que no le permite acogerse a ella para reclamar los privilegios que allí se establecen.

En relación con la falsa motivación que alega el demandante, es conveniente recordar la jurisprudencia de esta Entidad, según la cual la Administración, cuando tiene la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios públicos no necesita motivar sus providencias, pero si lo hace, los hechos que las fundamenten, deben ser ciertos.

En el presente juicio, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y con las propias afirmaciones de la demanda, se infiere que las razones aducidas en la Resolución acusada, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del Secretario del Tribunal, relacionadas con sus continuas faltas al trabajo, son evidentes. De manera que por este aspecto tampoco podrían prosperar las pretensiones del actor, pues aunque el Tribunal no estaba obligado a manifestar los motivos que tuviera para tomar su determinación, por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción, el que invocó en la providencia impugnada, ha resultado cierto,

por lo cual no es necesario, entonces, entrar a examinar si era o nó suficiente para aplicar al demandante la sanción de insubsistencia del cargo que desempeñaba.

Bastan los anteriores razonamientos para que esta Sala considere que el acto acusado no es violatorio de las disposiciones legales invocadas en el libelo. De consiguiente, está de acuerdo con la sentencia apelada, proferida en la primera instancia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia dictada por la Sala de Conjueces del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, con fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión verificada por la Sala, en marzo veinticinco de mil novecientos setenta y uno.

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

Susana M. de Echeverri
Secretaria.

CAPITULO SEPTIMO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

A 317/AN

SUSPENSION PROVISIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

QUIMICOS FARMACEUTICOS. Suspensión provisional del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1962, pero solamente en cuanto dice: "... se preferirá, en primer término...".

Consejo de Estado – Sala de lo Contecioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1572.

El Doctor Jaime Arteaga Carvajal, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del C. C. A., solicita se declare la nulidad del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la Ley 23 de 1962 estatuto orgánico de la profesión de Químico Farmacéutico, pero sólo en cuanto dice: "... se preferirá, en primer término...".

Pide asimismo la suspensión provisional de la norma acusada.

Para decidir acerca de la suspensión provisional, se considera:

a) El artículo 7o. de la Ley 23 de 1962 dispuso:

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

b) Al reglamentar este artículo 7o. de la Ley 23 de 1962, el Decreto 1950 de 1964, dispuso en su artículo 27:

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

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

a) El artículo 7o. de la Ley 23 impone a la Administración Pública una obligación perentoria, cuando le ordena que, en la designación de su

personal, exigirá al candidato estar legalmente autorizado para ejercer la profesión de químico farmacéutico en virtud de título universitario. Esto significa que la Administración no puede válidamente nombrar a una persona que no tenga un título universitario de farmacéuta reconocido por el Gobierno Nacional.

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

A primera vista, pues, el Decreto Reglamentario cambió el imperativo de la ley por una mera preferencia. Y de esta manera, *prima facie,* el artículo acusado viola la disposición del artículo 7o. de la ley reglamentada, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional.

Por todo lo dicho, la suspensión provisional está llamada a prosperar.

Por otra parte, como la demanda se ajusta a los requisitos legales exigidos por la ley, ha de admitirse. En consecuencia se dispone:

1. Admítese la anterior demanda de nulidad del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la Ley 23 de 1962, que promueve en nombre propio el Doctor Jaime Arteaga Carvajal;

2. Notifíquese personalmente la aceptación de la demanda al señor Agente del Ministerio Público;

3. Comuníquese al Gobierno Nacional por medio de los Ministros de Salud Pública y Educación;

4. Fíjese el negocio en lista para que el Ministerio Público, las partes y demás personas que tengan derecho a coadyuvar o impugnar la acción puedan ejercitar los derechos que la ley les confiere;

5. Suspéndese provisionalmente el artículo 27 del Decreto Reglamentario número 1950 de 1964, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1962, pero solamente en cuanto dice: ". . . se preferirá, en primer término. . .".

Notifíquese.

Lucrecio Jaramillo Vélez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

QUIMICOS FARMACEUTICOS. Suspensión provisional del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1962, pero solamente en cuanto dice: ". . . se preferirá, en primer término. . . ".

Consejo de Estado – Sala de lo Contecioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio diecisiete de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1572.

El Doctor Jaime Arteaga Carvajal, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del C. C. A., solicita se declare la nulidad del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la Ley 23 de 1962 estatuto orgánico de la profesión de Químico Farmacéutico, pero sólo en cuanto dice: ". . . se preferirá, en primer término. . . ".

Pide asimismo la suspensión provisional de la norma acusada.

Para decidir acerca de la suspensión provisional, se considera:

a) El artículo 7o. de la Ley 23 de 1962 dispuso:

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

b) Al reglamentar este artículo 7o. de la Ley 23 de 1962, el Decreto 1950 de 1964, dispuso en su artículo 27:

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

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

a) El artículo 7o. de la Ley 23 impone a la Administración Pública una obligación perentoria, cuando le ordena que, en la designación de su

personal, exigirá al candidato estar legalmente autorizado para ejercer la profesión de químico farmacéutico en virtud de título universitario. Esto significa que la Administración no puede válidamente nombrar a una persona que no tenga un título universitario de farmacéuta reconocido por el Gobierno Nacional.

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

A primera vista, pues, el Decreto Reglamentario cambió el imperativo de la ley por una mera preferencia. Y de esta manera, *prima facie,* el artículo acusado viola la disposición del artículo 7o. de la ley reglamentada, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional.

Por todo lo dicho, la suspensión provisional está llamada a prosperar.

Por otra parte, como la demanda se ajusta a los requisitos legales exigidos por la ley, ha de admitirse. En consecuencia se dispone:

1. Admítese la anterior demanda de nulidad del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, por medio del cual se reglamentó la Ley 23 de 1962, que promueve en nombre propio el Doctor Jaime Arteaga Carvajal;

2. Notifíquese personalmente la aceptación de la demanda al señor Agente del Ministerio Público;

3. Comuníquese al Gobierno Nacional por medio de los Ministros de Salud Pública y Educación;

4. Fíjese el negocio en lista para que el Ministerio Público, las partes y demás personas que tengan derecho a coadyuvar o impugnar la acción puedan ejercitar los derechos que la ley les confiere;

5. Suspéndese provisionalmente el artículo 27 del Decreto Reglamentario número 1950 de 1964, por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1962, pero solamente en cuanto dice: ". . . se preferirá, en primer término. . . ".

Notifíquese.

Lucrecio Jaramillo Vélez.

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

Ø 318 /AN

SUSPENSION PROVISIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LAS VENTAS. Suspensión provisional del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971 sobre liquidación del impuesto a las ventas.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., junio veintiseis de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Sustanciador: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

El Doctor Juan Rafael Bravo Arteaga, en demanda que es admisible legalmente, pide que se suspenda provisionalmente y se anule después el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971, por cuanto, en su sentir, viola de modo ostensible lo preceptuado por los artículos 120, ordinal 3o. y 76, ordinal 13 de la Constitución, 4o. del Decreto Ley 3288 de 1963 y 13, ordinal H, del Decreto Ley 435 de 1971.

Lo primero, porque estima que la norma acusada agrega conceptos nuevos no contenidos en el texto legal, es decir, rebasa los alcances de la potestad reglamentaria atribuída al Presidente de la República por el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución. Y porque esos conceptos nuevos le restan claridad a la ley tributaria y viola, en consecuencia, el artículo 76, ordinal 13, de la misma Constitución que, para el demandante, prevé que la ley tributaria es la fuente de la obligación del contribuyente y, por lo tanto, debe ser general y clara, en guarda del derecho que éste tiene a conocer exactamente las bases sobre las cuales ha de ser gravado.

Lo segundo, porque mientras el artículo 13, ordinal H, del Decreto Ley 435 dispone que el impuesto a las ventas, en la hipótesis que regula, debe calcularse con base en el precio convenido por los contratantes y el artículo 4o. del Decreto Ley 3288 establece por vía general que la base para liquidar ese tributo es el total de lo pagado o de lo que deba pagar el comprador, el texto acusado agrega que dicho precio básico no puede ser inferior al comercial en la fecha de la transacción respectiva, adición que, para el demandante, contradice en forma clara aquellas regulaciones legales, porque les introduce un elemento nuevo, el llamado valor comercial, que no esta definido en parte alguna y cuyo monto no depende del libre acuerdo de voluntades del comprador y el vendedor sino de factores extraños a ellos.

Estas son, en síntesis, las reflexiones que contiene el libelo para fundamentar la solicitud de suspensión provisional, que habrá de analizarse ahora, previa la transcripción de las normas invocadas, para mayor claridad en el estudio.

Dicen así estas normas, en lo pertinente:

"I. **Decreto Ley 3288 de 1963. Artículo 4o.** "la base para la liquidación del impuesto será el total de lo pagado o de lo que debe pagar el comprador; por consiguiente, en dicho total quedan incluídos los gastos de financiación, accesorios, acarreos, empaques, etc.

"II. **Decreto Ley 435 de 1971. Artículo 13.** Ordinal H – "H) Se causará impuesto a las ventas por el simple hecho de la importación directa por parte de personas naturales o jurídicas o por entidades de Derecho Público. La liquidación se hará por las autoridades de Aduana, y lo pagará el importador conjuntamente con los derechos arancelarios, sobre la misma base gravable de éstos más tales derechos. En el caso de venta posterior de estos productos, se causará el impuesto sobre el precio convenido por los *contratos,* (sic) deduciendo el impuesto inicialmente pagado en el momento de la importación, en la forma prevista en las disposiciones vigentes";

"III. **Decreto Reglamentario 591 de 1971. Artículo 2o.** Cuando se anajenen los artículos importados, el impuesto se causará de acuerdo con lo establecido por el artículo 1o. del Decreto número 1595 de 1966. La base para la liquidación será el precio convenido por los contratantes, el cual no podrá ser inferior al comercial en la fecha de la transacción. En este caso se descontará el impuesto pagado en las oficinas de aduana del que se liquide con ocasión de la enajenación de los artículos importados, en la forma establecida por el artículo 23 del Decreto número 1881 de 1966".

No se requiere ningún esfuerzo intelectual para encontrar que existe discrepancia manifiesta entre lo estatuído por el artículo 13, ordinal H, del Decreto Ley 435 y la norma acusada que intentó reglamentarlo, porque mientras el primero tiene como base para liquidar el impuesto sobre las ventas el precio estipulado libremente por los contratantes, sea cual fuere su monto, el reglamento pretende admitirlo solamente cuando no es inferior "al comercial en la fecha de la transacción", según reza su texto.

Esta restricción al principio establecido por la ley incluída en la norma acusada implica un claro desbordamiento de la potestad reglamentaria, que permite al Presidente de la República expedir las órdenes, decretos y resoluciones "para la cumplida ejecución de las leyes", pero sin alterar el sentido ni los alcances propios de ellas.

Se impone, por lo tanto, acceder a la suspensión provisional impetrada.

1. Por lo tanto, se admite la demanda que antecede y se ordena:

a) Notificarla al señor Agente del Ministerio Público;

b) Comunicarle su admisión al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, enviándole copia de este auto;

c) Fijar el asunto en lista por el término legal.

2. Suspéndese provisionalmente el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971, objeto de la presente acción.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cumplase.

Juan Hernández Sáenz.

Hernando Franco Rojas
Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

A319-X4/AN

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

ORDENANZAS

IMPUESTOS. Facultades del Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en materia impositiva.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., mayo diecinueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía.*

Ref: Expediente número 1655.

Impuestos. Actor: Doctor Fernando González Mutis. Apelación de la sentencia de 6 de agosto de 1970 del Tribunal Administrativo de Santander.

El abogado Fernando González Mutis, en ejercicio de la acción pública, demandó la Ordenanza número 98 de 12 de diciembre de 1968, expedida por la Asamblea Departamental de Santander por medio de la cual se le concedieron unas facultades a los Concejos en materia de impuestos sobre la extracción de ciertos minerales.

HECHOS

La Asamblea de Santander en la Ordenanza demandada facultó a los Municipios del Departamento, cualquiera que fuere su población y capacidad fiscal, para cobrar impuestos hasta de diez pesos ($10.oo) por cada tonelada de mineral de carbón, caolín o yeso que se extraiga dentro de la respectiva comprensión municipal, de conformidad con las escalas que al reglamentar dicho acto fije el Gobierno Departamental. Dicho estatuto fue sancionado por el Gobernador el 12 de diciembre de 1968 y publicado en el número 9455 del 13 de diciembre del mismo año de la "Gaceta de Santander" órgano de publicidad de los actos del Gobierno Departamental.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como especialmente violados los artículos 187, 191 y 197 de la Constitución Nacional; 97 y 169 del Código Político y Municipal ". . . que fijan, por vía general, la extensión, el límite y la subordinación a la ley, de las atribuciones, funciones y facultades de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, y dentro de cuyas enunciaciones no se halla incluída, directa ni indirectamente, la de crear o autorizar libre y discrecionalmente (sic), como lo hizo la Asamblea de Santander, el impuesto municipal en referencia; . . . ".

Considera el actor que el estatuto enjuiciado viola también los artículos 1o. y 7o. de la Ley 97 de 1913, "toda vez que si por el segundo de tales artículos se permitió a las Asambleas Departamentales autorizar a los Municipios", "según la categoría de éstos", para "*imponer las contribuciones a que esta ley* se refiere", es forzoso advertir que dentro de dichas contribuciones, enumeradas taxativamente por el artículo 1o., no se encuentre incluído, pero ni siquiera insinuado, el gravamen a la extracción de los minerales de "carbón, caolín o yeso" de que trata la Ordenanza acusada, y que son enteramente distintos de la "arena, cascajo y piedra", cuya extracción, no de cualquier fuente o lugar ni en cualquier forma –como lo permite o autoriza la Ordenanza– sino "de los cauces de los ríos y arroyos" y "sin perjudicar el laboreo legítimo de las minas y el aprovechamiento legítimo de las aguas, autoriza la expresada ley" (Subrayas y comillas del demandante).

Viola también las Leyes 72 de 1926, artículo 6o. y 89 de 1936, artículo 1o. lo mismo que las Leyes 195 de 1966 artículo 1o. y 63 de 1938 artículo 1o., porque las autorizaciones expresamente limitadas al Municipio de Bogotá, a los que fueren capitales de Departamento o tuvieren un presupuesto anual no inferior a $300.000.oo según el caso, era necesario desarrollarlas "dentro de la Constitución y las Leyes", por lo cual la Ordenanza demandada violó también esas leyes en cuanto al autorizarse los impuestos, no se ciñó a las disposiciones legales y constitucionales.

Y finalmente, agrega, que se violó también el artículo 98 del Código Político y Municipal que prohibe a las Asambleas imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravados por la ley.

De acuerdo con el concepto de su fiscal, el Tribunal de Santander accedió a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de la Ordenanza enjuiciada. Contra esta providencia interpuso recurso de apelación, por intermedio de apoderado, el señor Gobernador de Santander pero no lo sustentó en la segunda instancia. En cambio, la parte actora se hizo representar ante el Consejo de Estado por el Doctor Alberto Arias Gutiérrez quien alegó para solicitar, con muy juiciosas consideraciones jurídicas, la confirmación del fallo. Agotado como está el trámite de la segunda instancia, procede el Consejo a decidir:

El señor Fiscal 3o. del Consejo Doctor Bernardo Ortiz Amaya, en su Vista, es de parecer que la sentencia recurrida debe revocarse y para ello expone las siguientes consideraciones:

> "Cuando la Constitución, en sus artículos 191 y 197, expresa que las Asambleas podrán imponer contribuciones "con las condiciones y dentro de los límites que fije la Ley" y que entre las atribuciones de los Concejos, "que ejercerán conforme a la

> Ley", está la de votar, "en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las contribuciones y gastos locales", no indica que estas dos últimas Corporaciones, para imponer tributos, necesitan autorización expresa de la ley o de ésta y de las ordenanzas porque el artículo 43 de la Carta claramente les otorga facultades impositivas.
>
> "Las expresiones "que ejercerán conforme a la Ley", y "en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas" llevan implícitas el principio de la jerarquía de las normas jurídicas. En materia tributaria, el Congreso, las Asambleas y los Concejos gozan de atribuciones similares; pero es evidente que las disposiciones de la Ley, deben primar sobre las determinaciones de las Ordenanzas y de los Acuerdos, pues que aquélla rige en toda la Nación y éstos en los respectivos Departamentos y Municipios. Así, por ejemplo, el artículo 97, ordinal 3o. del C. de R. P. y M. al prohibir a las Asambleas que graven artículos que sean materia de impuestos de la Nación, no hace otra cosa que reafirmar ese principio. El mismo Congreso, a pesar de tener amplias facultades impositivas, debe legislar dentro de los límites de la Constitución".

Pero en el supuesto de que las Asambleas y Concejos, para desarrollar las atribuciones que les confiere el artículo 43 de la C. N., necesitan autorización legal, debe observarse que tal autorización existe. En efecto, el artículo 195 del C. de R. P. y M. dispone:

> "Las Asambleas Departamentales fijarán los impuestos que pueden establecer los Municipios, sin permitirles gravar objetos gravados por el Estado, y pueden aquéllos ceder a éstos el todo o parte de los que les corresponden conforme a las Leyes.
>
> "Los impuestos existentes hoy se conservarán mientras las Asambleas determinen lo conveniente".

De acuerdo con lo anterior, forzosamente debe concluirse que las Asambleas estarían impedidas para gravar la extracción de carbón, yeso o caolín o para autorizar a los Concejos que establecieran un gravamen semejante, si la extracción de dichos productos fuera objeto de impuestos nacionales.

Ahora bien, como la Fiscalía no ha encontrado disposición alguna mediante la cual la Nación grave la extracción del carbón, caolín o yeso, considera que, dado el mandamiento contenido en el artículo 195 del C. de R. P. y M., la Ordenanza número 98 (12 de diciembre de 1968), dictada por la Asamblea Departamental de Santander, es inobjetable y, por lo tanto, conceptúa que la sentencia recurrida debe ser revocada".

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Dice el artículo 43 de la Constitución: "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán

imponer contribuciones. (Artículo 6o. del Acto Legislativo número 3 de 1910)". La lectura de este artículo y su presentación, da en apariencia la idea de que las tres Corporaciones, a saber: el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, tienen autonomía impositiva, pero tal idea no tiene verdadera sustentación constitucional si, aparte de esta disposición, se analizan otras de la misma Carta Fundamental que con ellas se relacionan directamente y hasta cierto punto la explican y concretan en una forma más clara.

Es así como el artículo 191 de la Carta preceptúa:

> "Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponden, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley. (Artículo 56 del Acto Legislativo número 3 de 1910)".

Por su parte dice el artículo 197:

> "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes.
> . . .
> "2. Votar, en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

Como es sabido, las Asambleas y los Concejos son corporaciones netamente administrativas a quienes corresponde dirigir dentro de su órbita propia y de acuerdo con las facultades que la ley les ha concedido, la acción administrativa departamental y municipal, de ahí porque aunque no es infrecuente la denominación que el vulgo les da de cuerpos legislativos departamentales y municipales, no por ello es menos inexacta e injurídica tal expresión porque es un hecho que la Constitución ha radicado en el Congreso, de acuerdo con los artículos 43 y 76, la exclusiva función legislativa. Bien conocido es también el hecho de que históricamente es al Organo Legislativo a quien corresponde la función impositiva, que es casi la razón de su existencia por lo menos en los primitivos tiempos y dentro de un criterio estrictamente democrático, hasta el punto de que hay constitucionalistas que han llegado a sostener, (tesis que no ha prosperado) que el legislador no puede entregar al Presidente de la República ese derecho por medio de facultades extraordinarias; esta tesis que no deja de impresionar hondamente por lo atractiva y porque no siempre las facultades extraordinarias en materia impositiva se ejercen con justicia y equilibrio, no ha tenido sinembargo aceptación entre nosotros.

Siendo entonces las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales corporaciones administrativas y dada la facultad exclusiva que la

Constitución otorga al Congreso para ejercer la función legislativa y en último término también la impositiva, es un hecho evidente que ambas corporaciones están completamente subordinadas, sujetas, atadas a lo que la ley autorice en materia de creación de impuestos porque, como ya se anotó, el artículo 191 de la Constitución autoriza a las Asambleas para establecer contribuciones "con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", es decir, que es la ley la que debe fijar la manera, la forma, el tiempo y en general dar la autorización para crear impuestos de categoría departamental; en este orden de ideas más subordinados están los Concejos, porque su órbita impositiva debe conformarse a lo que sobre el particular determinen la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, lo cual significa, en otros términos, que si la Ley y las Ordenanzas no han autorizado a los Concejos para establecer contribuciones, tales corporaciones no pueden actuar mientras no haya una norma positiva que les dé la atribución. (Artículo 197 regla 2a.).

Esto significa que una Ordenanza Departamental, en forma autónoma e independiente de la Ley, no puede autorizar a los Concejos para la creación de impuestos o contribuciones y ello por la muy elemental razón de que si la Asamblea por si misma no tiene poder y autonomía para establecer tributos sino tanto en cuanto la ley dé las atribuciones respectivas, mal podría abrogarse esa facultad de que carece para otorgársela a los Concejos.

Como síntesis de lo dicho puede afirmarse que de conformidad con los artículos 43 y 76 de la Constitución de Colombia, la función legislativa e impositiva corresponde exclusivamente al Congreso, aunque naturalmente en casos excepcionales aquél puede dar facultades al Presidente de la República para ejercer esa función, pero sin que con ello se desvirtúe la esencia del principio. La aparente capacidad o función impositiva que el mismo artículo 43 da a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales sólo resulta de una interpretación aislada de este artículo, porque esa función aparece subordinada en cuanto a las Asambleas Departamentales por el artículo 191 a las condiciones y límites que fije la Ley y en cuanto a los Concejos, a las condiciones, límites y atribuciones que señalen la Constitución, la Ley y las Ordenanzas.

Esto significa, presentado el problema de otra forma, lo siguiente: En Colombia sólo pueden establecerse impuestos o contribuciones por disposición de la ley. Las Asambleas Departamentales sólo pueden crear impuestos o tributos, cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que ella misma le impone, por lo mismo, no pueden autorizar a los Concejos para crear impuestos si a su turno no han sido autorizadas para ello por una ley. Los Concejos Municipales sólo pueden establecer contribuciones cuando los autorice la Constitución, la Ley o las Ordenanzas en los casos en que éstas sean necesarias.

No sobra agregar, como argumento de refuerzo, que de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución los departamentos tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales pero "con las limitaciones que establece la Constitución..." y ya vimos que ese límite en materia impositiva está fijado por la ley; del mismo artículo se deduce que la tutela administrativa para "planificar" y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, que los Departamentos tienen sobre los Municipios, sólo puede hacerse operante en los términos que las leyes les señalen. Por lo tanto las Ordenanzas que permitan a los Concejos crear impuestos destinados al desarrollo regional y en general para atender a la marcha administrativa del municipio, tienen a su turno que estar autorizadas por las leyes.

No comparte por esto el Consejo los argumentos de su Fiscal antes transcritos y considera por lo mismo que su tesis fundamentada en el artículo 196 del Código Político y Municipal está suficientemente refutada con lo que atrás se expuso, porque allí también hay un argumento de apariencia; en efecto: si es verdad que como lo dice esa disposición "Las Asambleas Departamentales fijarán los impuestos que pueden establecer los Municipios,..." no debe olvidarse que antes de que el Código Político y Municipal dijera eso ya la Constitución había dicho que las Asambleas podían establecer contribuciones dentro de los límites fijados por la ley, luego el artículo 196 del Código Político y Municipal está forzosamente subordinado a lo preceptuado por la Constitución y la ley, en forma tal, que debidamente interpretado quedaría así: —Las Asambleas Departamentales fijarán los impuestos que pueden establecer los municipios, dentro de los límites que fije la ley—, sin permitirles gravar objetos gravados por el Estado, y pueden aquéllas ceder a éstos el todo o parte de lo que les corresponda conforme a la leyes.

Y esto sin dejar de advertir que dicho artículo está derogado para muchos Municipios del país por virtud de lo dispuesto en las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936. En virtud de la primera, se le concedió al Concejo de Bogotá la facultad de crear, sin autorización de la Asamblea Departamental, los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y la ley. La Ley 89 en su artículo 1o. extendió las facultades dadas al Municipio de Bogotá, con excepción del artículo 3o., de la Ley 72, a los Municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos; el artículo 2o. extendió asímismo a los demás municipios que sean capitales de Departamento o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos los beneficios de la ley anotada con excepción de los contenidos en los artículos 31 y 51 que por cierto nada tienen que ver con la facultad impositiva. El artículo 41 de la Ley 2a. de 1943 extendió esos privilegios a los Municipios de las Intendencias y Comisarías.

De acuerdo con lo anterior cuando la Ordenanza número 98 de 12 de diciembre de 1968, expedida por la Asamblea Departamental de Santander facultó a los Municipios del Departamento para cobrar impuestos por la extracción de carbón, caolín y yeso, sin estar autorizada por la ley, violó la Constitución y por ello debe confirmarse la sentencia apelada.

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 apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de mayo diecinueve de mil novecientos setenta y uno.

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

Hernando Franco R.
Secretario.

A 320 - I 6 / AN

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ANTIOQUIA

ORDENANZAS

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS E INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN O FUNDACIONES DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL. Régimen Jurídico colombiano anterior y posterior a 1968. Creación, modificación, clasificación y definición. Naturaleza jurídica de la Beneficencia de Antioquia.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Bogotá, D.E., junio ocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1141. Apelación de la sentencia de 7 de septiembre de 1970 del Tribunal Administrativo de Antioquia, nulidad de la Ordenanza número 4 de 28 de noviembre de 1967, de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Actor: Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia.

El Doctor Guillermo Londoño Hernández, obrando a nombre del Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de toda la Ordenanza número 4 de 1967, dictada por la Asamblea Departamental de Antioquia o, en subsidio, la nulidad de algunos de sus artículos, enumerados en los literales a), b), c), d), e), f), g), h), i), de la petición subsidiaria.

Tramitada la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia, con fecha 7 de septiembre de 1970, dictó una sentencia en la cual se niegan las peticiones de la demanda.

Contra dicha sentencia la parte demandante interpuso el recurso de apelación ante el Consejo de Estado, recurso que se procede a resolver.

LA ORDENANZA ACUSADA

La ordenanza acusada tiene 24 artículos.

En ella se crea el Servicio Seccional de Salud como dependencia de la Secretaría de Salud Pública del Departamento; se le fijan sus objetivos y se determina su estructura (artículos 1 a 6).

Se constituye el fondo del Servicio Seccional de Salud y se le señalan los bienes y rentas que le corresponden, entre los cuales figuran los impuestos

sobre concursos hípicos y otros similares (Ley 78 de 1966 y Decreto 70 de 1967), el producido de la lotería de Medellín y el impuesto sobre loterías foráneas (artículo 7).

Se reglamenta la administración, contabilidad y control del Servicio Seccional de Salud (artículos 8, 9, 10 y 11).

Se dispone que la Beneficencia de Antioquia creada en virtud de la Ordenanza 23 de 1954, "continuará funcionando como establecimiento público de carácter departamental, con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica, siendo su finalidad conseguir, recaudar y administrar bienes y rentas con destino exclusivo al servicio Seccional de Antioquia". (artículo 15).

Se dispone asimismo que los Departamentos de Asistencia Pública, Interventoría y Comercial de la Beneficencia de Antioquia pasen al Servicio Seccional de Salud, junto con el personal a ellos vinculado y en las mismas condiciones de remuneración y prestaciones (artículo 12).

Se dispone también que el Servicio Seccional de Salud se subrogue a la Beneficencia de Antioquia en todos los derechos y obligaciones de ésta (artículo 13).

Se dispone que el inmueble y dotaciones del Hospital Mental, que eran propiedad de la Beneficencia de Antioquia pasen al Servicio Seccional de Salud (artículo 14).

Por último, se organiza una nueva junta de administración de la Beneficencia y se ordena que el Gerente de la misma sea nombrado por el Gobernador de terna que le pase la Junta Directiva (artículos 16 a 21).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Aunque la petición principal versa sobre la nulidad de toda la ordenanza, el actor solamente concreta el concepto de violación con referencia a algunos de sus artículos, así:

a) Al artículo 7o., ordinales d, e, f, g, en cuanto dispone que las rentas procedentes de la lotería de Medellín y de los impuestos sobre concursos hípicos, loterías foráneas y otros similares pasen de la beneficencia de Antioquia al Servicio Seccional de Salud, ha despojado a la beneficencia de Antioquia de bienes que le pertenecían y al hacerlo, ha violado el artículo 30 C. N.; artículo 1 Ley 64/23; artículos 6 y 13 Ley 93/38; Ley 78/66; artículo 97 C. R. P. M., artículos 650, 669, 740 y 742 C.C. Resolución 150/46 M. del Trabajo.

b) El artículo 12, en cuanto arrebata a la Beneficencia de Antioquia ciertos organismos administrativos junto con el personal que allí presta sus servicios, viola el artículo 30 C. N.; los artículos 3 y 4 Código del Trabajo y una Convención Colectiva de fecha 6 de julio de 1967.

c) El artículo 13, en cuanto sin contar con el consentimiento de la Beneficencia de Antioquia sustituye a ésta en todos sus derechos y obligaciones por el Servicio Seccional de Salud, viola el artículo 30 C. N. y el Capítulo 8o. Libro 4o. Código Civil.

d) El artículo 14, en cuanto despoja a la Beneficencia de Antioquia de un inmueble para incorporarlo al patrimonio del Servicio Seccional de Salud, viola el artículo 30 C. N., artículo 97 C. P. M. y la convención colectiva de 6 de julio de 1967.

e) El artículo 15, en cuanto cambia la naturaleza jurídica de la Beneficencia de Antioquia para crear un establecimiento público, viola los artículos 12, 19, 20, 44, 187, 189 y 191 C. N.; 97 C. P. M. y los artículos 633, 650 y 652 C. C.

f) El artículo 16, en cuanto no dió representación al Ministerio de Salud en la Junta Directiva de la Beneficencia, viola el artículo 7o. Ley 93 de 1938.

g) Los artículos 1o. y 2o., en cuanto crean el Servicio Seccional de Salud de Antioquia, violan el artículo 187 C. N.; los artículos 17, 25 y 26 del Decreto 1499 de 1966 del Ministerio de Salud y el contrato celebrado entre dicho Ministerio el Gobernador de Antioquia y la Beneficencia.

h) Los artículos 3 y 4, en cuanto adscriben funciones al Servicio Seccional de Salud, violan el artículo 187 C. N. y los artículos 24, 25, 26, 27 y 43 Decreto 1499 de 1966. Ministerio de Salud y el contrato mencionado en el literal anterior.

En síntesis, el demandante se queja de lo siguiente:

1. Que la Asamblea de Antioquia —sin competencia para ello— hubiera creado y reglamentado el Servicio Seccional de Salud, que ya estaba creado mediante un contrato con el Gobierno Nacional (artículos 1 a 4).

2. Que la Asamblea de Antioquia —sin competencia para ello— hubiera cambiado la naturaleza jurídica de la Beneficencia, haciendo de una fundación privada un establecimiento público (artículo 15).

3. Que la Asamblea de Antioquia –de una manera ilegal– le hubiera arrebatado a la Beneficencia ciertas rentas, cierto inmueble y ciertos organismos que le pertencían (artículos 7, 12, 13 y 14).

LA SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1970 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Con la fecha indicada, el Tribunal Administrativo de Antioquia dictó fallo de primera instancia.

En la primera parte de ese fallo se analizan ciertas excepciones propuestas por la parte impugnadora o por el señor Fiscal de ese Tribunal, así:

1. Se alega en primer lugar, que el Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental, entidad demandante, no acompañó constancia de que se hubiera publicado en el Diario Oficial la resolución que le concedió personería jurídica.

Esta Sala del Consejo de Estado está de acuerdo con el razonamiento del Tribunal de Antioquia, cuando dice que una cosa es la necesidad de tal publicación como condición de la existencia legal del sindicato y otra la prueba del hecho, y que, por consiguiente, el certificado del Jefe de asuntos colectivos de la Regional del Trabajo de Antioquia, (folio 2o. del expediente) es prueba suficiente para comprobar la existencia del sindicato y para establecer quien es su representante legal.

2. El señor Fiscal del Tribunal alega que el Doctor Londoño Hernández recibió poder del Sindicato para demandar la Ordenanza número 47 sin más especificaciones y que como la demanda versa sobre la ordenanza número 4 de 1967, "se está ante el fenómeno de ilegitimidad de la personería adjetiva del demandante".

Esta Sala piensa que en el caso *sub judice* no cabe duda acerca del contenido del poder y que, por consiguiente se trata de un simple error tipográfico, que no alcanza a configurar el fenómeno de ilegitimidad de la personería.

3. Por último, el señor Fiscal del Tribunal alega que la demanda no fue comunicada al Gerente de la Beneficencia de Antioquia, quien pudo tener gran interés en actuar.

Esta Sala observa que el C.C.A., no dispone la comunicación de las demandas de nulidad a todas las agencias administrativas que puedan estar interesadas en el juicio. El artículo 126 de la misma obra dispone que se le comunique al Gobernador, lo cual se hizo. Si otras personas, naturales o jurídicas, tenían

interés en el juicio éllas pueden constituírse partes dentro del término de la fijación en lista.

No habiendo prosperado ninguna de estas excepciones, el Tribunal Administrativo de Antioquia procedió al estudio de fondo y llegó a la conclusión de que ninguno de los artículos acusados violaba normas jurídicas superiores, en consecuencia de lo cual negó las peticiones de la demanda.

Para decidir el recurso de apelación interpuesto la Sala Considera:

Los puntos jurídicos debatidos en este negocio giran todos al rededor de estas dos cuestiones:

1. Naturaleza jurídica de la entidad llamada Beneficencia de Antioquia;

2. Competencia de la Asamblea de Antioquia para modificar su estructura y disponer de sus bienes.

NATURALEZA JURIDICA DE LA BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA

DERECHO COLOMBIANO ANTERIOR A 1968

En derecho colombiano, con anterioridad al año de 1968, no existía ninguna disposición que definiera la persona jurídica de derecho público, ni existía tampoco texto alguno que estableciera la diferencia entre esta clase de personas y las de derecho privado.

El artículo 633 del Código Civil se limitaba a definir la persona jurídica en general, como:

> "Una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

El artículo 80 de la Ley 153 de 1887 decía que "la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas".

El artículo 635 del Código Civil excluía de las disposiciones del título 36 del mismo estatuto, a las personas jurídicas resultantes de las sociedades civiles y comerciales con fines de lucro, como también "a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional".

Por otra parte, con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1968, la doctrina y la jurisprudencia nacionales dudaban de la existencia constitucional de los establecimientos públicos, porque no existía una norma constitucional que expresamente los consagrara dentro de las instituciones administrativas colombianas.

Para poder justificar la legitimidad constitucional de estos antes autónomos era necesaria la interpretación de varios artículos, en los cuales se creía ver implícita la posibilidad de su creación y su existencia.

En el orden Nacional., se razonaba a partir de los siguientes artículos:

Artículo 76, Ordinal 10 C.N. que decía:

> "Corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejerce las siguientes atribuciones:. . . . 10 regular el servicio público, determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y demás prescripciones constitucionales".

El artículo 7o.C. N. que decía:

> "Fuera de la división general del territorio habrá otras, dentro de los límites de cada departamento, para arreglar el servicio público. . . ".

De estos artículos se deducía que, si el Congreso podía regular el servicio público, también podía establecer la manera que estimara más conveniente para una mejor prestación de dicho servicio. Ahora bien, dentro de las formas de prestación de los servicios públicos está la que consiste en dotar a determinada entidad de personería jurídica y patrimonio propio para encomendarle la prestación de un servicio público.

Durante cierto tiempo también tuvo vigencia el Acto Legislativo número 5 de 1954, que autorizó al legislador para crear establecimientos públicos, dotados de personería jurídica autónoma para la prestación de uno o más servicios especialmente determinados. Allí se dijo también que el legislador podía autorizar a los Departamentos y Municipios para crear, dentro de sus respectivos territorios, establecimientos de ese mismo género.

Entre nosotros esa fue la primera norma constitucional que habló de establecimientos públicos, pero el texto quedó derogado por la reforma plebiscitaria de 1957.

Se debe citar por fin el artículo 1o. de la Ley 151 de 1959, que dice:

> "Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualesquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la Administración Pública; sus

bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales y sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución.

"Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica, y patrimonio independiente aportado, directamente o indirectamente, por el Estado".

En el orden Departamental, se razonaba a partir de los siguientes artículos:

Artículo 182 C. N. que decía:

"Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales con las limitaciones que establece la Constitución".

El artículo 187 que decía:

"Corresponde a las Asambleas:

"1. Reglamentar por medio de Ordenanzas y de acuerdo con la Constitución y la ley los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento;

"2. Dirigir y fomentar con los recursos propios todo lo que se refiere a los intereses seccionales y al adelanto interno".

El artículo 194, ordinal 5 que decía:

"Son atribuciones del Gobernador ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos".

De los textos citados se deducía que, si los Departamentos gozan de independencia para la administración de sus asuntos seccionales, pueden escoger los medios que en un momento dado consideren más eficaces para el desarrollo de la respectiva sección. Ahora bien, el medio más adecuado podría ser el crear ciertos establecimientos autónomos, dotarlos de un patrimonio, de personería jurídica y encargarlos de la prestación de determinado servicio público.

En el orden Municipal, se razonaba a partir del artículo 197 que decía:

"Son atribuciones de los Concejos Municipales:

1. Ordenar por medio de acuerdos lo conveniente para la administración del Distrito".

En la norma anterior se vió la posibilidad de que los Concejos Municipales pudieran crear establecimientos públicos.

La doctrina y la jurisprudencia trabajaron con base en los anteriores textos y otros similares.

SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO
14 de septiembre de 1960

(Análes, Tomo LXVI, número 401 y 402, página 17 a 383, año de 1963).

En la mencionada sentencia, el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Alejandro Domínguez, hizo un estudio exhaustivo acerca de la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos y de las instituciones de utilidad común, por una parte, y de la competencia de las Asambleas Departamentales para crear y modificar unas y otras, por otra parte. Ese estudio se hizo precisamente a propósito de la Beneficencia de Antioquia y en él se llegó a la conclusión de que dicha institución era un establecimiento público, a pesar de que la ordenanza que la creó la llamara institución de utilidad común o fundación.

Los motivos aducidos en ese entonces por el Consejo para catalogar a la Benficencia de Antioquia dentro de la categoría de establecimiento público fueron los siguientes:

a) Los objetivos que persigue la Beneficencia de Antioquia consisten en la prestación de la asistencia social, que es actividad del Estado;

b) Su administración se confía a los funcionarios públicos organizados en Junta Directiva con el concurso de personas naturales, estando aquéllos en mayoría;

c) La vigilancia y el control de la Beneficencia de Antioquia los tiene la Contraloría General del Departamento;

d) Las facultades dispositivas de los bienes no exceden de las previstas para los establecimientos públicos por el artículo 1853 del Código Civil;

e) Los bienes afectados a la organización quedan en vida de ésta y se mantienen después con la misma destinación, lo que no implica enajenación de ellos, sino la perpetua afectación para el servicio público.

En síntesis, se consideró que en ese caso apenas había habido una descentralización o desconcentración de bienes para un servicio, que por

definición corresponde al Estado y que, por consiguiente, la ordenanza 23 de 1954 había creado un establecimiento público y no, como por error conceptual lo calificó la Asamblea Departamental, una fundación o institución de utilidad común.

Este concepto coincide con lo que ya había sostenido el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de julio de 1960 (Anales, Tomo LXII, segunda parte, pág. 555), en un negocio similar referente a la Beneficencia de Cundinamarca. Allí se dijo:

> "Las instituciones públicas que prestan la asistencia social, que son emanación del Estado, que atiende por medio de ellas el servicio en forma descentralizada, caen, por todas sus características, dentro del régimen del establecimiento público, no importa que el legislador haya querido darles estructuras semejantes a las de las instituciones privadas, lo cual puede hacer, no habiendo forma predeterminada por la Carta o la ley y sin que la forma que les dé destruya el vínculo esencial de derecho público".

CONCLUSION

En el momento en que fueron dictadas estas sentencias o sea en el año de 1960, por el mero análisis conceptual, el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que tanto la Beneficencia de Cundinamarca como la Beneficencia de Antioquia eran establecimientos públicos y, por tanto, sometidos al derecho público, y no instituciones de utilidad común o fundaciones, regidas por el derecho privado.

DERECHO COLOMBIANO A PARTIR DE 1968:

En el año de 1968, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias a él conferidas por la Ley 65 de 1967, dictó los Decretos Legislativos números 1050 y 3130 de 1968, mediante los cuales se reorganizó el funcionamiento de la Administración Pública nacional (D. 1050) y se dictó el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional (D. 3130).

El artículo 1o. del Decreto 3130 clasifica las entidades descentralizadas en tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

El artículo 5o. del Decreto 1050 define el establecimiento público así:

> "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) Patrimonio independiente constituído con bienes o fondos públicos, comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

b) Personería jurídica, y

c) Autonomía administrativa".

El artículo 5o. del 3130 de 1968 define las instituciones de utilidad común o fundación diciendo que:

"Son personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

"Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la Administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el Gobierno en los términos de la Ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes".

El artículo 7o., ibídem, agrega:

"Las fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la ley o con autorización de la misma, son establecimientos públicos y se sujetarán a las normas para éstos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación.

"La misma regla se aplicará cuando, con la necesaria facultad legal o estatutaria, se creen por los establecimientos públicos y por las empresas industriales y comerciales del Estado entidades con los objetivos propios de las fundaciones o instituciones de utilidad común, lleven o no esta denominación".

Es verdad que los decretos arriba mencionados solamente se refieren a la Administración Nacional y a las entidades descentralizadas nacionales. Sinembargo, por analogía y a falta de legislación positiva, estas reglas pueden también servir de guía y de criterio para la definición y clasificación de entidades similares de origen Departamental o Municipal.

CONCLUSION:

Si ya antes de 1968 la jurisprudencia y en especial el Consejo de Estado había considerado la posibilidad de los establecimientos públicos y especialmente había considerado a la Beneficencia de Antioquia como uno de ellos, con cuanta más razón puede hoy calificarse a la Beneficencia de Antioquia como un establecimiento público, después de las definiciones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, que, aunque se refieren estrictamente al

orden nacional, por analogía pueden servir también para la clasificación de las entidades del orden Departamental y Municipal.

COMPETENCIA DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES PARA CREAR ORGANISMOS AUTONOMOS Y PARA MODIFICAR SU ESTRUCTURA

CREAR:

En cuanto al problema de si las Asambleas Departamentales pudieron y pueden crear instituciones de utilidad común o fundaciones, por una parte, y establecimientos públicos, por otra, se debe distinguir:

En el régimen constitucional, anterior a la reforma del Acto Legislativo número 1 de 1968, el punto era muy discutido:

En efecto, muchos tratadistas sostenían que ni los Departamentos ni los Municipios gozaban de la facultad de crear administraciones descentralizadas, lo que era esencialmente una función legislativa. Pero, otros admitían que, por medio de ordenanzas o de acuerdos, las Asambleas y los Concejos podían crear dichos establecimientos públicos. Esta última tesis fue acogida por la sentencia del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 1960, en el juicio en que se demandaba la nulidad de la ordenanza 23 de 1954, emanada de la Asamblea de Antioquia, que creaba precisamente la Beneficencia de Antioquia. En esa sentencia no solamente se aceptó que las Asambleas podían crear instituciones de utilidad común sino también establecimientos públicos.

En la actualidad, después de la Reforma Constitucional de 1968, yá no es necesario hacer más rodeos para afirmar la posibilidad de los establecimientos públicos a nivel Constitucional.

En efecto, el artículo 76, ordinal 9 C. N., estatuye como función del congreso:

> **"Determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios y establecimientos públicos. . . ".**

El artículo 187, ordinal 6 ibídem dispone que:

> **"Corresponde a las Asambleas crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley".**

Y el artículo 197, ordinal 4o. ibídem dice:

> "Que son atribuciones de los Concejos crear, a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, conforme a las normas que determine la ley".

Es verdad que la Ordenanza acusada tiene fecha de 1967, es decir de un momento en el cual podía discutirse si los Departamentos y los Municipios gozaban o no de la facultad de crear administraciones descentralizadas. Pero, cualquiera que en ese entonces hubiera sido la solución, las creaciones hechas han quedado, en cierto modo, convalidadas por el Acto Legislativo número 1 de 1968. En efecto, ha sido jurisprudencia constante de la Corte y del Consejo de Estado el sostener que en las acciones de nulidad pura, a diferencia de las acciones de plena jurisdicción, se debe defender la legalidad existente en el momento de la sentencia y no las normas pertenecientes a una legalidad ya derogada. En la Sentencia de 14 de septiembre de 1960 el Consejo de Estado dijo:

> "La tutela legal atribuída a la jurisdicción Contencioso Administrativa se ejerce para establecer el imperio de la juridicidad vigente a la fecha de la sentencia, porque este es el orden jurídico cuya conservación incumbe a esta jurisdicción. Absurdo sería el restablecimiento de un orden jurídico inexistente, pues lo que no existe no se puede conservar. Por consiguiente, la vigencia de la norma que se dice violada, es presupuesto necesario para fallar la acción de nulidad que se ejercita contra el acto administrativo violador de dicha norma".

CONCLUSIONES

1. Antes y después de la Reforma Constitucional de 1968, las Asambleas Departamentales podían y pueden crear no sólo entidades de utilidad común o sea fundaciones, sino también establecimientos públicos. (Hoy, a iniciativa del Gobernador).

2. La Asamblea de Antioquia, al crear la Beneficencia de Antioquia, por ordenanza 23 de 1954, aunque literalmente dijo que creaba una entidad de utilidad común o fundación, en realidad creó un establecimiento público.

MODIFICAR: LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS YA EXISTENTES:

El problema consiste en saber si las Asambleas Departamentales pueden modificar la estructura de un establecimiento público por ellas creado o si ese establecimiento, al adquirir personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, queda ya fuera de todo control e ingerencia de la Asamblea Departamental que lo creó.

El Consejo de Estado, en sentencia de 14 de diciembre de 1960 (Análes, Tomo LXVI, págs. 377 y 378) se expresó así:

> "Cuando el legislador del orden nacional, departamental o municipal crea un establecimiento público para la prestación de un servicio, lo dota de un patrimonio para que realice sus fines y le dá un reglamento que rige su funcionamiento, no prescinde de sus atribuciones de legislador sino que precisamente las ejerce delegando en un ente de su propia creación algunas de sus funciones para hacer más expedita y eficiente la administración. El legislador no renuncia a las atribuciones, las ejerce por medio de una institución que es obra suya, que le sigue sometida, porque es una dependencia de la administración pública, y que así como la pudo crear la puede suprimir en cualquier momento.
>
> "Este es el punto en que quizá se acusa una diferencia esencial entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad común de origen privado, pues mientras en éste el fundador queda extraño a la fundación y su voluntad sólo permanece en los fines de ella o en los estatutos que él mismo le hubiere dictado, los establecimientos públicos, en cambio, quedan siempre dependientes de su fundador (Estado, Departamento o Municipio) que así como los pudo crear los puede suprimir en cualquier momento.
>
> "Esa vinculación no desaparece, por más que se le haya dado al establecimiento la estructura de persona privada, porque el establecimiento pertenece a la persona de derecho público que lo creó, la que siempre podrá no simplemente vigilarlo en el cumplimiento de sus fines, sino también modificar su reglamentación y hasta prescindir de ella, para asumir directamente la prestación del servicio que le había confiado".

Sentadas estas premisas, procede ahora examinar los conceptos de violación aducidos por el actor.

I. Artículos 7, ordinal d), e), f), g), 12, 13, 14.

Se queja el actor de que la Asamblea de Antioquia, por medio de esos artículos, le hubiera arrebatado a la Beneficencia de Antioquia ciertas rentas, cierto inmueble y ciertos organismos para traspasarlos al Servicio Seccional de Salud, violando así el artículo 30 C. N., el artículo 1o. de la Ley 64 de 1923, los artículos 6o. y 13 Ley 93 de 1938, Ley 78 de 1966, artículos 650, 669, 740 y 742 Código Civil, Resolución 150 de 1946 del Ministerio del Trabajo.

El artículo 7o. de la Ordenanza acusada dispone que el Fondo del Servicio Seccional de Salud contará con las siguientes rentas:

d) Los impuestos fijados por la Ley 78 de 1966 y el Decreto 70 de 1967 sobre concursos hípicos, deportivos y similares;

e) El producido líquido de la lotería de Medellín (Ley 64 de 1923 y Ley 93 de 1938;

f) Los impuestos sobre loterías foráneas (Resolución 150 de 1946 Ministerio del Trabajo);

g) Aprovechamientos, dividendos, e intereses que obtenga la Beneficencia de Antioquia.

El artículo 14 dispone que pasará al Servicio Seccional de salud el inmueble y dotaciones del Hospital Mental de Antioquia, propiedad de la Beneficencia.

El artículo 12 dispone que pasarán al Servicio Seccional de Salud las secciones de Asistencia Pública, Inteventoría y Comercial de la Beneficencia, junto con el personal a ellas vinculado, en las mismas condiciones de remuneración y prestaciones.

El artículo 13 dispone que el Servicio Seccional de Salud se subrogará a la Beneficencia de Antioquia en todos sus derechos.

La Sala observa:

El actor parte de la base de que la Beneficencia de Antioquia, institución creada por la Ordenanza 23 de 1954, es una fundación, una institución de utilidad común de origen oficial.

Si esto fuera cierto, el demandante tendría razón en afirmar que las disposiciones mencionadas en el epígrafe han arrebatado bienes a un organismo privado, en violación del artículo 30 C. N. y otras disposiciones legales que garantizan la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título.

Pero sucede que la Beneficencia de Antioquia, a pesar de que la Ordenanza que la creó la llame fundación, no es una fundación, sino un establecimiento público, como lo dice la sentencia del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 1960, ya citada.

Siendo esto así, esta Sala piensa que no hay nulidad en los ordinales a que se refiere este punto, porque, como bien lo dice la sentencia de primera instancia, los bienes de la Beneficencia de Antioquia, afectos a la prestación de un servicio público, siguen siendo bienes oficiales del Departamento y, en el caso presente, ni siquera ha habido desplazamiento de la afectación sino simplemente reorganización del servicio.

En cuanto a las Leyes 64 de 1923, 93 de 1938 y 78 de 1966, en sus artículos pertinentes, ellas se limitan a afectar ciertos impuestos a la prestación de ciertos servicios públicos, así:

Ley 64 de 1923, artículo 1o.:

> "Solamente los Departamentos podrán establecer loterías con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública".

Ley 93 de 1938, artículo 13:

> "Los fondos provenientes de las loterías de Beneficencia deberán manejarse en cuenta especial y no entrarán en ningún caso a formar parte del acervo común de la entidad que las haya organizado".

Ley 78 de 1966, artículo 2o.:

> "El producto de los impuestos sobre consursos hípicos, deportivos y similares se entregarán en su totalidad a las Beneficencias de los Departamentos y se destinará exclusivamente a la construcción, dotación y sostenimiento de instituciones asistenciales y hospitalarios sin ánimo de lucro, de acuerdo con los programas elaborados por el Ministerio de Salud Pública".

Es evidente que los Departamentos pueden cumplir con estas prescripciones de muchas maneras, creando, por ejemplo, fondos especiales con separación contable, o también creando organismos con personería jurídica para la administración de dichos impuestos. La intención del legislador fue la de crear rentas destinadas especialmente a la asistencia pública, que, sin perder su carácter de rentas departamentales, fueran manejadas en una cuenta especial. Por consiguiente no ve esta Sala cómo los artículos del epígrafe puedan violar las leyes que se han examinado.

Tampoco violan ellos las disposiciones del Código Civil mencionadas en la demanda, pues esas disposiciones se refieren a fundaciones de carácter privado o instituciones de utilidad común y no a establecimientos públicos, que es el caso *sub judice*.

Se queja también el actor de que los servidores de ciertas secciones de la Beneficencia de Antioquia hayan sido transferidos, por el artículo 12 al Servicio Seccional de Salud, aún siendo esto con la misma remuneración y prestaciones. El actor afirma que con esa transferencia se violaron los derechos de los empleados provenientes sobre todo de una convención colectiva de trabajo celebrada entre el Sindicato Actor y la Beneficencia de Antioquia, en fecha 6 de julio de 1967.

Esta Sala del Consejo está de acuerdo con el Tribunal *a–quo* cuando, siguiendo a Waline, dice que la violación de un contrato nunca puede ser invocada como motivo para la nulidad de una norma jurídica, porque un contrato no sienta reglas de derecho sino simplemente derechos subjetivos y obligaciones.

II. Artículo 15

Se queja el actor de que la Asamblea de Antioquia, sin competencia para ello, en el artículo 15 de la Ordenanza acusada hubiera cambiado la naturaleza jurídica de la Beneficencia de Antioquia, transformando una fundación privada en un establecimiento público, violando así los artículos 12, 19, 20, 44, 187, 189 y 191 de la C. N. el artículo 97 C. P. M., y los artículos 633, 650 y 652 del Código Civil.

El artículo 15 dispone que la Beneficencia de Antioquia "continuará funcionando como establecimiento público de carácter departamental, con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica, siendo su finalidad conseguir y administrar bienes y rentas con destino exclusivo al Servicio Seccional de Salud".

El actor, en su demanda de fecha 30 de enero de 1968 razona así:

> "La competencia señalada a las Asambleas Departamentales se encuentra claramente determinada en los artículos 187, 189 y 191 de la Constitución. Esta competencia se detalla en el artículo 97 del C. de Régimen Político y Municipal y en las leyes que lo adicionan y en ninguna de estas disposiciones se encuentra la facultad para crear establecimientos públicos y dotarlos de personería jurídica.
>
> "No se conoce norma constitucional, ni legal por la cual se les dé a las Asambleas Departamentales, la facultad de crear establecimientos públicos con su personalidad jurídica correspondiente. No obstante que no existía esta facultad la Asamblea de Antioquia, al adoptar la Ordenanza enjuiciada (4 de 1967), dijo lisa y llanamente, en el artículo 15, que "la Beneficencia de Antioquia continuará funcionando como establecimiento público de carácter Departamental, con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica.
>
> "Esta determinación quebranta de manera objetiva el orden Institucional Colombiano reglado en la Carta fundamental de la República, y, en forma evidente, viola los artículos 12, 20 y 187 de la C. N. y el artículo 97 del C. de Régimen Político y Municipal, porque la Asamblea Departamental de Antioquia adoptó una determinación sin tener facultad para ello".

La Sala observa:

Este razonamiento podía sostenerse, con alguna verosimilitud, antes de la Reforma Constitucional de diciembre de 1968. Sin embargo, ya en ese

entonces, por el mero análisis conceptual, el Consejo de Estado había llegado a sostener que las Asambleas Departamentales podían constitucionalmente crear, por medio de Ordenanzas, no solamente instituciones de utilidad común, sino también establecimientos públicos. Y esa opinión la sostuvo el Consejo de Estado precisamente a propósito de la Beneficencia de Antioquia en la sentencia de 14 de septiembre de 1960, tantas veces citada.

Hoy, después del Acto Legislativo número 1 de diciembre de 1968, ese razonamiento es imposible, ya que el artículo 187 dice que corresponde a las Asambleas crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley.

Además, cuando el artículo 15 de la Ordenanza acusada dice que la Beneficencia de Antioquia continuará funcionando como establecimiento público de carácter Departamental, no hace más que reconocer el verdadero carácter jurídico de dicha institución, esclarecido de una manera exhaustiva en la sentencia del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 1960.

Los artículos del Código Civil citados por el demandante como violados por el artículo 15 de la Ordenanza se refieren a fundaciones privadas y no a establecimientos públicos que es el caso *sub judice*.

Por consiguiente, en opinión de esta Sala el artículo 15 no viola ninguna de las disposiciones constitucionales ni legales aducidas por el actor.

III. Artículo 16.

Afirma el actor que es nulo el artículo 16 de la Ordenanza inpugnada porque en la junta directiva que allí se integra no se le dió representación al Ministerio de Salud Pública como lo ordena el artículo 7o. de la Ley 93 de 1938.

La Sala observa que en el artículo acusado figura entre los miembros de la Junta el Secretario de Salud del Departamento, el cual representa al Ministerio del ramo.

IV. Artículos 1o., 2o., 3o. y 4o.

Se queja por último el actor de que la Asamblea de Antioquia, en los artículos mencionados, sin competencia para ello, hubiera creado y reglamentado el Servicio Seccional de Salud, el cual, por otra parte, ya estaba creado por medio de contrato con el Gobierno Nacional, de fecha 5 de agosto de 1966, violando con todo ello los artículos 187 C. N. y 17 y ss. del

Decreto 1499 de 1966 del Ministerio de Salud y el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional, el Departamento de Antioquia y la Beneficencia.

El demandante razona así:

La Ley 12 de 1963 ordenó al Gobierno Nacional elaborar un plan hospitalario. En desarrollo de esta norma, el Ministerio de Salud Pública dictó el Decreto 1499 de 1966, en el cual se definen los conceptos de servicio de salud pública y asistencia pública (artículos 2o. y 3o.) y se dice que tales servicios estarán a cargo del Ministerio de Salud y de los Servicios Seccionales de Salud, que deberán funcionar en cada Departamento, como dependencia *técnica* del Ministerio (artículos 4o. y 6o.). En los artículos 17 a 23 se señala la estructura general de los Servicios Seccionales de Salud.

De estas disposiciones concluye el demandante que la Asamblea de Antioquia no podía crear el Servicio Seccional de Salud, y menos como dependencia de la Secretaría de Salud del Departamento, ya que su creación correspondía al Gobierno Nacional, y que tampoco podía la Asamblea, señalar para dicho Servicio una estructura diferente a la señalada en el Decreto 1499.

Señala además el demandante que con anterioridad a la Ordenanza existía un contrato celebrado entre la Nación, el Departamento y la Beneficencia, en el cual se integraba el Servicio Seccional de Salud, en desarrollo de la Ley 12 de 1963 y del Decreto 1499 de 1966. Según el actor, los artículos 1 a 4 de la Ordenanza acusada violan el mencionado contrato.

La Sala observa:

Como bien lo anota el Tribunal *a–quo* se vuelve a plantear aquí la violación de un contrato como causal de nulidad de una norma jurídica. Para desechar el cargo es suficiente recordar lo dicho anteriormente con respecto a la convención colectiva de trabajo.

Por otra parte, el sentido del Decreto 1499 es el de integrar, en forma contractual y no imperativa, los servicios de salud en todo el país, bajo la supervisión técnica del Ministerio de Salud. Esa supervisión se cumple dentro del sistema establecido en las normas acusadas. El decreto no entiende arrebatar a las Asambleas la facultad constitucional que ellas tienen para reglamentar, dentro de las prescripciones legales, los servicios a su cargo.

Por todo lo dicho, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo con su colaborador Fiscal y

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Confirma la sentencia de 7 de septiembre de 1970 del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Bogotá, D.E., sesión del día treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y uno.

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

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

A321-XI 14/PJ

ACTOS DE LA OFICINA DE VALORIZACION DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

GRAVAMEN DE VALORIZACION. *Características. Liquidación. Zona de influencia de las obras.* **La valorización es gravamen que se acerca más a las características de la tasa o contraprestación.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., abril quince de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Proponente: *Doctor Miguel Lleras Pizarro.*

Ref: Radicación 1479. Apelación de la sentencia del Tribunal de Antioquia sobre nulidad de las Resoluciones 92 de 1966 y 50 de 1967 sobre contribución de valorización.

Demandantes: Rafael Trujillo y María Palacio de Trujillo.

En la demanda que pidió la nulidad de las resoluciones mencionadas y la revisión de la contribución liquidada con cargo a los propietarios de la hacienda denominada El Naranjo ubicada en el Municipio de Ituango en el Departamento de Antioquia porque en concepto de los demandantes se violaron los preceptos que regulan el modo de exigir la contribución de valorización y que son las Ordenanzas número 58 de 1963 y la número 34 de 1966.

Los preceptos que se reputan violados dicen así:

"**Ordenanza de 1963**:

"**Artículo 2o.** El impuesto de valorización es un gravamen sobre las propiedades raíces que, por causa de la ejecución de las obras que más adelante se indican, reciben un especial beneficio apreciable en el incremento de su valor.

"**Artículo 3o.** El impuesto de valorización recaerá sobre los propietarios de aquellos bienes raíces que reciban o hayan de recibir un beneficio especial, individualizable y concreto con motivo de la ejecución de las mencionadas obras y en proporción a dicho beneficio, presumiéndose que la suma reclamada por impuesto es igual o menor a la valorización de los predios. Por tanto, no podrá gravarse un predio con un impuesto superior al mayor valor o beneficio recibido por causa o con ocasión de la construcción de la obra".

Los de la Ordenanza número 34 dicen:

"**Artículo 3o.**La contribución de valorización se distribuirá entre los inmuebles beneficiados en proporción al mayor valor que con la construcción de la obra adquieran o hayan de adquirir tales inmuebles.

"**Artículo 4o.** Ninguna contribución de valorización podrá exceder al 80o/o del beneficio que con la ejecución de la obra reciba o haya de recibir el inmueble gravado".

Por la Resolución número 92 de 1966 de la oficina de valorización del Departamento se liquidó y distribuyó la contribución originada por la construcción de la carretera de Ituango a Río Ituango y por la número 50 de 1967 se decidió el reclamo presentado por el señor Enrique Trujillo a nombre de Rafael Trujillo y María Palacio de Trujillo en relación con la primera, en cuanto su hacienda El Naranjo fue gravada con la suma de $15.572.43. En esta última, pueden leerse entre otros los siguientes considerandos:

"b) Que como se observa en mapa adjunto, sólo un 30o/o del área del predio número 2113 P. I. medio, se encuentra incluída dentro de la zona de influencia de la carretera, como reflejo. La ubicación del predio respecto a la carretera y las características topográficas de la región no permiten incluir el restante 70o/o del área del predio número 2113 P. I. medio, dentro de la zona de influencia de la vía. En el mapa se pueden observar los caminos de acceso a la cabecera del Municipio que posee el 70o/o del área mencionada.

"f) Que se comprobó que para el reclamante sí es más fácil sacar su carga a lomo de mula hasta el pueblo.

"i) Que no obstante las anteriores apreciaciones la junta considera que el gravamen asignado al predio número 2113 P. I. medio, debe sostenerse por cuanto este predio resultó altamente beneficiado con la obra, criterio este que fue apoyado por Javier Duque P. representante de los contribuyentes".

En la copia del Acta número 19 de 14 de junio de 1967 de la junta de valorización, en la que se adoptó la Resolución mencionada número 50 se hace constar que el recurso de reposición propuesto por los demandantes se estudió con la colaboración de Moisés Gómez y Javier Duque en su calidad de representantes de los contribuyentes. Ni en el Acta ni en la resolución constan las opiniones del señor Moisés Gómez sino la del señor Javier Duque.

Durante el juicio, para demostrar que el predio no recibió beneficio alguno se practicó inspección sobre el terreno por el Juez del Circuito correspondiente y con la cooperación de varios testigos y de peritos designados conforme a la ley. También obra en el expediente el plano sobre ubicación del inmueble en relación con la carretera. Los dos peritos primeramente nombrados no estuvieron de acuerdo en sus conclusiones y el Tribunal nombró un tercero que adhirió fundadamente a una de las primeras peritaciones. El Fiscal del Tribunal limitó su opinión a advertir la ausencia de las copias auténticas de la Ordenanza, las cuales fueron luego allegadas, el Tribunal falló adversamente

todas las peticiones y el fiscal del Consejo solicita revocación de las sentencias y pronunciamiento favorable a lo pedido.

Para resolver se considera:

Ante todo conviene destacar que la valorización es gravamen que se acerca más a las características de la tasa o contraprestación, es decir retribución exigible a los propietarios del inmueble que reciban beneficio por la construcción de obras que emprenda el Estado, beneficio o mejoramiento que ha de enriquecer de algún modo al sujeto de quien se exija el gravamen para que su patrimonio no se incremente sin causa y, en todo caso, para posibilitar las obras que aunque beneficien de modo general a toda la comunidad aprovechen de modo especial a algunos de sus miembros siempre que puedan ser individualizados con justicia. No existen reglas de aplicación matemática para practicar las liquidaciones y las vigentes en los estatutos nacionales o locales dependen de apreciaciones más o menos subjetivas a las que ha de llegarse mediante al empleo de cualesquiera normas que en todo caso deben tener dos finalidades básicas:

a) Que la suma de las contribuciones distribuídas corresponda tanto como sea posible a los costos de la obra siempre que ésta se haya ejecutado con sistemas de productividad normal o acpetable; y

b) Que los bienes respecto de los cuales haya de hacerse la liquidación reciban efectivamente un beneficio económico estimable en dinero.

La primera dificultad se presenta cuando ha de decidirse hasta donde se extiende la llamada zona de influencia porque bien puede ocurrir que haya obras que aunque indispensables y muy costosas no causen beneficio a nadie o a muy pocas personas. Esta peculiaridad del gravamen de valorización debe medirse con dos ejemplos extremos. Si en alguna ciudad se construyen escuelas ubicadas en diferentes lugares para hacer posible que todos los niños de la localidad reciban la instrucción deseable, poco importaría la distancia de un predio a alguna o a todas las escuelas porque el enriquecimiento sería general por cuanto la elevación del nivel educativo de los habitantes beneficiaría a toda la comunidad. Así, en esta hipótesis bien podría ejecutarse un plan general de construcciones escolares para exigir su valorización como tributo o compensación con cargo a la totalidad de sus habitantes. El otro extremo podría estar representado por una línea ferroviaria que divida inconvenientemente una heredad de modo que el paso de los trenes transtorne su explotación por los peligros para las personas y los animales y que, no obstante, no beneficie económicamente, es decir no valorice la hacienda, porque las estaciones en donde se detenga el tren queden tan lejanas que para su utilización haya de invertirse suma más cuantiosa o al menos equivalente al costo mismo de la línea férrea en la parte

que atraviesa aquella heredad. En este caso parece que no habría beneficio sino al contrario perjuicio.

Empero, todas estas consideraciones deben provenir de reglas claras inspiradas siempre en que no es legítimo exigir retribución sino a quien se beneficie y que si después de señalada la zona de influencia alguien está en capacidad de demostrar que aunque no haya sufrido perjuicio no ha ganado beneficio, la administración debe reconocerlo así y exonerarlo de la tasa cuyo monto puede asumir directamente el Gobierno o redistribuírlo si así lo autorizan los estatutos correspondientes, entre los demás beneficiados.

En el presente juicio se discutió si la hacienda de El Naranjo mejoró su condición económica bien por el incremento de su valor o por las facilidades de su explotación, como consecuencia de la construcción de la carretera mencionada. La junta de valorización consideró que sí había un beneficio aunque reflejo pero también afirmó que ninguna facilidad adicional obtenía el predio porque su producción que es principalmente de café y de caña era más fácil llevarla al mercado a lomo de mula por los caminos de tiempo atrás utilizados porque para llegar hasta la carretera debería utilizarse otro camino por el mismo transporte de mula y allí descargar y nuevamente cargar en un vehículo para sólo recorrer ochocientos metros de carretera. Para evitar el inicial transporte por caminos de herradura sería necesario construir dentro de los predios de la hacienda carretera cuyo valor excedería obviamente al del gravamen liquidado de poco más de quince mil pesos. A esta conclusión llegaron los peritos en su muy bien fundamentado dictamen sin rebatir ninguna de sus motivaciones. Del análisis de esta fundamental prueba producida legalmente en el proceso y no objetada por ninguno de los interesados el Tribunal se limita a:

> "a) Que en efecto, el dictamen mayoritario de los peritos, si bien se presenta adornado con un ropaje técnico, no resiste ningún análisis crítico sobre su fundamentación en la apreciación de que la finca de los reclamantes no recibe en absoluto algún beneficio económico por la construcción de la carretera base del gravamen cuestionado.
>
> "No se trata de rechazarlo en lo limitado a la apreciación de los sentidos, como las características del terreno y el factor odométrico de la vía; pero en las inferencias o deducciones económicas los peritos incurren en manifiestos errores. Como al analizar únicamente si la vía se presta para sacar por ella a menor costo los productos de la finca hacia la cabecera del Municipio, dando por sentado que esta sea el único foco o polo de atracción para intercambio con la región prescindiendo de un completo estudio *odográfico* (el subrayado es del Consejo) de la carretera, en sus aspectos de conductibilidad y resistibilidad; no tomando en cuenta que también la posibilidad de llevar productos o servicios a la finca es factor valorizante; y que toda nueva vía de comunicación motorizada incide en los fenómenos de la oferta y

> la demanda, con presión sobre esta, que es en definitiva el factor fundamental en la aleación del valor de cambio. Por ello es verdad elemental en catastro que la repercusión de las vías de comunicación en el valor predial de la región, aún desde que se encuentra en proceso de construcción, nunca es igual a cero".

En lo transcrito no se analizan las razones expuestas por los peritos y sólo se expresan consideraciones muy generales o afirmaciones dogmáticas sin explicación alguna independientemente de lo poco intelegible del concepto.

El Fiscal del Consejo comenta así: "El Tribunal ante la disparidad de criterios por parte de los peritos, con relación a ese punto, designó como perito tercero al ingeniero Samuel Wigoda, quien en informe rendido con fecha 29 de noviembre de 1968 se apartó radicalmente del concepto del perito Giraldo y acogió en todas sus partes el concepto del perito Arango y en cuanto al beneficio por reflejo a que hizo alusión el perito Giraldo manifestó lo siguiente: "En cuanto al beneficio por reflejo tampoco se vé por qué no encuentro en qué consiste dicho beneficio económico ni la pueden utilizar ni aún en mínima parte. El concepto que explica el Doctor Giraldo es el de que el predio se valoriza porque los que están sobre la vía se valorizan, pero en realidad no entiendo cómo pueda ser eso, si el valor económico o utilitario de las cosas depende del mayor beneficio que reporten al hombre y a la finca El Naranjo al no beneficiarse por la carretera, mal podría tener un mayor valor si no reporta una mayor utilidad por ingresos o rebaja de costos". Mas adelante agrega: "Vemos que en el expediente obra un dictamen pericial que tiene la fuerza de plena prueba, en el cual se afirma que la hacienda El Naranjo no se beneficia ni directa ni indirectamente, ni por reflejo por la construcción de la carretera Ituango Río Ituango, pues la ubicación del inmueble con relación a la trayectoria de la carretera no le reporta beneficio alguno directo ni indirecto, ya que los medios de comunicación con la población de Ituango son distintos a los que podría proveerle dicha carretera.

> "Dicha prueba pericial no fue objetada por ninguna de las partes intesadas en el negocio, ni por error grave, fuerza o dolo, etc., y es necesario por lo tanto acogerla en la plenitud de su valor legal, ya que no existen otras pruebas en el expediente que demuestren lo contrario. La mayor o menor fundamentación técnica que ella pueda tener o que el juzgador en forma subjetiva pueda calificar, no lo autoriza para desestimarla de plano, y su decisión tiene que estar vinculada a las conclusiones a que llegaron los expertos en su dictamen, pues de lo contrario se haría nugatorio, al arbitrio del juzgador, todo el proceso probatorio expresamente reglamentado por la ley.
>
> "En estas condiciones, la fiscalía considera que en el expediente se halla suficientemente demostrado que la obra de la carretera Ituango – Río Ituango, no ha producido beneficio alguno directo ni indirecto a la hacienda El Naranjo y

no puede estimarse que dicha hacienda haya adquirido un mayor valor como reflejo de dicha obra, pues el hecho de que los predios con acceso directo a esa carretera se hayan valorizado, es decir, puedan tener una mayor demanda potencial, por la facilidad de comunicación, no significa que arrastre ese aumento de valor a aquellos predios que por su ubicación geográfica y sus condiciones topográficas no puedan beneficiarse de manera alguna de dicho medio de comunicación. Por el contrario, se le ocurre a esta fiscalía que ante una eventual demanda, quien pretenda comprar predios en esa zona buscará preferencialmente las fincas que tengan acceso directo a la carretera y perderán interés por aquellas que no lo tengan; y esa disminución del interés por parte de la demanda, se reflejará mas bien en una disminución del valor portencial del inmueble que no pueda ofrecer al comprador esa facilidad o privilegio". (Se refiere el Fiscal a la demanda comercial).

Varias otras consideraciones podrían formularse acerca del valor de las pruebas que obran en el juicio como las muy atinadas del señor abogado don Enrique Trujillo Palacio, que el Consejo comparte, pero no es necesario hacerlo y lo dicho es suficiente para fundamentar la decisión no sin advertir que la prueba testimonial por muy respetable e independiente que sea el testigo no es completamente pertinente para resolver sobre un problema técnico como el presente y que el dictamen pericial es idóneo y por tanto bastante. Con todo, no es superfluo advertir que si el Tribunal estimaba insuficientemente fundado el concepto de los peritos ha debido solicitarles aclaración o adición.

Por tanto el Consejo de Estado por intermedio de la seccción cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. Son nulas las Resoluciones números 92 de 1966 y 50 de 1967 de la Junta de Valorización del Departamento de Antioquia en cuanto por medio de ellas se impuso gravamen de valorización al señor Rafael Trujillo y a la señora María Palacio de Trujillo como propietarios de la hacienda de El Naranjo, predio identificado con la nomenclatura señalada en las mismas resoluciones así: números 2113 P. I. medio, ubicada en el Municipio de Ituango.

3. El Departamento de Antioquia reintegrará dentro del término de noventa días a partir de la ejecutoria de esta providencia a Rafael Trujillo y a María Palacio de Trujillo las sumas que hubieren consignado por concepto de la tasa de valorización de que trata este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha abril quince de mil novecientos setenta y uno.

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

Angel María Camacho Ramírez
Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

A 322 - XII 11/AN

ACTOS DEL CONCEJO MUNICIPAL DE PAIPA (BOYACA)

PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES PUBLICAS. *Naturaleza y Contenido.* **El presupuesto de una entidad pública no es un acto creador de situaciones jurídicas generales o particulares sino que por su naturaleza propia es un esquema de los programas y proyectos que intentará realizar la entidad respectiva en un determinado ejercicio fiscal y la expresión en cifras de su probable estado financiero.**

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

El Doctor Oswaldo Rengifo demandó del Tribunal Administrativo de Boyacá que declarara nulo el Capítulo III del Acuerdo número 1 de 1968 del Concejo de Paipa, por el cual se fijó el Presupuesto de Rentas y Gastos de dicho Municipio para el año de 1969. Ese Capítulo hace parte del Presupuesto de Rentas, se denomina "Impuestos Municipales" y comprende las partidas 12 a 26 de las rentas e ingresos.

Dijo el demandante que el acto acusado viola los artículos 43, 197, numeral 2o. y 206 de la Constitución, 1o., ordinal f) de la Ley 97 de 1913, 1o., ordinal a) de la Ley 84 de 1915, 1o. de la Ley 89 de 1936 y 4o. de la Ley 5a. de 1918 porque, en su concepto, incluye partidas que corresponden a impuestos que no fueron decretados previamente por el Concejo, como lo ordenan los textos constitucionales y varios de los legales que se invocan y porque no se acomoda al orden de capítulos y de materias que para la expedición de los Presupuestos Municipales fija obligatoriamente el artículo 4o. de la Ley 5a. de 1918. Asevera también que varias de las partidas del Capítulo impugnado fijan gravámenes específicos para algunos contribuyentes, como las fábricas de sulfato, de quesos o de ladrillo, circunstancia que coloca a tales contribuyentes en la imposibilidad de conseguir que se les modifique el monto del tributo a su cargo, pues ello implicaría la necesidad de que el Concejo expidiera un nuevo Acuerdo, hecho que el actor estima va en contra de todas las reglas relativas a impuestos.

Surtida la primera instancia, el Tribunal falló el 14 de julio de 1970 sin acceder a lo impetrado en la demanda. Interpuso entonces apelación el actor para insistir ante el Consejo en sus argumentaciones iniciales.

A su vez, el Doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, luego de un detenido estudio del tema *sub judice*, conceptúo que debía confirmarse lo resuelto por el Tribunal.

Se considera:

Por razones de orden y de técnica financiera, condensadas en textos de la Constitución y la ley, la Nación, los Departamentos y los Municipios deben sujetar sus planes de funcionamiento e inversiones en los distintos ejercicios fiscales a un presupuesto estudiado y aprobado por el órgano competente en cada órbita: Congreso, Asamblea o Concejo.

La elaboración del presupuesto implica un cálculo o estimativo de los ingresos para acomodar el monto de los gastos e inversiones a las cifras que resulten de ese cálculo. Naturalmente, las rentas derivadas de tributos requieren norma preexistente que los haya establecido. Y, en tratándose de contribuciones a favor de los fiscos Departamental o Municipal, es indispensable que de antemano el legislador haya autorizado a las Asambleas o Concejos para decretarlas, desde luego que estos organismos carecen de autonomía o iniciativa propias para tal efecto.

Además, con el ánimo de lograr que los Presupuestos Municipales se ajusten a principios técnicos y puedan indicar el estado financiero real de la entidad, la Ley 5a. de 1918 fijó el régimen estructural y los requisitos formales a que deben ceñirse aquellos presupuestos, de tal manera que se distingan claramente los ingresos de los egresos y que las apropiaciones para estos últimos se acomoden a los estimativos hechos en cuanto a los primeros.

Resulta así muy claro que el presupuesto de una entidad pública no es un acto creador de situaciones jurídicas generales o particulares sino que por su naturaleza propia es un esquema de los programas y proyectos que intentará realizar la entidad respectiva en un determinado ejercicio fiscal y la expresión en cifras de su probable estado financiero.

Su vigencia transitoria, circunscrita a un ejercicio anual determinado, impide pues que en él se incluyan preceptos que hayan de regir por plazo indefinido, como el creador de un impuesto, por ejemplo; y en su calidad de mero esquema de unos programas que se proyecta realizar dentro de un plazo futuro y predeterminado, hace impropio que en el presupuesto se contengan actos que determinen en concreto la situación jurídica de una o varias personas respecto de la entidad pública de que se trate, como la liquidación de aquel impuesto a las dichas personas. El presupuesto es un estimativo de ingresos, pero no el medio directo e inmediato para recaudarlos de los presuntos deudores.

Al examinar el asunto *sub judice* a la luz de los razonamientos anteriores, se desvanecen los cargos que hace la demanda contra el acto acusado.

En efecto, el artículo primero del Acuerdo número 1 de 1968, del cual hace parte el Capítulo impugnado, dice así:

> "Calcúlase en la cantidad de un millón cuarenta y tres mil quinientos trece pesos con ocho centavos ($1.043.513.08) el monto total de las Rentas Municipales para la vigencia fiscal del primero de enero al treinta y uno de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969)".

Salta pues a la vista que el Acuerdo se limita a hacer un cálculo o estimación de las rentas de Paipa en el año de 1969, como lo ordenan las normas que regulan la expedición de los Presupuestos Municipales. Y no aparece en forma alguna que mediante el acto aludido hubiese intentado el Concejo establecer nuevos impuestos o liquidarles un tributo a algunos contribuyentes en concreto, como se alega en la demanda, ya que si en las partidas 15, 16 y 25 se mencionan como sujetos tributarios la Fábrica de Sulfato, las de Queso y la de Ladrillo, nada indica que se les esté liquidando el gravamen a su cargo, sino que ello es apenas una muestra del incipiente desarrollo industrial de Paipa y del celo de sus funcionarios de ajustar en lo posible a la realidad fiscal el cálculo de los ingresos Municipales.

Sucede también que el aserto del actor de que en el presupuesto de Paipa se incluyeron impuestos que no habían sido establecidos de antemano carece de respaldo en el expediente. Y como esta comprobación era sencilla, según lo afirma acertadamente el señor Fiscal, la falta de ella deja sin fundamento el aludido cargo.

Acontece, por último, que la circunstancia de que el capítulo referente a impuestos municipales sea el tercero del cálculo de ingresos y no el segundo, como lo prevé el artículo 4o. de la Ley 5a. de 1918, no implica violación de esta norma, desde luego que ella establece apenas la discriminación mínima de los ingresos que debe hacerse en los Presupuestos de Municipios y nada impide que éstos se individualicen más en detalle, siempre que se conserve con toda claridad la separación entre rentas y gastos, que si es esencial por los aspectos legislativo y técnico y que no se mezclen o confundan las fuentes principales de entradas que el aludido artículo 4o. ordena distinguir.

El reparo es pues apenas formal y no incide, por lo tanto, en la sustancia del acto impugnado.

En consecuencia, las peticiones del libelo no están llamadas a prosperar, como lo dijo el fallo recurrido, que debe así confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

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

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

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO UNICO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

A 323 I 7 /AI

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

POSESION MINERA. El Estado es responsable del cierre intempestivo de una mina y el despojo de la posesión da lugar a indemnización de perjuicios.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez.*

Ref: Expediente número 1182.

Actor: Arcadio Muñoz Zúñiga.

En demanda presentada el 7 de marzo de 1968, el señor Arcadio Muñoz Zúñiga pidió se declarara por esta Corporación ser contraria a derecho la orden del Director de la Oficina Regional del Trabajo del Valle del Cauca, en virtud de la cual el Inspector 18 de Policía del Municipio de Cali cerró la mina "El Diamante" del señor Arcadio Muñoz Zúñiga, imposibilitando la explotación, y ser ilegal el hecho en virtud del cual tuvo cumplimiento dicha orden. Solicitó además hacer las siguientes declaraciones:

> "**Primera.** Que el señor Arcadio Muñoz tiene derecho a reabrir la mina, despejando materialmente los obstáculos puestos para taponar la bocamina y a restablecer los trabajos de explotación que venía haciendo antes del cierre. (sic).
>
> "**Segunda.** Que el señor Muñoz tiene derecho a que la Nación le indemnice los perjuicios de todo orden que se le causaron a consecuencia de las vías de hecho a que se refiere la demanda, y, por tanto, que el H. Consejo condene a la Nación a pagarlos en la cuantía que se establezca en el juicio, dentro del término perentorio que se fijará en el fallo, o en la cuantía que se establezca mediante procedimiento propio al efecto, según el Código de Procedimiento Civil".

Manifestó también lo siguiente:

> "En subsidio de la petición del numeral primero, pido: Que por la fuerza pública se ponga al señor Arcadio Muñoz en posesión material de la mina de que fue privado, en las mismas condiciones en que estaba en el momento del cierre de la bocamina y de la empresa minera, comisionando a la Policía Nacional o al funcionario de policía o administrativo de la ciudad de Cali que se considere indicado para que restablezca efectivamente la situación de que el demandante gozaba en el momento del despojo.
>
> "En subsidio de las anteriores peticiones pido: *Primero:* Que se declare que es nula la Resolución número 0430J de fecha noviembre 14 de 1967 de la Dirección

Regional del Trabajo del Valle e ilegal el cierre de la bocamina y de la empresa de explotación de hulla que adelantaba el señor Arcadio Muñoz en la mina especificada en la demanda:

"Y que, consecuencialmente y para restablecer al demandado en su derecho se decrete:

"a) La restitución de la mina y del demandante a la situación en que estaba cuando ocurrió el cierre ordenado en la mencionada providencia y realizado en virtud de la misma.

"b) El pago de los perjuicios ocasionados al actor por dicho acto.

"En subsidio de la petición de la letra a), precedente pido: Que la Policía Nacional o el Funcionario de Policía o el Funcionario Administrativo que se considere indicado se tomen las medidas para que vuelvan las cosas al estado en que estaban cuando se verificó el cierre de la bocamina y de la empresa minera del señor Arcadio Muñoz, dejándolo en posesión material, una vez despejados materialmente los obstáculos que le impiden al actor el acceso a la mina".

HECHOS:

Fundamentó el demandante las anteriores peticiones en los hechos siguientes:

1. El 2 de diciembre de 1967, un Inspector de Policía de Cali, en cumplimiento de disposiciones del Director Regional de Trabajo del Valle consignados en la Resolución número 043 de 14 de noviembre del mismo año, expulsó a los trabajadores de la mina de carbón mineral ubicada en el paraje de "La Morelia" o "El Tablón", en jurisdicción del Municipio de Cali, mina que el señor Arcadio Muñoz venía explotando desde hacía varios años, y procedió a taponar la entrada de la mina o "bocamina".

2. A la realización de tales hechos no precedió notificación de la providencia que los ordenaba, y de ésta sólo tuvo conocimiento el señor Arcadio Muñoz al averiguar de qué autoridad y por quién se había cerrado la bocamina; esto es, que se enteró informalmente cuando ya se habían consumado las vías de hecho que le hicieron imposible el acceso a la mina, ocasionando así grandes perjuicios al actor y a los trabajadores que quedaron cesantes.

3. Con estricta sujeción a las disposiciones laborales, Arcadio Muñoz venía explotando desde hacía varios años la citada mina, ubicada en el paraje "La Morelia", del Municipio de Cali, y delimitada así: Partiendo de un mojón distinguido con la letra e., línea recta, dirección S87 o–24, 18W y

longitud de 948,27 mts., hasta encontrar un mojón marcado J; de este, línea recta dirección número 480–44 18W, y longitud de 508,43 mts. hasta el mojón marcado H.; de este mojón línea recta, dirección número 380,24, 50E y longitud de 723.54 mts. hasta encontrar el mojón marcado E.; de este mojón línea recta y dirección S–710,37, 11E y longitud de 589.85 mts. hasta encontrar el mojón marcado E., punto de partida.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citaron en la demanda los artículos 30, 17 y 16 de la Constitución, que en su orden consagran la protección de la propiedad privada, la del trabajo y la función primordial de las autoridades.

También se invocó el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, según el cual "los funcionarios del ministerio (del Trabajo) podrán tomar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos cuando lo crean conveniente, para impedir que se violen las dispociones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical", precepto éste, que en concepto del demandante, fue quebrantado, porque en él se habla de medidas preventivas y no eliminatorias como las que ordenó el Director Regional del Trabajo del Valle del Cauca.

CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Según lo estima el señor Fiscal 2o. se deben despachar favorablemente las súplicas de la demanda, condenando a la Nacional Colombiana a pagarle al señor Arcadio Muñoz Zúñiga, a título de indemnización, la suma fijada por los peritos.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Son hechos suficientemente probados en este juicio, el cierre de la mina carbonífera que en el sitio "La Morelia" del Municipio de Cali, venía explotando en su totalidad hasta el 2 de diciembre de 1967 el señor Arcadio Muñoz Zúñiga, y que aquello se verificó materialmente por el Inspector 18 de Policía de la ciudad citada, quien obró cumpliendo órdenes del Secretario de Gobierno Municipal, el que a la vez atendió la solicitud formulada por el señor Inspector Nacional del Trabajo. Efectivamente, en la Resolución número 043–DJ de noviembre 14 de 1967, este funcionario depuso:

> "**Artículo Primero.** Ordenar como así ordena, la suspensión de actividades y cierre en la mina carbonífera explotada por el señor Arcadio Muñoz, ubicada en esta ciudad, en la calle 8a. oeste, carrera 25–D, a efectos del cumplimiento de la

anterior disposición, solicítase el apoyo y colaboración a la Secretaría de Gobierno de este Municipio enviándole copia de la presente providencia la que para este caso, o sea el de la mina del señor Muñoz, tiene el carácter de cúmplase por ser una medida preventiva, de orden público y de inmediata ejecución".

El carácter tripartita de esa actuación no impide fijar con exactitud la persona a quien ella pueda imputarse. La orden la impartió una Autoridad Nacional, que lo fué el Inspector Nacional del Trabajo del Valle del Cauca; y las demás autoridades que intervinieron se limitaron a prestar sin exceso la colaboración que les fue pedida.

Se halla también fehacientemente probado que la Resolución número 043 de 14 de noviembre de 1967 no se notificó personalmente al señor Arcadio Muñoz, persona a quien esa providencia iba a afectar, no obstante ser empresario conocido en la Ciudad, y en los estrados judiciales muy llevado y traído. De autos consta que el señor Muñoz, y por razón de controversias originadas en la explotación de la mina "El Diamante", ha sido parte en numerosas causas ventiladas en los Juzgados Municipales y de Circuito y en los Tribunales Superiores y de lo Contencioso Administrativo. También había figurado anteriormente en actuaciones adelantadas por Autoridades Laborales. No se hizo la notificación personal y sí la notificación por edicto, desfijado el cual se procedió a cumplir la providencia. Pero las formas de notificación no pueden ser sustituídas discrecionalmente una por otra, pues la Ley (artículos 10 y 11 del Decreto 2733 de 1959) terminantemente disponen que la notificación por edicto sólo procede cuando no se pudiera hacer la notificación personal. No hay constancia de que se hubiera intentado la notificación personal, y mal podría haberla, desde luego que esa forma de notificación se omitió voluntariamente cuando se dijo en la Resolución número 043 antes citada que esa providencia tendría "el carácter de cúmplase por ser una medida preventiva, de orden público y de inmediata ejecución".

Al proveído le dió su autor un rango que no tiene en los preceptos de nuestro Derecho, para absolverlo así del requisito de la notificación personal, y no reparando que de esa manera el acto se hacía ineficaz. Cuando un acto administrativo no se notifica o se notifica indebidamente, aún siendo válido en su interior, no es oponible, no adquiere eficacia contra el tercero. Nuestra Ley dice a ese respecto que un acto tal "no producirá efectos legales". Por lo tanto, si algunos efectos produce, esos efectos serán ilegales, desprovistos de fuerza jurídica, y constitutivos de la figura que se conoce con el nombre de "Vías de Hecho". Es generalmente aceptado que la "Vía de Hecho" se produce por falta de derecho o por falta de procedimiento. La Resolución número 043 DJ de 14 de noviembre de 1967, proferida por el Inspector Nacional del Trabajo del Valle del Cauca, se ejecutó sin haberla notificado al

señor Arcadio Muñoz y privando a éste de ejercer los recursos legales. La ejecución constituyó, pues, una "Vía de Hecho". Esto permitirá al Juzgador escoger fácilmente en la vasta gama de peticiones principales, subsidiarias y subsidiarias de subsidiarias que formuló el demandante, el pronunciamiento debido si el estudio del informativo condujera a una decisión favorable. No tratándose, por falta de la notificación, de Actos, sino de Hechos, los cuales son distintos, no obstante el denominador común de Actividad Administrativa, es absolutamente irrelevante ocuparse de la legalidad intrínseca de la resolución antes nombrada. Lo que importa determinar es si el actor se le vulneró un derecho, y hasta donde esa vulneración menoscabó su patrimonio. La circunstancia de no haber sido notificada, es lo que permite prescindir de toda consideración sobre la exactitud legal de la Resolución número 043 DJ. de 1967, varias veces citada, y no la existencia de la Resolución número 030–DJ de septiembre 10 de 1968, producida por el Director Departamental del Trabajo del Valle del Cauca. Se dispuso en ésta anular todo lo actuado a partir de la expedición de la Resolución número 043, y poner en conocimiento de las partes la nulidad por falta de notificación de la misma, adoptando un procedimiento invertido. La providencia fue recurrida, y no se sabe ni interesa saber la suerte que haya corrido.

Que el demandante Arcadio Muñoz Zúñiga fue vulnerado de un derecho, es algo que consta indubitablemente de las constancias procesales, pues si es cierto que según certificado del Ministerio de Minas, expedido el 26 de septiembre de 1969, en esa fecha aún no se le había concedido a Muñoz el permiso número 233, en cambio está demostrado que aquél venía explotando la mina "El Diamante" desde varios años antes del cierre efectuado el 2 de diciembre de 1967. Efectivamente, en la Resolución número 0590 de 30 de abril de 1965, del Ministerio de Minas, por la cual se revocó la distinguida con el número 1878 de 21 de abril de 1964, que contenía la orden de cierre de la citada explotación, se reconoce que el señor Arcadio Muñoz ha *"venido explotando la mina y ha formulado solicitud de permiso para continuar haciéndolo, solicitud que se encuentra en trámite en la actualidad"* Parece por lo mismo, que bajo el número 233 se radicó una solicitud de renovación de permiso, ya vencido uno anterior, y no una petición original de permiso.

Igualmente, en providencia del 3 de junio de 1965, proferida por el Jefe de la Sección de Asuntos Individuales de la Regional del Trabajo del Valle, se reconoce a Arcadio Muñoz como explotador de la mina "El Diamante", y precisamente por tener este carácter se le hace una conminación. Mediante Resolución número 022 de agosto 4 de 1965, del mismo origen, se sancionó al señor Muñoz con una multa de cien pesos diarios, en su calidad de ocupante del terreno o predio denominado *"Mina el Diamante"*.

Por oficio del 25 de septiembre de 1964, oficio que luego fue revocado, el Ministerio de Minas y Petróleos solicitó al señor Alcalde de Cali ordenar "el cierre inmediato de los trabajos de explotación" adelantados por el señor Arcadio Muñoz. Y por otro que lleva el número 1377 de 5 de diciembre de 1963 el señor Secretario General del Ministerio de Minas, al dar instrucciones al Alcalde de Cali sobre la explotación de algunas minas de carbón, extiende autorización a Arcadio Muñoz para adelantar su explotación mientras se tramita el permiso número 233. La antigua explotación de Muñoz consta también de la Resolución número 043 de 14 de noviembre de 1967, del Inspector Nacional del Trabajo del Valle del Cauca, providencia por medio de la cual se ordenó el cierre, y uno de cuyos considerandos es del siguiente tenor: "La situación anómala y violatoria de la ley en la mina del señor Arcadio Muñoz es de vieja data, y las autoridades administrativas laborales han sido burladas sistemáticamente, por no existir en esa oportunidad normas coercitivas para que su acción no sea nugatoria".

De la relación anterior se deduce que si de las cuatro especies de posesión minera, a saber: regular, violenta, clandestina y ordinaria, que establece el artículo 290 del Código de la materia, no pudiera atribuírse al señor Arcadio Muñoz la regular, que es, según los términos del artículo 291, "la que tiene el dueño de una mina titulada, que paga puntualmente el impuesto establecido en el Capítulo 11", tampoco se le puede imputar la posesión violenta, que es "la que se adquiere por la fuerza (artículo 292), ni la clandestina, que es "la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a élla" (artículo 295). La posesión a Muñoz atribuíble es la ordinaria, que según el artículo 296 ss. "la que no pertenece a ninguna de las clases anteriores", y que según el artículo 304 se adquiere desde el momento en que se dé el aviso de que hablan los artículos 8, 79, 346 y 367.

La posesión, ya sea regular u ordinaria, es un hecho del cual provienen derechos, y de ahí que, tanto en derecho civil como en derecho minero, existen los interdictos posesionarios en virtud de cuyo ejercicio se puede pretender el mantenimiento de la posesión o la recuperación de élla. La perturbación y el despojo de la posesión dan lugar a indemnizaciones de perjuicios, y por eso que así como en el artículo 442 del Código de Minas se establece que "la demanda para la indemnización de daños causados por la perturbación o despojo de la posesión, se intentará y seguirá ante el juez competente según su cuantía y por los trámites de un juicio ordinario", en el artículo 2342 del Código Civil se dispone que puede pedir indemnización no sólo el que es dueño de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, sino también el poseedor, el usufructuario, el habitador y el usuario. El cierre de una de las bocaminas de la mina "El Diamante" en las condiciones en que fue verificado, o sea constituyendo una Vía de Hecho, perturbó la posesión del señor Muñoz Zúñiga, vulnerándole un derecho y afectando su patrimonio.

Esto es bastante a justificar la indemnización que el Estado deberá pagarle, sin que sea preciso, por lo tanto, entrar en consideraciones de distinción entre la existencia o no existencia del Permiso, o sobre la diferencia entre el Permiso y la Concesión. Mientras para algunos el Permiso es revocable y transitorio, la Concesión tiene una "intensidad jurídica" de que aquél carece.

En cuanto a la regulación de los daños se debe considerar lo siguiente: Por los hechos que han originado este proceso, la mina "El Diamante" no fue cerrada totalmente. Continuó su explotación en buena parte de élla, pues aquéllos terminaron con la explotación en el frente de San Fernando, pero no con la adelantada en el frente de Siloé. Así lo reconocen los peritos doctores Maximiliano Gaviria G. y Félix Costa García; así resulta de la diligencia de cierre practicada por el Inspector 18 de Policía, en la cual consta que se cerró una de las entradas y salidas de la mina; y así lo corrobora la diligencia de inspección ocular practicada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 21 de octubre de 1968, donde se expresa: "En seguida el personal de la diligencia se trasladó a la Bocamina ubicada en el Barrio Siloé, la mina que queda a la margen izquierda de la quebrada de Isabel Pérez, observándose que su entrada se encuentra perfectamente abierta y que por ella penetró a los socavones el personal de la diligencia hasta una distancia aproximada de trescientos cincuenta metros (350 mts.) donde laboraban normalmente en esos momentos diez (10) trabajadores mineros dedicados a la extracción de carbón. . . ". También en la Resolución número 043 DJ de 1967, tan conocida en autos, se afirma que en la visita practicada como medida previa, se encontraron en la mina veinte (20) trabajadores. La obligada deducción de las atestaciones anteriores, es la de que en el frente clausurado, que fue el de San Fernando, quedaron cesantes diez trabajadores, y que la explotación minera disminuyó proporcionalmente a la cesación de esa mano de obra.

En el dictamen pericial, dictamen que es fundado y explicado, y que fue puesto en conocimiento de las partes sin haber sido objetado y sin haberse formulado ninguna observación sobre él se fijaron los siguientes valores:

Para la restauración de la motobomba, incluídos mano de obra, repuestos, empaquetaduras y lubricantes	$10.000.oo
Para reemplazar la madera dañada por la inundación	$ 1.500.oo
Para reemplazar rieles	$ 5.000.oo
Para extracción de aguas y retiro de derrumbes y despojos	$ 500.oo
Para reparaciones en las otras cruzadas y galerías	$ 3.000.oo
Total reparaciones	$20.000.oo

Los peritos, con fundamento en indagaciones que debieron verificar, establecieron que el promedio de producción diaria en la mina, era al

momento del cierre, de tonelada y cuarto por trabajador, o sea de veinticinco (25) toneladas diarias por los veinte (20) que laboraban en la mina el día del cierre de la bocamina de San Fernando. Fijaron el costo de explotación por tonelada en la suma de cincuenta y cinco pesos ($55.oo); el valor promedio por cada tonelada vendida, en noventa y cuatro pesos con cinco centavos ($94.05), y la utilidad líquida en treinta y nueve pesos con cinco centavos ($39.05). Con base en estas cifras concluyeron que el lucro cesante por día fue de novecientos setenta y seis pesos con veinticinco centavos ($976.25), o sea el producto de multiplicar la utilidad líquida por unidad, por el número de toneladas producidas diariamente.

Hicieron los peritos dos importantes aclaraciones:

1. Que el cálculo de toneladas producidas diariamente comprendía toda la mina con sus dos frentes de explotación: el de Siloé y el de San Fernando, porque no les había sido posible hacer el cálculo por separado para fijar el lucro cesante por el frente clausurado que fue el último de los nombrados.

2. Que para establecer el lucro cesante hicieron dos cálculos: uno hasta el 10 de septiembre de 1968, día en el cual quedó ejecutoriada la providencia del Consejo de Estado que suspendió provisionalmente los efectos de la Resolución número 043 DJ. de 14 de noviembre de 1967, y otro hasta el 21 de octubre de 1968, día de la inspección ocular verificada por el Consejo de Estado, durante la cual se abrió la bocamina de San Fernando. Ello para que por esta Corporación se acogiera el cálculo pertinente.

Además de las anteriores estimaciones los peritos hicieron las siguientes:

53 días hábiles de explotación transcurridos desde el 2 de diciembre de 1967 hasta el 10 de septiembre de 1968	228
Días hábiles transcurridos desde el 1o. de septiembre de 1968 hasta el 21 de octubre del mismo, fecha en que se abrió la bocamina de San Fernando.	34
Tiempo que se necesitará para comenzar los trabajos.	4
Según lo anterior, el lucro cesante de 228 días fue de.	$222.585.oo
En los 34 días siguientes fue de.	33.192.50
Y en los 4 calculados para la restauración de los trabajos de.	3.905.oo

A estas cifras agregaron el costo de las reparaciones, estimado en un 30o/o de la suma de estos valores,	$ 20.000.oo
o sea la cantidad de.	$ 63.000.oo
Por concepto de costos del presente juicio.	
Total de los perjuicios estimados por los peritos.	$363.567.25

El lucro cesante por razón del cierre del frente de San Fernando, que fué el único cerrado, pues el de siloé siguió en explotación, no es difícil establecerlo con base en los datos que proporciona el proceso. Efectivamente, si eran veinte los trabajadores que se ocupaban en toda la mina, y en el frente de Siloé quedaron diez después del cierre de San Fernando, los otros diez laboraban en este frente, y al quedar cesantes, la producción total de la mina quedó afectada en la mitad de élla. No serían, pues, veinticinco toneladas diarias las producidas durante el tiempo del cierre, sino doce y media; ni novecientos setenta y seis pesos con veinticinco centavos (976.25), lo dejado de producir por día, sino solamente cuatrocientos ochenta y ocho pesos con doce centavos ($488.12).

Por lo que se refiere al día hasta el cual debe computarse el lucro cesante, el que debe tenerse en cuenta es el 10 de septiembre de 1967 en el cual debió comenzar a operar la suspensión provisional ordenada por la Sección Primera del Consejo de Estado. Con esa providencia el actor quedó dotado de un instrumento para restablecer sus derechos, instrumento que no utilizó, pues no existe constancia alguna al respecto. El lucro cesante causado posteriormente es imputable a su negligencia. *Mutatis mutandis* es aplicable al caso lo que en otras ocasiones ha dicho esta Sala: "Pero la regulación del lucro cesante no puede estar sujeta a la voluntad del actor en cuanto al día para instaurar la demanda. Cuando él sin razón justificada se demora para accionar, la cesación en la percepción del lucro no ha dependido exclusivamente del hecho dañoso, sino también de la negligencia de la víctima que no acudió a ejercitar sus derechos desde que pudo hacerlo".

Para el caso que se ventila en este expediente, el lucro cesante de que se privó al señor Arcadio Muñoz Zúñiga deberá estimarse hasta el diez de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, o sea, durante doscientos veintiocho días, y a razón de cuatrocientos ochenta y ocho pesos doce centavos por día, lo cual arroja un valor de ciento once mil doscientos noventa y un pesos con treinta y seis centavos ($111.291.36). A esto se deberá agregar el valor de las reparaciones necesarias para reabrir operaciones en el frente clausurado, valor estimado pericialmente en veinte mil pesos ($20.000.oo) lo mismo que el del lucro cesante durante los días indicados en el dictamen como término para

poder reiniciar labores, el cual se ha de fijar por los cuatro días señalados, y a razón de cuatrocientos ochenta y ocho pesos con doce centavos diarios, o sea, en la suma de mil novecientos cincuenta y dos pesos con cuarenta y ocho centavos ($1.952.48).

Y por lo que respecta a las costas judiciales, es necesario tener en cuenta el precepto del artículo 576 del Código Judicial, según el cual el Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser condenados en costas. En virtud de esta disposición es de rigor prescindir de la estimación que por ese concepto hicieron los señores peritos. La indemnización a que el señor Arcadio Muñoz Zúñiga tiene derecho, es, por consiguiente, de ciento treinta y tres mil doscientos cuarenta y tres pesos con ochenta y cuatro centavos ($133.243.84).

DECISION:

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. La Nación es responsable de los perjuicios ocasionados al señor Arcadio Muñoz Zúñiga con motivo del cierre de la bocamina de San Fernando de la mina "El Diamante", ubicada en el paraje "La Moralia" del Municipio de Cali, hecho ocurrido el dos de diciembre de mil novecientos sesenta y siete.

2. Como reparación de los perjuicios ocasionados al citado señor Arcadio Muñoz Zúñiga, condénase a la Nación a pagarle dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de ciento treinta y tres mil doscientos cuarenta y tres pesos con ochenta y cuatro centavos ($133.243.84).

3. No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de febrero once de mil novecientos setenta y uno.

Alfonso Castilla Saiz — Gabriel Rojas Arbeláez — Osvaldo Abello Noguera — Carlos Portocarrero Mutis.

Victor M. Villaquirán M.
Secretario.

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

A 324-XIII 11 / AE /

ELECTORALES

PAPELETAS DE VOTACION. Después de la Reforma Constitucional de 1968 cualquier partido político puede inscribir listas de candidatos a Concejales y Diputados y obtener el favor popular. La obligación de colocar en las papeletas de votación el encabezamiento del nombre del partido político tradicional por el cual se vota, puede considerarse abolida.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D.E., febrero tres de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Eduardo Aguilar Vélez.*

Los ciudadanos *Valentín Moreno Salazar* y *Pedro D. Ibarguen*, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción pública de carácter electoral, demandaron ante el Tribunal Administrativo del Valle, la nulidad del acto de escrutinio y la declaratoria de elección de los Concejales del Municipio de Buenaventura, que aparece en el acta suscrita el 28 de abril del pasado año. Como consecuencia de dicha nulidad solicitaron que se hiciera un nuevo escrutinio con el objeto de computar los votos emitidos en favor de la lista que encabeza el demandante Moreno Salazar como principal, con la suplencia de Pedro D. Ibarguen; se adjudiquen los puestos correspondientes y se expidan las credenciales respectivas.

El Tribunal, en sentencia proferida el 25 de agosto último no accedió a las súplicas de la demanda. El apoderado de los demandantes apeló y el negocio llegó al Consejo. Tramitada la segunda instancia en forma legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, es oportuno proferir el correspondiente fallo.

A ello se procede.

A) FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Se expresa en la demanda que la comisión escrutadora dejó de computar los 1003 votos emitidos por el Movimiento de Dignidad Popular Liberal para Concejo Municipal de la ciudad de Buenaventura, por solicitud de algunas personas y bajo el pretexto de que en las papeletas no se había puesto el nombre del partido político por el cual se votaba. El no cómputo de estos votos hizo rebajar el número de sufragios de 20.634 a 19.630, afectándose en esta forma la declaratoria de elección para dicho Concejo. Esta actitud es ilegal, si se tiene en cuenta que el problema planteado a la Comisión Escrutadora es de orden jurídico y solo puede ser resuelto por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Consideran pues los actores que la

Comisión Escrutadora excedió sus funciones al no contabilizar los votos del movimiento de dignidad Popular Liberal, pues estas comisiones solo están autorizadas para declarar las nulidades contempladas en el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932.

Además el Decreto 400 de 1957, que estatuye sobre todo lo relacionado con inscripción de listas, juramento, etc., no consagra como nulidad la omisión en las papeletas del nombre del partido político por el cual se vote.

Se han violado así mismo, en opinión de los demandantes los artículos 56, 172 y 178 de la Constitución Nacional. El primero por cuanto que la Comisión escrutadora no pertenece a la Rama Jurisdiccional y al atribuirse funciones estrictamente judiciales, invadió un campo de actividad que le está vedado. El segundo, porque se quebrantó la representación proporcional de los partidos y el 179 porque desconoció la función del sufragio.

B) EL FALLO APELADO

El Tribunal de Instancia no accedió a las súplicas de la demanda sin hacer estudio del problema que se le planteaba. Estimó el *a–quo* que en el expediente faltaban pruebas que eran indispensables para la prosperidad de la acción, tales como la demostración de que la lista encabezada por los demandantes fue legalmente inscrita, cuántos renglones conformaban la lista y en fin, cuáles eran las demás listas inscritas para poder hacer el escrutinio, en caso de que la acción tuviera alguna prosperidad.

C) CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, después de transcribir el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932, estimó que la Comisión Escrutadora no ejerció sus facultades dentro de los límites establecidos en esta disposición, sino que entró a hacer consideraciones de orden jurídico, ajenas a sus atribuciones y, por lo mismo violó la norma en mención.

Agregó el Fiscal que al no contabilizarse los votos emitidos por la lista encabezada por los demandantes se violentó el artículo 1o. de la Ley 39 de 1946, pues el cuociente electoral debe liquidarse sobre el cómputo total de los votos emitidos, sin distinciones de carácter partidista, ya que la paridad en los Concejos y Asambleas se encuentra eliminada por mandato constitucional.

Pidió, pues el Agente del Ministerio Público revocar la providencia recurrida y acceder a las súplicas de la demanda.

D) CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Todo el sistema electoral vigente en Colombia busca evidentemente obtener que la voluntad popular se manifieste libremente y se refleje en las distintas corrientes que integran los partidos políticos.

De conformidad con la Reforma Plebiscitaria de 1957, que consagró la paridad de los partidos Liberal y Conservador en las Corporaciones Públicas, el Decreto 400 del mismo año, en su artículo 41 dispuso que las papeletas de votación debían encabezarse con una inscripción, en caracteres destacados, en que se expresara el nombre del partido político tradicional por el cual se votaba. Era la consagración clara y obvia de que solo los partidos tradicionales colombianos podían participar en el manejo de la Cosa Pública. Se excluían así otras organizaciones políticas de la actividad electoral.

Pero el artículo 50 del Acto Legislativo número 1o. de 1968, que corresponde al 172 de la Constitución Nacional, abolió para las elecciones que habrían de verificarse en 1970, la paridad en los Concejos y Asambleas y ordenó aplicar en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación de los partidos políticos.

Ya aquí no se menciona para nada a los partidos políticos tradicionales.

De ahí, pues que cualquier partido político podía inscribir listas de candidatos a estas corporaciones y obtener el favor popular. Ya los aspirantes a Asambleas y Concejos Municipales, no necesitan postularse por el partido Conservador o por el Liberal; pueden hacerlo por cualquier partido político de otra denominación.

De tal manera que la obligación de colocar en las papeletas de votación el encabezamiento del nombre del partido político tradicional por el cual se vota, puede considerarse abolida.

Las papeletas correspondientes a los votos que fueron declarados nulos por la Comisión escrutadora llevaban la siguiente leyenda: "lista oficial del Movimiento de *Dignidad Popular para el Período Constitucional de 1970 y 1972*". Leyenda esta suficiente para que los electores supieran por quien estaban votando.

De otro lado hay constancia en el expediente que la lista encabezada por los actores fue normalmente inscrita.

Estas consideraciones serían suficientes para acceder a las súplicas de la demanda.

No obstante la Sala quiere dejar en claro que, realmente, la Actitud de la Comisión escrutadora rebasó los límites de sus facultades al excluir los 1.003 votos emitidos por el movimiento de Dignidad Popular.

A este respecto vale la pena transcribir lo que dice el señor Fiscal, por encontrarlo la Sala ajustado a la legalidad.

> "Esta Fiscalía ha estudiado cuidadosamente las peticiones de la demanda, el acta de escrutinio acompañada a élla y las disposiciones legales mencionadas por el actor, entre las cuales se destaca en forma concluyente el artículo 14 de la Ley 7a. de 1932, que expresamente determina y limita las atribuciones y facultades que tienen las comisiones escrutadoras, para los actos de cómputo de los votos y escrutinios de los mismos, así como para la determinación de los cuocientes electorales.
>
> "En efecto, dicho artículo 14 prescribe lo siguiente:
>
> "Las comisiones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia, aquéllas solo pueden declarar nulidades referentes a exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la Corporación que los expidió; a errores aritméticos, y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos".

De acuerdo con el texto de la disposición anterior, y a las constancias que aparecen en el acta de escrutinio, está debidamente establecido que ninguno de los hechos previstos en la Ley, tuvieron ocurrencia en el caso planteado a la Jurisdicción Contenciosa, pues tan sólo, a petición de un tercero, la Comisión Escrutadora consideró que las papeletas consignadas en las urnas y debidamente anotadas en los registros de votación, en las que aparecía como candidatos al Concejo Municipal de Buenaventura, una lista de candidatos encabezada por el señor Valentín Moreno Salazar como principal y Pedro D. Ibarguen como suplente, a nombre del Movimiento de Dignidad Popular, no tenían valor legal alguno por no constar en ellas que dichas listas correspondían al Partido Liberal.

> "Cabe observar, que de acuerdo con las constancias que obran en el Acta de escrutinio, se contabilizaron, computaron y escrutaron en votos para la Cámara, por el Partido Liberal para listas encabezadas por el mismo señor Valentín Moreno Salazar y su suplente Pedro D. Ibarguen.
>
> "Lo anterior nos está indicando, que la Comisión Escrutadora, para tomar la decisión reclamada no ejerció sus facultades dentro de los límites establecidos por el mencionado artículo 14, sino que entró a hacer consideraciones de orden jurídico,

para apreciar la legalidad o ilegalidad de los votos que fueron descontados, y por lo tanto excedió sus atribuciones y violó la disposición tantas veces mencionadas".

Es necesario entonces revocar la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle y ordenar un nuevo escrutinio, sin que pueda decirse, como lo afirma el fallador de primer grado, que el escrutinio se hace imposible por no aparecer en el expediente ciertos documentos indispensables para tal efecto. El artículo 238 del C. C. Administrativo autoriza al Tribunal y al Consejo solicitar los documentos que sean indispensables para un nuevo escrutinio. Así lo hará el *a–quo* en el presente caso: Pedir a la Registraduría del Estado Civil de Buenaventura y a la Alcaldía del mismo los documentos indispensables para el escrutinio y que fueron echados de menos en el fallo que se revisa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Fiscal Tercero;

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, dictada en este juicio, con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos setenta.

En su lugar se dispone:

Anúlase el acta de escrutinios y la declaratoria de elección de los Concejales del Municipio de Buenaventura, que aparece en el acta suscrita el 28 de abril del pasado año, por la Comisión Escrutadora del mismo Municipio.

Como consecuencia el Tribunal Administrativo del Valle verificará un nuevo escrutinio, dentro de los términos indicados en el artículo 238 del C. C. A., pudiendo ampliar dichos plazos en espera de los documentos indispensables para tal acto. Se expedirán por el mismo Tribunal las credenciales de quienes resulten electos.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Portocarrero Mutis – Presidente – *Gustavo Salazar Tapiero* – Vicepresidente – *Eduardo Aguilar Vélez* – *Oswaldo Abello Noguera* – *Alfonso Arango Henao* – *Nemesio Camacho Rodríguez* – *Alfonso Castilla Saiz* – *Jorge Dávila Hernández* – *Hernando Gómez Mejía* – *Juan*

Hernández Sáenz — Lucrecio Jaramillo Vélez — Miguel Lleras Pizarro — Humberto Mora Osejo — Alvaro Orejuela Gómez — Gabriel Rojas Arbeláez — Rafael Tafur Herrán.

Angel María Camacho Ramírez
Secretario.

A 325 / XII 12 / AE

ELECTORALES

ACTO ADMINISTRATIVO. En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: Organo Competente, Voluntad Administrativa, Contenido, Motivo, Finalidad y Forma.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D. E., marzo nueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez.*

Ref: 1725.

Actor: Francisco Sefair López.

Apelación del auto de 18 de noviembre de 1970 del Tribunal Administrativo del Tolima. Nulidad de la elección de la señora Luz Gómez V. de Osorio, efectuada el 1o. de noviembre de 1970 por el Concejo Municipal de Alpujarra.

En demanda de 13 de noviembre de 1970, el señor *Francisco Sefair López,* obrando a nombre propio y en virtud de la acción pública, consagrada en el artículo 66 del C. C. A., y por el procedimiento establecido en el capítulo 20, título 4o. del mencionado código, demanda la nulidad de la elección hecha por el Concejo Municipal de Alpujarra, departamento del Tolima, en la persona de la señora Luz Gómez Vda. de Osorio, para desempeñar el cargo de secretaria de esa Corporación. Según el actor, dicha elección viola el artículo 83 de la Constitución Nacional.

El señor Sefair López acompaña a su demanda los siguientes documentos:

1. Copia auténtica de la parte pertinente del acta de la sesión del Concejo Municipal de Alpujarra, correspondiente al día 1o. de noviembre de 1970;

2. Copia auténtica del oficio por medio del cual se le comunicó a la señora Gómez Vda. de Osorio su nombramiento;

3. Un certificado de la Contraloría General del Departamento del Tolima, en el cual consta que el presupuesto del municipio de Alpujarra es superior a $300.000.oo; y

4. Certificación expedida por la Delegación Departamental del Estado Civil, en la cual constan los nombres de los concejeros principales y suplentes del municipio de Alpujarra para el período constitucional de 1970 a 1972.

Con fecha 18 de noviembre de 1970, el Tribunal Administrativo del Tolima dictó un auto por el cual niega la admisión de la demanda, por los siguientes motivos:

> "a) Por no haber acompañado el actor la copia auténtica del acto demandado, como lo exige el artículo 211 del C. C. A., ni haber solicitado del Concejo Municipal la expedición de la copia y que ésta le hubiere sido denegada. El actor se conformó con traer una constancia expedida por la Secretaría del Concejo Municipal de Alpujarra. Pero resulta que esa constancia de ninguna manera constituye la copia auténtica que la ley ordena presentar con la demanda.
>
> "b) De otra parte, se observa que el señor Sefair López no se encuentra inscrito como abogado titulado ante este Tribunal".

El señor Sefair López apela de este auto ante el Consejo de Estado.

Para decidir la Sala considera:

— I —

En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: Organo competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma.

1. **Organo Competente**

El acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa. Además, el órgano de la administración debe actuar dentro de los límites de su competencia. Si los excede, el acto resulta viciado, con mayor o menor intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido.

2. **Voluntad Administrativa**

Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida, exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo.

A este respecto algunos tratadistas plantean el problema de si la voluntad de la administración puede originar actos administrativos válidos, manifestándose en forma tácita. En estos casos el acto tácito se infiere de

otros actos expresos que lo presuponen necesariamente. Más adelante se volverá a tratar este punto.

3. Contenido

Todo acto administrativo debe tener un contenido determinado, el cual debe ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes. La existencia de este contenido, ajustado a las normas jurídicas vigentes y superiores, es un elemento esencial para la validez del acto.

4. Motivo

El concepto de causa del derecho privado no puede aplicarse exactamente a los actos administrativos, porque en derecho privado se trata generalmente de convenciones libremente pactadas por las partes, mientras que, en derecho administrativo, generalmente se trata de actos unilaterales, que emanan de una sola voluntad o sea la voluntad de la administración.

La administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y derecho que corresponde. En las actividades fundamentalmente reguladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo.

5. La Forma

Las entidades públicas, en su calidad de personas jurídicas, expresan su voluntad a través de ciertos procedimientos. Las formalidades del acto administrativo no pueden confundirse con su forma. Las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto. La forma es el modo como se documenta la voluntad administrativa que da vida al acto.

En derecho administrativo no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en los textos. Inclusive son posibles los actos administrativos tácitos, implícitos y aún verbales. Sobre la doctrina de los actos implícitos, sostenida por muchos tratadistas, pueden citarse la sentencia del Consejo de Estado, de 19 de junio de 1961, ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta. (Anales del Consejo, tomo 43, 1961).

— II —

En el caso *sub judice*, el demandante aporta al expediente la siguiente prueba del acto administrativo verificado por el Concejo Municipal de Alpujarra, al elegir secretaria del Concejo Municipal a la señora Luz Gómez Vda. de Osorio.

"La suscrita Secretaria del Concejo Municipal de Alpujarra, Tolima, a solicitud del Honorable Concejal Cárlos Romano Sefair López, transcribe el aparte del Acta de instalación del Concejo Municipal, el primero de noviembre de mil novecientos setenta, relacionada con el nombramiento de secretario de la Corporación.

"Por el nombre de la señora Luz Gómez Vda. de Osorio se contabilizaron cinco votos afirmativos y tres votos negativos, obteniendo la mitad más uno de los votos totales del Cabildo.

"Una vez hecho el escrutinio, el presidente de la Corporación la declaró elegida secretaria a la misma.

"El Honorable Concejal Carlos Romano Sefair López, dejó constancia de que demandaría este nombramiento por considerar que no llena los requisitos establecidos por la ley.

"Igualmente aparece una constancia en la cual se dice que el Honorable Concejal Luis Armando Rojas Gómez, es sobrino de la mencionada señora, y que, por lo tanto, su parentezco de consanguinidad se encuentra dentro del segundo grado, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 171 de la Ley 4a. de 1913, adicionada por el artículo 4o. de la Ley 28 de 1922".

Además, a folios 4 del expediente, se acompaña una copia de la comunicación de la elección que la secretaria del Concejo Municipal de Alpujarra hace a la señora Luz Gómez Vda. de Osorio.

— III —

De lo anteriormente expuesto se deduce:

a) Que el acto acusado o sea la elección de la señora Gómez de Osorio, emana de un órgano administrativo, cual es el Concejo Municipal de Alpujarra, el cual manifestó su voluntad administrativa, eligiéndola secretaria del Concejo, dentro de las finalidades que la ley fija a los Concejos Municipales;

b) Que esa voluntad administrativa del Concejo Municipal de Alpujarra está corporificada en el acta No. 1 de la sesión del día 1o. de noviembre de 1970, acta de la cual se trajo al expediente copia debidamente

autenticada de la parte relativa a la elección de secretario, habiendo, además, constancia de que la elección fue comunicada a la elegida, señora Gómez de Osorio;

c) Que no habiendo formas genéricas para los actos administrativos, excepto cuando la ley misma las preveé y, aún más, que pueden existir actos administrativos implícitos y aún verbales, cuya prueba no está sometida a determinadas formas, la Sala considera que los documentos aportados al juicio de la referencia constituyen copia auténtica del acto demandado, tal como lo exige el artículo 211 del C.C.A. ;

d) Se observa por último que, siendo la acción electoral una acción pública, cualquier ciudadano puede intentarla.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Revoca el auto de 18 de noviembre de 1970 del Tribunal Administrativo del Tolima, referente a la demanda de nulidad de la elección de la señora Luz Gómez Vda. de Osorio, y en su lugar se ordena admitir la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Juan Hernández Sáenz – Presidente – *Osvaldo Abello Noguera* – *Eduardo Aguilar Vélez* – *Alfonso Arango Henao* – *Nemesio Camacho Rodríguez* – *Alfonso Castilla Saíz* – *Jorge Dávila Hernández* – *Hernando Gómez Mejía* – *Miguel Lleras Pizarro* – *Lucrecio Jaramillo Vélez* – *Alvaro Orejuela Gómez* – *Humberto Mora Osejo* – *Carlos Portocarrero Mutis* – *Gabriel Rojas Arbeláez* – *Gustavo Salazar Tapiero* – *Rafael Tafur Herrán.*

Angel María Camacho Ramírez
Secretario General.

A 326-XI → 146

ELECTORALES

REGISTROS PRACTICADOS POR LOS JURADOS DE VOTACION. Nulidad cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros del Jurado.

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogota, D.E., marzo diez de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Castilla Saiz.*

Ref: Expedientes números 1554 y 1559.

Juicios Electorales Acumulados.

Actores: Hugo Palacios Mejía y Hernán Berdugo Berdugo.

En sesión del ocho de septiembre de 1970, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dispuso, en vista del informe secretarial que obra en los autos, que los juicios electorales distinguidos con los números de radicación 1554 y 1559 se fallaran en una sola instancia, pues, con ellos se persigue un pronunciamiento sobre las elecciones realizadas el 19 de abril de 1970 en la circunscripción electoral del Atlántico. Consecuente con esta determinación, el sustanciador del juicio 1554, ordenó dar el aviso correspondiente y fijó fecha para el sorteo del Consejero que debía encargarse de la redacción del proyecto de fallo. Agotado este procedimiento y cumplidas todas las formalidades exigidas por la ley, estando en firme el auto de citación para sentencia y no encontrando causal alguna capaz de anular los juicios referidos, se procede a fallarlos por medio de esta providencia.

JUICIO 1554

De este juicio es actor el Doctor Hugo Palacios Mejía, quien en demanda oportunamente presentada ante el Consejo, formula las siguientes peticiones:

"a) Que demanda la *anulación* de la declaratoria de elección de Armando Zabaraín y Luis Enrique Cerra como Senadores, principal y suplente respectivamente, por la Circunscripción Electoral del Atlántico, y para el período 1970 – 1974, que consta en el Acta número 1 del 16 al 19 de junio de 1970, de los Delegados de la Honorable Corte Electoral y miembros de la comisión escrutadora. Pido, por lo tanto, que se anulen las credenciales respectivas.

"b) Como consecuencia de la petición anterior, solicito del H. Consejo que, dentro de la recta aplicación del artículo 172 de la Constitución Nacional, y según

los resultados electorales, proceda a declarar elegidos a quienes corresponda, en reemplazo de aquellos cuya elección se anule, y que expida las credenciales del caso".

Como fundamento de hecho, dice la demanda que ante la Alcaldía de Barranquilla fueron inscritas 2 listas por el partido conservador con candidatos para el Senado de la República, la una encabezada por el señor Próspero Carbonell M'Causland y la otra por el señor Clemente Salazar Movilla, listas que en las elecciones del 19 de abril de 1970, lograron los sufragios que anota el libelo. Que los delegados de la Corte Electoral dedujeron un cuociente electoral de 15.454 votos, resultado éste de dividir por tres el total de votos emitidos, lo cual es un error que indujo a estos señores a declarar electos los dos integrantes de la lista encabezada por el señor Salazar Movilla, con menoscabo de quienes conforman la encabezada por el señor Carbonell M'Causland. Que si los señores delegados de la Corte Electoral hubieran dividido el número de votos emitidos por todas las listas inscritas por el partido conservador por dos, el cuociente habría sido diferente y, con una recta aplicación del artículo 172 de la Constitución Nacional, se habrían declarado electos a los señores Próspero Carbonell M. como principal y al señor Régulo Lavalle Matera como suplente, en lugar de los elegidos Armando Zabaraín como principal y Luis Enrique Cerra como suplente.

Dice el actor que el inciso 3o. del artículo 172 de la Carta sólo puede tener efecto a partir de las elecciones de 1974, por lo cual la aplicación hecha por los señores Delegados de la Corte Electoral fue indebida, toda vez que no podían tener en cuenta y aplicar el inciso 3o. del artículo Constitucional en cita, sino el parágrafo transitorio del mismo artículo, porque aquél se refiere a la elección de "solamente" dos individuos, estableciendo así un cuociente común, cuando habla de "total de votos válidos", lo cual es incompatible con el régimen de la paridad. Esta argumentación lo induce a pensar en la violación del artículo 172 en referencia, lo cual afirma en su libelo de demanda.

También se ha violado con este acto impugnado, según el autor del libelo, el numeral 1o. del artículo 45 de la Ley 157 de 1887 juntamente con el parágrafo transitorio del mismo artículo 172 de la Carta, porque, mientras el inciso 3o. del artículo constitucional en mención se refiere a todas las elecciones, el parágrafo transitorio sólo se aplica a elecciones para Congreso en 1970 y a las que hagan las Cámaras hasta 1974. Porque, la parte general y el inciso 3o. del artículo 172, se refieren a las elecciones "entre partidos", mientras que el parágrafo transitorio de esa misma norma hace relación al caso de que hayan "varias listas" de un solo "partido". Porque, la parte general consagra un cuociente común que se determina por dos métodos,

cuando vayan a elegirse "dos" (inciso 3o.) o "más personas", y el parágrafo crea dos cuocientes, pero no distingue método para deducirlos. Porque, la intención de la parte general del mismo artículo 172 es la de terminar con la paridad, en tanto que la del parágrafo transitorio busca eliminar el "arrastre" o los "feudos podridos", sin indicar método alguno para calcular el cuociente electoral. Porque, el inciso 3o. habla de "total de votos válidos" como base para calcular el cuociente electoral y el parágrafo transitorio, en referencia, limita esa base a "únicamente" los votos emitidos por listas del partido que ha inscrito varias y por ello establece dos cuocientes. El primer sistema enunciado, según el actor, es incompatible con el régimen paritario, mientras el segundo lo supone necesariamente. Finalmente, dice el demandante, que ha faltado aplicación del artículo 204 del C. C. A., todo lo cual hace que el acto que él acusa sea digno de una declaratoria de nulidad por parte del Consejo, con todas las consecuencias jurídicas que tal nulidad acarrea.

El señor Armando Zabaraín se presentó, por medio de apoderado, como impugnador de la demanda y solicitó una serie de pruebas que fueron decretadas y que durante el término legal se allegaron al expediente. Posteriormente, tanto actor como impugnador alegaron de conclusión sosteniendo cada uno sus puntos de vista inicialmente expuestos para formular con base en ellos, las peticiones correspondientes.

La Agencia del Ministerio Público, representada por el Doctor Eduardo Aguilar Vélez, después de hacer una interpretación razonada del artículo 172 de la Carta, y de afirmar categóricamente que el sistema establecido en esa norma se hizo para garantizar la representación proporcional de los partidos políticos en las corporaciones públicas al finalizar el régimen paritario, y la de las listas de un mismo partido, mientras dure la paridad es partidario de la negativa a las peticiones formuladas por el demandante, por estimar que no han existido, con los actos acusados, violaciones a normas de carácter superior.

Para resolver el problema planteado la Sala considera:

En caso de exactas proyecciones jurídicas fue debatido por la Sala como antecedente de la Sentencia de 17 de octubre próximo pasado, cuando se analizaba el juicio que promovió el doctor Hugo Escobar Sierra en procura de la anulación del Acuerdo número 4 de la H. Corte Electoral, por medio del cual esa Corporación declaró electos a los Senadores y Representantes conservadores y liberales por la circunscripción electoral del Quindío, "por ser violatorio de la Constitución y de las leyes en cuanto aplicó indebida y equivocadamente el cuociente electoral, en las elecciones realizadas el 19 de abril del año de 1970.

En aquella ocasión se sostuvo que las violaciones indicadas por el Doctor Escobar Sierra, que son las mismas que, en relación con este punto, trae la demanda del Doctor Hugo Palacio Mejía, no existían, porque, según los antecedentes del artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que corresponde al artículo 172 de la Carta, su alcance no era precisamente el dado por los demandantes en aquel y en este juicio, sino otro muy diferente.

Dijo el Consejo entonces:

"El argumento de que en las elecciones para Senadores y Representantes verificadas en 1970 no se debía aplicar el inciso 3o. del artículo 5o. del Acto Legislativo número 1 de 1968 (artículo 172 de la Carta), sino el Parágrafo transitorio del mismo artículo, o sea que en el caso de la elección de solo dos personas, para obtener el cuociente electoral se debía dividir por dos y nó por tres no es válido si se tiene en cuenta, además de lo dicho anteriormente, estas razones: El Acto Legislativo número 1 de 1945, para arrancar de ahí este breve comentario, dijo que el sistema del cuociente electoral se aplicaría cuando se fuera a votar por más de dos personas; igual precepto contiene el artículo 2o. de la Reforma Plebiscitaria, pero refiriéndose, como era obvio, al caso de listas de un mismo partido. La paridad, como es sabido, la consagró el Plebiscito hasta el año de 1968, y luego fue prorrogada hasta el año de 1974 por el Acto Legislativo número 1 de 1959, es decir, por seis años más. En todo este lapso, cuando quiera que se tratara de elegir más de dos individuos, debía aplicarse el sistema del cuociente electoral, y el de mayorías para la elección de dos o uno. Contra el sistema de mayorías para la elección de dos se pronunciaron muy respetables grupos de opinión pues ciertamente en no pocas ocasiones resultaban burlados legítimos intereses de las minorías. Acogiendo este clamor, el Gobierno presentó a la consideración del Congreso el proyecto de Acto Legislativo número 63 de 1966 por medio del cual se hacía extensivo el sistema del cuociente electoral al caso de la elección de solo dos personas. En la respectiva exposición de motivos se lee lo siguiente:

"**Artículo 6o.** Está destinado a extender las normas de la representación proporcional aún al evento de la elección de dos personas, destruyendo con ello las deformaciones de la opinión electoral que se han dado en llamar 'Feudos podridos'. En el Parágrafo se conserva el principio sobre el cuociente electoral para las listas de cada partido que prevee el Plebiscito de 1957".

"Así las cosas y después de prolongados e intensos debates, de este proyecto y de las modificaciones, adiciones y supresiones que se le introdujeron en el Congreso, resultó el Acto Legislativo número 1 de 1968 con el cual se inició lo que ha venido llamándose el 'Desmonte del frente nacional', por la circunstancia de haberse recortado el período de la paridad para las Asambleas y Concejos Municipales que debía llegar hasta el año de 1974, suprimiéndolo para las elecciones de 1970, pero subsistiendo hasta aquél año para Senado y Cámara de Representantes. Igualmente se consagró allí la aplicación del sistema del cuociente electoral para la elección de dos o más individuos reglamentándolo minuciosamente; esta reglamentación dejó

sin vigencia toda la legislación anterior sobre la materia, y para precisar su alcance conviene detenerse aunque sea brevemente a examinar la historia de esta reglamentación.

"Las leyes electorales anteriores a esta reforma ya habían definido lo que debía entenderse por cuociente electoral, o sea la operación de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer y cuyo resultado sería el cuociente. El Acto Legislativo de 1968 volvió a definirlo haciéndolo extensivo a la elección de dos o más personas, pero agregó un inciso, el tercero del artículo 50 que es el de que se viene hablando, según el cual cuando se tratare de elegir solamente dos debía dividirse por tres y no por dos como lo indicaba su propia definición, o sea que consagró un cuociente general para cuando se tratara de elegir más de dos personas y uno especial cuando se fuera a elegir solamente dos. Cuál la razón? Según los antecedentes de esta reforma, la iniciativa de aumentar en una unidad cuando se tratara de elegir solo dos personas, no tuvo orígen para este específico caso, sino que se propuso para cualquiera que fuera el número de personas a elegir, y fue precisamente un matemático quien la formuló, el Doctor Guillermo Gaviria Echeverri, de quien son las siguientes palabras:

"El sistema electoral, como se aplica en Colombia, es matemáticamente inconsistente, de lo que se derivan sus dos defectos fundamentales, a saber:

"a) Cuando se trata de elegir más de dos personas, el cuociente es excesivo y por ello recarga los requerimientos de las listas con opinión mayoritaria, castigando la disciplina de los partidos y fomentando las disidencias personalistas. Por razón de este alto cuociente cada representante de una lista mayoritaria necesita generalmente el doble de la opinión popular de los disidentes, que normalmente sacan apenas la mitad del cuociente.

"b) En el caso de solo dos personas a elegir, la inconsistencia matemática del sistema llevó a que el legislador lo eliminara pasando al otro extremo, que es el de proteger en exceso a cualquier mayoría, por pequeña que sea, creándole el sistema de los llamados 'feudos podridos', que predomina especialmente para la elección de Senado".

En seguida explica el sistema propuesto en la siguiente forma:

"El cuociente será el número entero inmediatamente superior al que resulte de dividir el total de votos emitidos por el número de cargos a distribuir más uno. Los cargos se adjudicarán dividiendo primero las listas mayores que el cuociente así obtenido, por éste, y colocando luego los residuos en orden descendente, para adjudicar los cargos a los residuos mayores, hasta agotar la provisión de dichos cargos".

Refiriéndose al caso de la elección de solo dos personas, dice:

"Aplicando el mismo sistema propuesto, se eliminan los 'feudos podridos', causa de problemas electorales, presiones oficiales, maniobras fraudulentas, pues de un solo

voto pende todo o nada, al par que se defiende el justo derecho de minorías respetables.

"Y si se revisan otros documentos relacionados con los antecedentes de esta reforma, se encuentran también estos mismos y otros argumentos que hacían aconsejable acoger el sistema propuesto para que tuviera aplicación inmediata y nó para cuando terminara el sistema de la paridad. Por ejemplo, del informe de la Comisión del Senado que estudió este proyecto, ponencia para segundo debate, es pertinente transcribir lo siguiente: 'Nuevo cuociente. El cuociente que establece el referido artículo 9o. se obtiene dividiendo el total de votos válidos por el número de puestos por preveer más uno. La razón de la mecánica del nuevo sistema tiene consistencia matemática y lógica democrática. Al dividir por el número de puestos 'por preveer más uno' se obtiene la reducción del cuociente, que es, precisamente, lo que asegura la representación de las minorías, especialmente cuando se trata de elegir solo dos personas, como ocurre actualmente para el Senado (por partido) en Atlántico, Bolívar, Cauca, Córdoba, Chocó, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Guajira y Quindío, y para Cámara en Chocó, Meta, Guajira y Quindío. Este sistema, según el inciso final del artículo 9o., será de aplicación inmediata, aun cuando la ley no lo hubiere desarrollado. Esto quiere decir que, de ser aprobado el proyecto, regirá para las elecciones de 1968'. Más claro no hay nada".

La Sala agrega ahora, que lo que hizo el Parágrafo transitorio del artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968 (artículo 172 de la Carta) fue precisamente extender la aplicación del cuociente electoral, como quedaba reglamentado en ese artículo, para las elecciones de Senadores y Representantes que se realizaran en 1970, en virtud de que en tales elecciones y para este caso concreto, continuaba rigiendo el sistema de la paridad, con el propósito de que se obtuviera la representación proporcional de las listas de cada partido.

En síntesis, a partir de la Reforma Constitucional de 1968, el sistema del cuociente electoral tal como lo prevee el artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de ese año, artículo 172 de la Carta, debe aplicarse en toda elección en que se vaya a elegir dos o más personas, trátese del régimen de la paridad o del de la libertad de los partidos, principiando en las elecciones de 1970, con esta modalidad: cuando se trate de elegir más de dos personas el total de votos válidos emitidos por el número de puestos por proveer, pero cuando se trate de elegir solamente dos personas, la división deberá hacerse por el número 3.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que H. Corte Electoral aplicó correctamente el sistema del cuociente electoral en la declaración de elecciones por medio del Acta número 1 del 16 al 19 de junio de 1970, elaborada por los Delegados de la Corporación anotada y Miembros de la

Comisión Escrutadora, correspondiente a la Circunscripción Electoral del Atlántico para el período 1970–1974.

No prospera, pues, este cargo.

JUICIO NUMERO 1559

Este fue iniciado por el Doctor Hernán Berdugo Berdugo, quien por medio de apoderado constituido para el caso, demandó del Consejo de Estado, lo siguiente:

"1. Que se declare la nulidad del escrutinio y los demás Actos y Registros Electorales pertinentes, por medio de los cuales los Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Atlántico, en las sesiones verificadas en Barranquilla, los días 16, 17 y 18 de junio del presente año, declararon electos a los ciudadanos señalados en el Acta de Escrutinios correspondiente, como Senadores y Representantes por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico, por haber computado los registros electorales y los votos de las mesas de votación números 46, 47, 55, 58, 59, 79, 90, 97, 131, 152, 167, 168, 192, 207, 208, 209, 237, 239, 254, 256, 290, 315, 324, 325, 349, 367, 389, 393, 415, 421, 423, 444, 461, 477, 488, 496, 498, 501, 502, 544, 555, 592, 608, 636, 639, 652, 660, 663 y 667, mesas éstas que funcionaron en la ciudad de Barranquilla, el día 19 de abril del año en curso en el debate electoral para elegir Presidente de la República; cuyos registros y votos están viciados de nulidad;

"2. Que se declare la nulidad del escrutinio y demás Actos y Registros Electorales pertinentes, por medio de los cuales los Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Atlántico, en las sesiones verificadas en Baranquilla, los días 16, 17 y 18 de junio del año en curso, declararon electos a los ciudadanos señalados en el Acta de Escrutinio correspondiente, como Senadores y Representantes por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico; por haber computado los registros electorales y los votos de las mesas de votación números 1, 5, 6 y 19 que funcionaron en Baranoa, el referido 19 de abril del presente año y los de las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Pital, jurisdicción del mismo Municipio de Barranquilla, por estar viciados de nulidad;

"3. Que se revoque la Resolución No. de junio del presente año, expedida por los Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Atlántico, en los escrutinios verificados por ellos en los días 16, 17, y 18 de junio del año en curso, según consta en el acta correspondiente, por medio de la cual se abstuvieron de computar los registros electorales y los votos de las mesas de votación número 1, que funcionó en el corregimiento de La Peña, municipio de Sabanalarga (Atlántico) el día 19 de abril del presente año, en el debate electoral para elegir Presidente de la República y miembros de las Corporaciones Públicas; por cuanto no existen motivos legales para tomar esa decisión inhibitoria; y en su lugar, se ordene el cómputo de esos votos y registros en el escrutinio que habrá de verificarse como secuela de las anteriores ordenaciones;

"4. Que se proceda a verificar nuevo escrutinio de los votos emitidos en el Departamento del Atlántico, con exclusión de los depositados en las mesas de votación cuyos registros y votos hayan sido declarados nulos, a fin de que se declaren electos para Senadores y Representantes los ciudadanos a quienes les corresponda legalmente".

A folios 26 a 65 obra una "Copia del Acta General de los escrutinios departamentales practicados por los señores Delegados de la Honorable Corte Electoral, de los votos consignados para elegir Presidente de la República, Senadores, Representantes a la Cámara y Diputados a la H. Asamblea Departamental, en las elecciones verificadas el día 19 de abril de 1970", la cual se allegó a los autos el 2 de julio de 1970 y que aparece a folios 26 y ss. del Cuaderno Principal.

Los hechos enunciados por el demandante pueden sintetizarse así: respecto de las mesas enumeradas en la petición primera, que funcionaron en la ciudad de Barranquilla, dice que los respectivos escrutinios no fueron presenciados por la mayoría absoluta de los miembros de los jurados de votación por cuanto las actas de escrutinio están firmadas unas por dos de ellos, otras por uno y las demás por ninguno. En cuanto a las mesas 1. 5, 6 y 19 que funcionaron en la cabecera del Municipio de Baranoa, dice que las Actas de dos de ellas, sin especificarlas, también tienen la misma falla, y en las otras dos, que el escrutinio fue terminado a las 10 y 45 y 11 de la noche "sin que conste la hora en que empezaron las votaciones en dichas mesas, razón por la cual hay que presumir que eso ocurrió a la hora normal, o sea, a las 8 a. m.". Sobre las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Pital, el cargo consiste en que se produjo doble votación "por cuanto ciudadanos que ya habían votado en la cabecera de dicho Municipio también lo hicieron en las mesas 1 y 2 del Corregimiento de Pital. Además en la número 2, el Acta de Escrutinio de los jurados de votación, registra un número de votos inferior a la totalidad de las papeletas encontradas con los pliegos y documentos de dicha mesa". Y en cuanto a la solicitud de revocatoria de la Resolución de los Delegados de la Corte Electoral por medio de la cual se abstuvieron de computar los registros electorales y los votos de la Mesa número 1 del Corregimiento de La Peña, Municipio de Sabanalarga, a que se refiere la petición 3a., enumera una serie de hechos que el demandante considera suficientes para que el Consejo de Estado revoque tal Resolución, tales como que "uno de los ejemplares del Acta de Escrutinio, que reposaba en poder del Presidente de la Mesa de Votación número 1 de dicho Corregimiento señor Antonio J. Mercado, fue enviado por éste a la Comisión escrutadora y al Registrador del Estado Civil. Posteriormente, durante la diligencia de escrutinio, los miembros de esa mesa de votación señores Antonio J. Mercado, Leonidas Sarmiento, Diego Fontalvo y Mamerto Cera dirigieron un escrito a los mismos funcionarios, autenticado ante el Inspector de Policía de

La Peña, manifestando que las firmas de ellos que aparecían en el Acta de Escrutinios, eran auténticas y fueron estampadas el día 19 de abril del año en curso". Afirma también que los mencionados señores miembros del jurado de la Mesa número 1, posteriormente declararon ante el Inspector de Policía de La Peña "y explicaron que en realidad hubo una confusión al principio entre los pliegos de las mesas número 1 y 2 del Corregimiento de la Peña, porque en la tarde del día 19 de abril del presente año, llovió en La Peña y las tres mesas de votación hubo que meterlas al edificio del Colegio, quedando juntas las 1 y 2; que debido a la oscuridad reinante, porque no hay energía eléctrica y sólo había una lámpara, por error se copiaron en la número 1 los datos electorales de la número 2; pero que eso fue corregido con una nota que se puso en los dos primeros ejemplares que se llenaron de las actas de escrutinio, las cuales debían ser remitidas a Sabanalarga con el Delegado del Registrador, señor Miguel A. Cabarcas, quien las reclamaba urgentemente; que las demás Actas de Escrutinio, inclusive la que quedó en poder del Presidente fueron llenadas sin error alguno; que la lista general de sufragantes fue llenada correctamente y enviada a Sabanalarga y que no sabían si por error fue enviada al Juzgado Municipal o a otros funcionarios; que como la bolsa donde metieron los documentos para el Registrador, cuando ya estaba lacrada se rompió, por la ligereza se metió en otra bolsa más grande que fue también lacrada y debidamente cerrada", etc.

El acto acusado es, pues, el Acta de Escrutinio practicado por los Delegados de la Corte Electoral que declaró la elección de Senadores y Representantes del Departamento del Atlántico, y pese a las deficiencias que se observan en la redacción de la demanda, la Sala procede a fallar en el fondo pues estima que ellas no alcanzan a configurar la ineptitud de la demanda.

Se constituyó como parte impugnadora por intermedio de apoderado, el señor Féliz E. Barrios Lubo quien, lo mismo que el actor, solicitó la práctica de varias pruebas, todas las cuales fueron decretadas.

El señor Fiscal de la Corporación anotó también las mismas deficiencias en la demanda, pero al igual que la Sala, estima que no son suficientes para impedir el pronunciamiento de fondo. En su opinión debe accederse a la petición primera de la demanda, o sea la de que se declare la nulidad de los registros correspondientes a las 50 mesas impugnadas, por carecer las Actas de Escrutinio correspondiente, de las firmas de la mayoría absoluta de los respectivos jurados de votación, y que se nieguen las demás peticiones, por no haberse demostrado los hechos en que se fundan.

Como fundamento de derecho invoca el demandante el numeral 2o. del artículo 195 del C. C. A., y cita varios fallos del Consejo de Estado relacionados con esta causal de nulidad.

Para resolver se considera:

El acto impugnado, o sea el escrutinio realizado por los Delegados de la Corte Electoral y la correspondiente declaratoria de elección, se realizó sobre las actas de escrutinio de las respectivas comisiones municipales escrutadoras que funcionaron en todo el Departamento del Atlántico, tal como está ordenado por la ley, y durante este escrutinio, según consta, no se presentaron impugnaciones de ninguna naturaleza sobre estas cincuenta mesas, sino sobre otras, como se verá más adelante. Por esta razón conviene detenerse a examinar el proceso del escrutinio municipal de la ciudad de Barranquilla correspondiente a las elecciones del 19 de abril de 1970.

Instalada la Comisión Escrutadora Municipal de esa ciudad, los numerosos candidatos, sus representantes, y en fin un buen número de interesados y público en general, solicitaron que el escrutinio se realizara por el sistema del recuento de votos, mesa por mesa, lo cual en principio, fue negado por la Comisión, pero luego aceptado, según la siguiente Resolución:

"*República de Colombia. Registraduría del Estado Civil.* Barranquilla, abril 16 de 1970. *Asunto. Al. La Comisión Escrutadora del Municipio de Barranquilla.*

"La Comisión Escrutadora del Municipio de Barranquilla teniendo en cuenta que por Resolución de la fecha no accedió a verificar el escrutinio de las elecciones efectuadas en este Municipio el domingo diecinueve próximo pasado mediante el recuento de las papeletas consignadas, contra solicitud de distintos candidatos a Corporaciones Públicas, testigos de candidatos y público que se encuentra presenciando la labor escrutadora;

"Que la solicitud del recuento de papeletas de votación se fundamenta en noticias de que los Miembros de los Jurados de Votación de las mesas instaladas el día de las elecciones no llegaron las actas de escrutinios debidamente sino incurrieron en omisiones, errores y confusiones que no permiten reflejar el verdadero resultado de los comicios populares;

"Que los reñidos resultados de los comicios para Presidencia, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental y Concejo Municipal son susceptibles de variar al recontar voto por voto, sistema que garantizaría la imparcialidad y fidelidad de los resultados electorales, además de que atiende el gran clamor de los distintos grupos y candidatos,

RESUELVE:

"Procédase a los escrutinios mediante el sistema de recuento de las papeletas de votación, para lo cual se revoca la Resolución de la fecha que dispuso lo contrario. Cúmplase. (Fdo.) *Edgardo Granados Suárez*. (Fdo.) *Erwin Arteta Caro*. (Fdo.) *Medardo Ramírez Lastra*, Secretario".

En consecuencia, el escrutinio general de todas las mesas de la ciudad de Barranquilla fue hecho contando papeleta por papeleta, mesa por mesa, labor que llevó a la Comisión a trabajar durante 47 días consecutivos. Este procedimiento está autorizado por los artículos 143 y 166 de la Ley 85 de 1916, que dicen:

> "**Artículo 143.** En todos los casos en que el Jurado Electoral (hoy la Comisión Escrutadora) tuviere dudas sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación, o noticias de otras irregularidades cometidas en los escrutinios, se verificará lo hecho abriendo el paquete de papeletas y haciendo el escrutinio de los votos como está dispuesto para los jurados de votación". Y el inciso final del artículo 32 del Decreto número 3254 de 1963 consagra y ordena el mismo sistema respecto de las Comisiones escrutadoras.
>
> "**Artículo 166.** Si no se consiguiere Acta alguna de Escrutinio de una circunscripción electoral, pero sí las papeletas o copia de lo conducente del Acta de la Sesión, practicará el Gran Consejo el escrutinio especial".

Así pues, el escrutinio de la totalidad de las mesas de votación que funcionaron en la ciudad de Barranquilla para las elecciones del 19 de abril de 1970, fue hecho por la Comisión Escrutadora Municipal "haciendo el recuento de votos como está dispuesto para los jurados de votación", o sea, asumiendo las funciones de estas corporaciones, para lo cual, como es obvio, podía prescindir de las Actas de Escrutinio, pues si no fuere así no tendría objeto alguno hacer el escrutinio en esa forma. O en otras palabras, la Comisión Escrutadora Municipal realizó el escrutinio primario de la ciudad de Barranquilla. Y sobre las actas de esta Comisión, los Delegados de la Corte Electoral realizaron el suyo. No hay como se vé, transgresión alguna de los preceptos legales en el proceso de escrutinio de las Mesas de Votación de la ciudad de Barranquilla.

La causal de nulidad en que se apoya este juicio es la consagrada en el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., que dice:

> "Son nulos los registros practicados por los jurados de votación en los siguientes casos. . .
>
> "2. Cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación".

En dos ocasiones, pues, surge la nulidad según esta disposición, a saber:

a) Cuando las elecciones, es decir el acto de la votación, desde que principia hasta que termina, el jurado ha estado desintegrado por la ausencia de la mayoría de sus miembros, y

b) Cuando en el acto del escrutinio también esté desintegrado el jurado por la misma causa.

Obviamente, la nulidad no resulta propiamente de la falta de las respectivas firmas en el Acta de Escrutinio, pues eso no es lo que dice la ley, sino de la inasistencia de la mayoría absoluta, bien en el acto de la votación, o bien en el acto del escrutinio. El cargo que hace el actor en cuanto a estas mesas es el de que el respectivo escrutinio hecho por los jurados de votación no fue presenciado por la mayoría absoluta de sus miembros, que es precisamente la causal de nulidad invocada, y su demostración pretende encontrarla en el hecho de que algunas de las actas carecen de esas firmas. No se ha atacado por ningún otro concepto, y no hay constancia de que en estas mesas no hubieran podido sufragar libremente. Se debe resolver entonces, si la simple omisión de firmas en las Actas de Escrutinio de los jurados de votación constituye plena prueba de la falta de asistencia al escrutinio o al acto de la votación.

Ciertamente, el Consejo de Estado ha dicho que basta establecer la omisión de las respectivas firmas para que se entienda que la mayoría de los miembros del jurado no presenciaron el escrutinio, pero ello, sin embargo apenas es un indicio, no necesario, desde luego, porque para que resulte la plena prueba, es necesario que la falla anotada aparezca en los siete ejemplares de las Actas de Escrutinio que deben hacer los jurados de votación, y que no sea posible tener en cuenta otros documentos con los cuáles se pueda establecer no solamente que las elecciones y los escrutinios se realizaron legalmente, sino la normalidad del proceso electoral. Por eso, en el caso de la causal de nulidad taxativa consagrada en el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., hay necesidad de probar plenamente que el escrutinio o la elección, no fue presenciado por esa mayoría de jurados.

Sobre el particular, es pertinente transcribir los siguientes pasajes de dos sentencias de esta Corporación, una de fecha 7 de noviembre de 1960 y otra del 18 de junio de 1967, que dicen:

> "No hay razón alguna para sostener que las votaciones no se realizaron o los escrutinios parciales no se efectuaron en presencia, por lo menos de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, cuando *de los documentos* que registran la instalación y escrutinios aparece inequívocamente que para las mesas hubo, desde su apertura y hasta el momento de efectuar los escrutinios parciales, el número de personas que, con el título legal de jurados, debían actuar allí de conformidad con la ley. Además, la ley presume que estos actos, como los demás que son propios de un proceso electoral, se han cumplido con arreglo a sus disposiciones y que, por consiguiente quien desee impugnarlos está en la obligación de demostrar fehacientemente que los hechos fundamentales para su validez no se han cumplido, indicando sin lugar a dudas en qué consiste el vicio y cuál es su prueba".

Y la de fecha 18 de junio de 1967 recaída en los juicios electorales acumulados números 540, 541, 542, 543 y 544, que dice:

> "Empero, lo procedente no es todo sobre el particular. Como bien puede que al firmar los jurados los siete ejemplares ordinales (sic) de las Actas de Escrutinio que hoy tienen obligación de suscribir, alguno o algunos de ellos, por descuido o negligencia omiten su firma en uno o varios ejemplares, para que las Corporaciones Escrutadoras puedan prescindir del cómputo de registros no firmados en la mayoría por los jurados, al tenor del numeral 7o. del artículo 41 del Decreto 3254 de 1963, en relación con el 42 del mismo, es menester que tales entidades tengan a la vista los susodichos siete ejemplares, y que en todos ellos aparezca la referida falla. Este reglamento que no pugna con el numeral 2o. del artículo 195 del C. C. A., sino que lo completa por lo expresado antes, es norma de prudencia que debe ser tenida en cuenta por la justicia contencioso administrativa cada vez que se trate de aplicar la nulidad de que se trata, para evitar que con base en ejemplar que haya sido traído como prueba al expediente, que puede ser el de la omisión involuntaria de una firma, no se inponga erróneamente la sanción aludida".

En el proceso electoral pueden considerarse dos etapas, una que se realiza ante las autoridades y corporaciones de la Rama Electoral, y otras ante el Contencioso Administrativo, y ambas se encaminan a buscar la verdad electoral. Ante las corporaciones electorales, los ciudadanos pueden formular reclamos por los motivos indicados en las leyes, y las corporaciones tienen la obligación de atenderlos y resolverlos de acuerdo con su competencia y según los preceptos legales. Entre estas reclamaciones está la consagrada en el artículo 41 del Decreto número 3254 de 1963, según el cual "cuando los siete (7) ejemplares de las actas de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos", caso en el cual las comisiones escrutadoras se abstendrán de computar los votos correspondientes a estos registros, a petición de cualquier ciudadano (artículo 42 *ibídem*). Pues bien, si ante una comisión escrutadora se solicita que no se computen los votos de determinada mesa por la falta de la firma, en los siete ejemplares del Acta de Escrutinio, de tres jurados, y tal cosa se comprueba, resultaría evidentemente la nulidad de ese registro, siempre, que, por otra parte, el escrutinio se haga sobre aquellas Actas sin tener en cuenta otros elementos, y este no es el caso presente.

Y siguiendo con la etapa ante las corporaciones electorales y concretamente en lo que respecta a los escrutinios realizados por la comisión escrutadora de Barranquilla, se tiene que ante esa Comisión, ni ante la Comisión formada por los Delegados de la Corte Electoral, se solicitó que se abstuvieran de computar los votos o registros de las mesas impugnadas aquí, pues lo que allí ocurrió fue precisamente lo contrario, que ante la Comisión Escrutadora Municipal se pidió que se hiciera el escrutinio de la totalidad de las mesas que funcionaron en esa ciudad, por el sistema del recuento de votos lo que así

b) Cuando en el acto del escrutinio también esté desintegrado el jurado por la misma causa.

Obviamente, la nulidad no resulta propiamente de la falta de las respectivas firmas en el Acta de Escrutinio, pues eso no es lo que dice la ley, sino de la inasistencia de la mayoría absoluta, bien en el acto de la votación, o bien en el acto del escrutinio. El cargo que hace el actor en cuanto a estas mesas es el de que el respectivo escrutinio hecho por los jurados de votación no fue presenciado por la mayoría absoluta de sus miembros, que es precisamente la causal de nulidad invocada, y su demostración pretende encontrarla en el hecho de que algunas de las actas carecen de esas firmas. No se ha atacado por ningún otro concepto, y no hay constancia de que en estas mesas no hubieran podido sufragar libremente. Se debe resolver entonces, si la simple omisión de firmas en las Actas de Escrutinio de los jurados de votación constituye plena prueba de la falta de asistencia al escrutinio o al acto de la votación.

Ciertamente, el Consejo de Estado ha dicho que basta establecer la omisión de las respectivas firmas para que se entienda que la mayoría de los miembros del jurado no presenciaron el escrutinio, pero ello, sin embargo apenas es un indicio, no necesario, desde luego, porque para que resulte la plena prueba, es necesario que la falla anotada aparezca en los siete ejemplares de las Actas de Escrutinio que deben hacer los jurados de votación, y que no sea posible tener en cuenta otros documentos con los cuáles se pueda establecer no solamente que las elecciones y los escrutinios se realizaron legalmente, sino la normalidad del proceso electoral. Por eso, en el caso de la causal de nulidad taxativa consagrada en el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., hay necesidad de probar plenamente que el escrutinio o la elección, no fue presenciado por esa mayoría de jurados.

Sobre el particular, es pertinente transcribir los siguientes pasajes de dos sentencias de esta Corporación, una de fecha 7 de noviembre de 1960 y otra del 18 de junio de 1967, que dicen:

> "No hay razón alguna para sostener que las votaciones no se realizaron o los escrutinios parciales no se efectuaron en presencia, por lo menos de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, cuando *de los documentos* que registran la instalación y escrutinios aparece inequívocamente que para las mesas hubo, desde su apertura y hasta el momento de efectuar los escrutinios parciales, el número de personas que, con el título legal de jurados, debían actuar allí de conformidad con la ley. Además, la ley presume que estos actos, como los demás que son propios de un proceso electoral, se han cumplido con arreglo a sus disposiciones y que, por consiguiente quien desee impugnarlos está en la obligación de demostrar fehacientemente que los hechos fundamentales para su validez no se han cumplido, indicando sin lugar a dudas en qué consiste el vicio y cuál es su prueba".

Y la de fecha 18 de junio de 1967 recaída en los juicios electorales acumulados números 540, 541, 542, 543 y 544, que dice:

> "Empero, lo procedente no es todo sobre el particular. Como bien puede que al firmar los jurados los siete ejemplares ordinales (sic) de las Actas de Escrutinio que hoy tienen obligación de suscribir, alguno o algunos de ellos, por descuido o negligencia omiten su firma en uno o varios ejemplares, para que las Corporaciones Escrutadoras puedan prescindir del cómputo de registros no firmados en la mayoría por los jurados, al tenor del numeral 7o. del artículo 41 del Decreto 3254 de 1963, en relación con el 42 del mismo, es menester que tales entidades tengan a la vista los susodichos siete ejemplares, y que en todos ellos aparezca la referida falla. Este reglamento que no pugna con el numeral 2o. del artículo 195 del C. C. A., sino que lo completa por lo expresado antes, es norma de prudencia que debe ser tenida en cuenta por la justicia contencioso administrativa cada vez que se trate de aplicar la nulidad de que se trata, para evitar que con base en ejemplar que haya sido traído como prueba al expediente, que puede ser el de la omisión involuntaria de una firma, no se inponga erróneamente la sanción aludida".

En el proceso electoral pueden considerarse dos etapas, una que se realiza ante las autoridades y corporaciones de la Rama Electoral, y otras ante el Contencioso Administrativo, y ambas se encaminan a buscar la verdad electoral. Ante las corporaciones electorales, los ciudadanos pueden formular reclamos por los motivos indicados en las leyes, y las corporaciones tienen la obligación de atenderlos y resolverlos de acuerdo con su competencia y según los preceptos legales. Entre estas reclamaciones está la consagrada en el artículo 41 del Decreto número 3254 de 1963, según el cual "cuando los siete (7) ejemplares de las actas de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos", caso en el cual las comisiones escrutadoras se abstendrán de computar los votos correspondientes a estos registros, a petición de cualquier ciudadano (artículo 42 *ibídem*). Pues bien, si ante una comisión escrutadora se solicita que no se computen los votos de determinada mesa por la falta de la firma, en los siete ejemplares del Acta de Escrutinio, de tres jurados, y tal cosa se comprueba, resultaría evidentemente la nulidad de ese registro, siempre, que, por otra parte, el escrutinio se haga sobre aquellas Actas sin tener en cuenta otros elementos, y este no es el caso presente.

Y siguiendo con la etapa ante las corporaciones electorales y concretamente en lo que respecta a los escrutinios realizados por la comisión escrutadora de Barranquilla, se tiene que ante esa Comisión, ni ante la Comisión formada por los Delegados de la Corte Electoral, se solicitó que se abstuvieran de computar los votos o registros de las mesas impugnadas aquí, pues lo que allí ocurrió fue precisamente lo contrario, que ante la Comisión Escrutadora Municipal se pidió que se hiciera el escrutinio de la totalidad de las mesas que funcionaron en esa ciudad, por el sistema del recuento de votos lo que así

fue hecho con fundamento en las disposiciones legales que atras se dejaron transcritas. Hubo sí, ante los Delegados de la Corte Electoral una impugnación de 88 mesas para que se averiguara si existían o nó las Actas de Escrutinio, distintas de las que se impugnan por medio de esta demanda, actas que fueron encontradas según consta allí. La Comisión Escrutadora Municipal ni los Delegados se abstuvieron de computar votos o registros de mesas cuyos siete ejemplares carecieran de las firmas de los tres miembros de los respectivos jurados, conforme a las disposiciones del Decreto 3254 de 1963 como se dijo arriba, pues tal cosa no consta en ninguna de las dos Actas.

No sobra agregar, que la Comisión Escrutadora Municipal de Barranquilla, tuvo a su examen, aparte de las papeletas sobre las cuales se hizo el escrutinio, otros elementos, y las propias Actas de Escrutinio, en relación con estas 50 mesas impugnadas aquí, y que a ellas no se les ha hecho tacha de falsedad alguna. Es pertinente decir también, que el suscrito Consejero Ponente, personalmente comparó la totalidad de las 50 Actas de Escrutinio de que trata esta demanda, con el Acta de Escrutinio Municipal realizado por la Comisión Escrutadora Municipal, y no encontró diferencia apreciable alguna entre los datos que aparecen en las Actas de Escrutinio y los que registra el Escrutinio Municipal, lo cual indica que las Actas fueron elaboradas correctamente, sólo que, por descuido, negligencia, ignorancia o cualquier otro motivo, muy explicable por razones bien conocidas respecto de la forma como actúan los jurados de votación, en algunos ejemplares, no en todos los 7 que ordena la ley, pues no todos se han tenido a la vista, faltan algunas firmas.

Y terminando la etapa ante las Corporaciones Electorales, en el presente caso, como ya se dijo anteriormente, ante los Delegados de la Corte Electoral se impugnaron las mesas números 72, 76, 66, 54, 48, 42, 35, 33, 32, 29, 19, 84, 85, 91, 102, 105, 112, 116, 119, 128, 133, 150, 158, 190, 216, 255, 272, 276, 281, 297, 322, 328, 339, 341, 343, 345, 347, 359, 361, 368, 369, 372, 391, 401, 402, 403, 405, 406, 407, 410, 434, 441, 448, 463, 468, 470, 475, 476, 482, 485, 496, 489, 491, 493, 505, 509, 510, 523, 524, 525, 527, 529, 534, 539, 550, 605, 609, 521, 634, 637, 640, 651, 654, 655, 657, 668 y 672. "a fin de establecer si dentro de los pliegos de cada mesa se encuentran o nó las respectivas Actas de Escrutinio". Hecha la búsqueda correspondiente, éstas fueron encontradas. Estas mesas son distintas a las impugnadas en la demanda ante el Consejo de Estado.

Ahora bien, la etapa ante el Contencioso Administrativo es bien diferente, pues se parte del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, por lo cual, quien pretenda desconocer o impugnar uno de aquellos actos, debe principiar por desvirtuar aquella presunción con los

medios de prueba idóneos, en cada caso, de acuerdo con la acusación que se haga. En el presente caso, se ha impugnado el acto, por medio del cual los Delegados de la Corte Electoral declararon la elección de Representantes y Senadores por el Departamento del Atlántico, a fin de que se sustraigan los votos de unas mesas que funcionaron en la ciudad de Barranquilla, por la precisa causal consagrada en el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A. El escrutinio realizado por dichos Delegados de la Corte Electoral, fue hecho sobre las Actas de las Comisiones Escrutadoras Municipales, como se dijo atrás. Entonces, como de lo que se trata es de buscar la verdad electoral para que sea el reflejo de la voluntad de los electores, tal verdad electoral, en el presente caso, no podría encontrarse anulando los registros de numerosas mesas porque la Comisión Escrutadora Municipal de Barranquilla no tuvo en cuenta registros de *Mesa para hacer* su trabajo sino que apeló, según se lo permite la ley, por hacer el escrutinio contando papeleta por papeleta en cada una de las mesas de votación, sistema que descarta de plano los escrutinios hechos por los jurados y que, por lo mismo, no permite oponerle como tacha presuntas irregularidades de los registros ya que éstas, se repite, no fueron tenidas en cuenta por la Comisión. Teniendo facultad legal la Comisión Escrutadora Municipal de Barranquilla para practicar el escrutinio en la forma en que lo hizo y habiéndose hecho el escrutinio Departamental sobre las Actas de las Comisiones Escrutadoras Municipales, la omisión de unas firmas en unos ejemplares de las Actas elaboradas por los jurados de votación, no alcanza a configurar la nulidad invocada por el actor, o sea la consagrada por el numeral 2o. del artículo 195 del C.C.A.

En cuanto a las peticiones sobre nulidad de los escrutinios de las mesas 1, 5, 6 y 19 que funcionaron en la cabecera del municipio de Baranoa, y 1 y 2 del Corregimiento de Pital del mismo municipio, se observa que el actor no probó los hechos en que se funda, pues no se demostró ninguna de las irregularidades imputadas ni la doble votación.

Y en cuanto a la solicitud de revocatoria de la Resolución de los Delegados de la Corte Electoral por medio de la cual se abstuvieron de computar los registros electorales de la mesa No. 1 del Corregimiento de la Peña municipio de Sabanalarga, se observa lo siguiente:

La Comisión Escrutadora Municipal de Sabanalarga al iniciar el escrutinio de esta Mesa se expresó así:

> "Seguidamente se procedió a sacar otro sobre el cual correspondió a la Mesa No. 1 del Corregimiento de La Peña total de sufragantes 400 se aclara personas hábiles para votar, abierta la *Forma número L*, se halló en el interior los siguientes elementos votos separados y empacados correspondientes para Presidente, Senadores, Representantes, Diputados y Concejales; Lista parcial de sufragantes

intactas, que no aparecen anotados los nombres y apellidos de las personas que sufragaron; Acta de instalación de los encargados de la mesa de votación; *Formulario número 16 A,* con una relación de 87 personas que sufragaron, formulario que no aparece firmado por el respectivo Presidente de la mesa ni por los otros miembros; tres ejemplares del Formulario 20 A, sin firma alguna y con guarismos de votos anotados, exactos a la mesa No. 2 del mismo corregimiento".

Y hecho el recuento de votos de esta Mesa, la Comisión expidió la siguiente Resolución:

"*Resolución No. 01* de abril 26 de 1970. Por medio de la cual se resuelve una situación presentada en la *Mesa* de votación No. 1 del Corregimiento de La Peña. La Comisión Escrutadora, en uso de sus facultades legales y *considerando:* Que la mesa de votación No. 1 del Corregimiento de "La Peña" adolece de graves irregularidades, como la falta del formulario 18A, registro general de sufragantes, y el formulario correspondiente a la lista parcial de sufragantes está en blanco y además no aparece el Acta de Escrutinio y solo aparecen votos, se *Resuelve:* 1o. Contar los votos emitidos pero sin darle valor alguno a su resultado, especialmente, para Concejo Municipal, resignando su decisión final a los señores Delegados de la Corte Electoral, para que dichos Delegados expidan las correspondientes credenciales para Concejo del Municipio de Sabanalarga. Cópiese, notifíquese, cúmplase. La Comisión Escrutadora. Fdos. Antonio Palma Camargo, Libardo Chaves Rocha. El Secretario (Fdo.) Armando Alcalá Patiño".

Llegado el momento del escrutinio del municipio de Sabanalarga por parte de los delegados de la Corte Electoral, el señor Félix Barrios pidió a la Comisión que se abstuviera de escrutar la Mesa No. 1 del Corregimiento de La Peña porque la Forma No. 1 llegó rota al Arca Triclave y los Claveros la introdujeron en un segundo sobre, porque las 5 actas de escrutinio (No. 20A) no tienen firmas y los datos que contienen con copias de las correspondientes a la Mesa No. 2; porque la lista general de sufragantes aparece en blanco sin anotar un solo nombre, pero aparece el Formulario 16A donde consta los nombres de los 87 sufragantes que concurrieron a votar en esa Mesa, no obstante lo cual aparecieron 401 papeletas de votación para Cámara de Representantes; porque no aparece el Registro General de sufragantes (formulario 18). A esta impugnación, el doctor Hernán Berdugo se opuso. En vista de esto, los Delegados de la Corte Electoral, con el fin de establecer la realidad dispusieron abrir el paquete correspondiente a esta mesa, y encontraron los siguientes documentos: Acta de instalación de la mesa (formulario 17A); tres ejemplares del Acta de escrutinio (formulario 20A); lista parcial de sufragantes (formulario 37) sendos sobres o paquetes con votos por las distintas listas de candidatos al Senado, Cámara, Asamblea, Concejo Municipal y Presidente de la República, con un número cercano a los 400 votos. De todos los documentos relacionados anteriormente, solamente el acta de instalación está firmada por los miembros del jurado

"todos los demás documentos como son la lista parcial de sufragantes (formulario 37) los certificados para los ciudadanos que votan con cédula de ciudadanía laminada, el acta de escrutinio (formulario 20A) en tres ejemplares están en blanco, o sea sin las firmas correspondientes y sin anotación alguna".

En virtud de la comprobación de estas irregularidades, los Delegados de la Corte se abstuvieron de computar los votos de la referida mesa, con lo cual no hicieron sino cumplir exactamente los preceptos legales correspondientes.

Cabe anotar que en la Mesa No. 2 de este mismo Corregimiento, con la cual se afirma hubo confusiones con la mesa No. 1, fueron escrutados o consignados 68 votos, por la Comisión Escrutadora Municipal, mesa ésta que no fue impugnada.

Realmente las irregularidades comprobadas por las dos comisiones escrutadoras, la municipal y la departamental, respecto de esta mesa, son de tal naturaleza graves, que no es posible desvirtuarlas posteriormente, como se ha pretendido, con certificaciones y declaraciones, en lo cual la Sala está de acuerdo con su colaborador Fiscal. En consecuencia, debe confirmarse lo hecho por dichas comisiones.

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, y oído el señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

No se accede a declarar las nulidades solicitadas en las demandas mencionadas en la parte motiva de este fallo, propuestas en su orden por los doctores: *Hugo Palacio Mejía* y *Hernán Berdugo Berdugo*.

Este fallo fue aprobado por la Sala en la sesión verificada en dos de marzo de mil novecientos setenta y uno.

Juan Hernández Sáenz — Presidente — *Alfonso Arango Henao* — Vicepresidente — *Osvaldo Abello Noguera* — *Nemesio Camacho Rodríguez* — *Alfonso Castilla Saíz* — *Jorge Dávila Hernández* — *Hernando Gómez Mejía* — *Miguel Lleras Pizarro* — *Lucrecio Jaramillo Vélez* — *Alvaro Orejuela Gómez* — *Humberto Mora Osejo* — *Carlos Portocarrero Mutis* — *Gabriel Rojas Arbeláez* — *Gustavo Salazar Tapiero* — *Rafael Tafur Herrán* — *Andrés Holguín* — Conjuez.

Angel María Camacho Ramírez
Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR GABRIEL ROJAS ARBELAEZ AL FALLO QUE ANTECEDE

VALOR DE LAS ACTAS DE ESCRUTINIO DE LOS JURADOS DE VOTACION

Bogotá, D. E., marzo nueve de mil novecientos setenta y uno.

Ref: *Juicios Acumulados.* Expedientes números 1554 y 1559. Actores: *Hugo Palacios Mejía* y *Hernán Berdugo Berdugo.*

Las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación, son la piedra angular del sistema electoral colombiano, que si no es perfecto, como ningún sistema lo es, sí contiene una serie de medidas y de controles escalonados, producto de la experiencia y dirigidos a lograr la verdad en el sufragio. El papel primordial de esos documentos resulta lógicamente del momento primario en su producción, pues si éllos son falseados, falseadas quedarán los actos y operaciones siguientes, y si de éllos se prescinde para verificar los cómputos y establecer los resultados, se habrá pretendido levantar una edificación en la nada. Las papeletas no dicen sino que allí las pusieron, pero sin saberse el cómo y el cuándo.

Se comprende, por tanto, que cuando por lo prescrito en el artículo 143 de la Ley 85 de 1916 se permite a las Comisiones Escrutadoras revisar los escrutinios hechos por los Jurados de Votación, abriendo el paquete de papeletas y haciendo el recuento de los votos, eso sea en caso de dudas sobre la exactitud de esos cómputos o de otras irregularidades del escrutinio. Pero la ley parte del supuesto fundamental de que hay Actas de Escrutinio atendibles, y no pretende en ningún momento que las papeletas puedan sustituir esas Actas. Si esto fuera así, el proceso electoral, de costoso y dispendioso que es, se trocaría en veloz y económico: bastaría votar y contar, a menos que por la infinidad de votos los cómputos demandaran un tiempo proporcional.

Entre las autoridades electorales encargadas de recibir y computar votos, los Jurados de Votación están en el primer plano. Los Jurados son corporaciones y sus miembros son funcionarios que, aunque no estén remunerados, están investidos de una importantísima función pública. Corporación Administrativa como lo es el Jurado de Votación, sus actos son administrativos, y para que tengan eficacia y validez éstos, es preciso que aparezcan expedidos por la autoridad pertinente. Pero esa autoridad no la constituyen ni un miembro del Jurado, ni dos; la constituye la mayoría absoluta de la corporación, según lo expuesto en el numeral 2o. del artículo 195 de la Ley 167 de 1941. Por eso que un Acta de Escrutinio de un Jurado de Votación sin las firmas que la ley requiere, y que son las que

corresponden a la Autoridad Administrativa que deba suscribir el documento, es un acto jurídicamente inexistente. Por eso también que la citada ley no le reconozca ningún valor y lo haga anulable; y que si élla establece como causal el que no se hayan verificado los escrutinios "en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de la corporación", es por suponer que la presencia de un funcionario se demuestra con la firma suya al pie del acto que expida. El Acta de Escrutinio es por otra parte el único documento del Jurado de Votación en que deben constar en letras y números los votos emitidos por cada candidato. Esto hace de esa Acta un documento excepcional.

A la luz del Derecho Electoral y a la luz del Derecho Administrativo, el Acta de Escrutinio de un Jurado de Votación que no esté suscrita por la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación no tiene valor alguno. Fue esto lo que sostuvo el Consejo de Estado cuando en sentencia de 8 de julio de 1963, juicio número 1923, actor, Ramón Martínez Vallejo, con ponencia de quien suscribe este salvamento, dijo:

"

"Con referencia a las 'actas' que tienen apenas la primera hoja o que carecen de la última, y por lo mismo de aquella donde van las firmas de los miembros del Jurado de Votación, es evidente que no se trata del documento así llamado con propiedad, y que esencial y etimológicamente significa un todo. Sin esos documentos no queda comprobado que el escrutinio se verificó; y si la ley sanciona con la anulación las elecciones cuyos escrutinios no se hicieron ante siquiera la mayoría absoluta de los componentes del Jurado de Votación, con mayor razón se configura la nulidad cuando el Acta, prueba fundamental del escrutinio, no existe.

"La ley confiere especial importancia al hecho de que los escrutinios se verifiquen en presencia por lo menos de la mayoría absoluta de los Miembros de la Corporación. La Ley es la 167 de 1941, artículo 195, numeral 2o., ley muy posterior a la 85 de 1916, por cuyo artículo 166, tácitamente derogado, se autorizaba al Gran Consejo Electoral para utiiizar como elemento de prueba las papeletas, en el caso de que no se consiguiera acta alguna de escrutinio de una Circunscripción Electoral. Claramente se aprecia la justificación de la ley nueva, ya que no aparece acertado atribuir mérito probatorio a unas papeletas que pueden ser al mismo tiempo el propio elemento del fraude. Por lo demás, el escrutinio, acto colectivo, no puede ser reemplazado con ventaja, ni por el Acta de Instalación del Jurado, desde luego que un Jurado se puede instalar y desintegrar en seguida, ni por la lista parcial de sufragantes o el registro general, que nada dicen respecto al número de personas que ejercitaron el sufragio, ni por el mismo Registro de votantes, que es llevado por uno de los miembros del Jurado, y que bien puede adolecer de inexactitud intencionales".

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES ANDRES HOLGUIN, JORGE DAVILA HERNANDEZ, HUMBERTO MORA OSEJO

Bogotá, D.E., marzo nueve de mil novecientos setenta y uno.

Con todo respeto por el criterio de la mayoría, discrepamos de la sentencia anterior, tanto en la parte emotiva como en la resolutiva, por los argumentos que en seguida exponemos.

El problema consiste fundamentalmente en verificar si no obstante no encontrarse suscritos los registros por la mayoría absoluta de los miembros de los jurados de votación de las mesas impugnadas, puede considerarse válido, como sostiene la mayoría, el escrutinio efectuado por la Comisión Escrutadora de Barranquilla con base exclusiva en el recuento de votos.

A diferencia del criterio sustentado en la sentencia por la mayoría, estimamos que debió declararse la nulidad del acto acusado y disponerse un nuevo escrutinio, con el objeto de excluir de él los votos correspondientes a las mesas de votación cuyos registros no se encuentran de conformidad con la ley, por los siguientes motivos:

a) Según el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., que reproduce al ordinal 2o. del artículo 179 de la Ley 85 de 1916, entre las causales de nulidad de *"los registros practicados por los Jurados de Votación"* (subrayamos) se comprende la de que "no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". Por tanto, se trata de causal de nulidad taxativamente señalada por la ley, con el objeto de garantizar la seriedad y pureza del sufragio, que obliga a los funcionarios administrativos y al juzgador al conocer y decidir de la legalidad del acto de elección, sin que puedan distinguirse, a este respecto, entre la actuación administrativa y la jurisdiccional para no aplicar en ésta el referido precepto legal. Por el contrario, el artículo 127 de la Ley 85 de 1916, adicionado por los artículos 15 y 16 de la Ley 31 de 1929, 9o. de la Ley 187 de 1936, 31 y 42 de la Ley 69 de 1948 y 23 del Decreto Reglamentario número 3254 de 1963, prescriben a los jurados de votación la obligación de extender en siete ejemplares los correspondientes registros, con base en los cuales las Comisiones Escrutadoras deben practicar el escrutinio municipal, según los artículos 135, 136 y 137 de la Ley 85 de 1916, 31 y 32 del Decreto Reglamentario número 3254 de 1963; de ahí que el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., instituya en causal de nulidad, cuyo examen en este caso corresponde al Consejo, el hecho de que las elecciones o los escrutinios no se

hayan efectuado con la presencia siquiera de la mayoría absoluta de la Corporación, *como un control de la legalidad de la actuación administrativa mediante acción jurisdiccional.*

b) La distinción radical que hace la sentencia entre la actuación administrativa y la jurisdiccional, para sostener que en ésta puede prescindirse de los registros de las mesas de votación, lleva al extremo de que se pueda convalidar en el juicio, mediante los otros medios probatorios a que se alude en la sentencia, la falta de las firmas reglamentarias en los registros de las mesas de votación, no obstante que, según el ordinal 7o. del artículo 41 del Decreto Reglamentario número 3254 de 1963, las comisiones escrutadoras deben abstenerse de computar los votos "cuando los siete ejemplares de las actas de los Jurados de Votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos", a causa de que ese número constituye la mayoría absoluta de los miembros de la corporación, de acuerdo con los artículos 9o. de la Ley 29 de 1961, 10o. del Decreto Reglamentario número 3254 de 1963 y 195, ordinal 2o. del C. C. A. En otros términos, mientras que la ley prescribe que no se escruten los votos correspondientes a registros de mesas de votación sin las firmas reglamentarias, el criterio sustentado en la sentencia de que disentimos lleva a convalidar en el juicio, contra lo prescrito por la ley, tal informalidad, cuya verificación, por notoria u ostensible, se atribuye a las comisiones escrutadoras.

c) Cierto que el ordinal 2o. del artículo 195 del C.C.A., alude a la *presencia* en las elecciones o en los escrutinios de la mayoría de los miembros del jurado de votación; pero, por una parte, contra lo que se sostiene en la sentencia, *ella se comprueba* con las actas de escrutinio de las mesas de votación, suscritas por lo menos por la mayoría absoluta de sus miembros, como un documento público que requiere, como prescribe la ley, tal solemnidad para su existencia y validez; además, no pueden disgregarse o separarse, como se pretende en la sentencia, *la presencia* en las elecciones o en los escrutinios de los miembros de los jurados de votación y los correspondientes *registros,* en cuanto éstos comprenden los escrutinios de las mesas de votación, con base en los cuales se deben efectuar los demás, para cuya realización se requiere *la presencia* de aquéllos; como se observa, clara e inequívocamente, la solemnidad y la realidad de lo acaecido, a este respecto, constituyen *un todo indivisible.*

d) De acuerdo con lo expuesto, en el caso *sub judice* correspondía al juzgador examinar, clara y perentoriamente, si se incurrió o no en la causal de nulidad de los registros de las mesas de votación prevista en el ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., invocada en la demanda, mediante la verificación de los mismos, particularmente de si están o no suscritos por la mayoría absoluta de la Corporación. Como no se atuvo a ello, no obstante el

mandato de la ley, sino que dió valor al escrutinio efectuado por la Comisión Escrutadora mediante recuento de votos, por la *simple confrontación de guarismos*, que en el fondo reemplaza a los registros, llega a la conclusión "que las actas fueron elaboradas correctamente, solo que, por descuido, negligencia, ignorancia o cualquier otro motivo, muy explicable por razones bien conocidas respecto de la forma como actúen los jurados de votación, en algunos ejemplares, no en todos los 7 que ordena la ley, pues no todos se han tenido a la vista, faltan algunas firmas. . .". Aparte de la vaguedad del aparte transcrito de la sentencia, en esta forma incurre, además, en manifiesta petición de principio, al dar por demostrada la regularidad de los registros, *que no están debidamente suscritos*, con los datos o resultados contenidos en los mismos, a pesar de que, de acuerdo con la ley, como se ha demostrado, *aquéllos (los registros) tienen por finalidad acreditar a éstos (los datos) y no viceversa*, pues, según el inciso 2o. del artículo 16 de la ley 31 de 1929, *sólo cuando los registros estén extendidos legalmente. "constituirán plena prueba en juicio sobre la verdad de los escrutinios y de las elecciones verificadas ante las mesas de votación"*.

e) En la sentencia se sostiene que el escrutinio practicado por la Comisión Escrutadora mediante el recuento de votos, con prescindencia de los registros de las mesas de votación, se funda en los artículos 143 de la Ley 85 de 1916 y 32, *in fine*, del Decreto Reglamentario número 3254 de 1963. Pero, según tales disposiciones, especialmente el artículo 143 de la Ley 85 de 1916, es evidente que el recuento de votos ahí previsto tiene por objeto, precisamente, *verificar los escrutinios realizados por los jurados de votación*, no suplir a éstos ni menos enmendar los yerros susceptibles de invalidarlos, pues, según el artículo 179, ordinal 2o., de la misma ley, que corresponde al ordinal 2o. del artículo 195 del C. C. A., las elecciones practicadas por los jurados de votación son nulas "cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación"; por tanto, *se confundieron en la sentencia las dos distintas hipótesis de la ley, hasta darle al artículo 143 de la Ley 85 de 1916 un alcance que hace nugatorios a los artículos 135, 136 y 137 ibídem y 195 ordinal 2o. del C. C. A.*

f) Cierto que el artículo 166 de la Ley 85 de 1916 dispone que "si no se consiguiere acta alguna de escrutinio de una Circunscripción Electoral, pero sí las papeletas o copia de lo conducente del acta de la sesión, practicará el Gran Consejo el escrutinio especial". Pero, en primer lugar, ello no atañe a los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras sino sólo, en la actualidad, al que corresponde a la Corte Electoral; en segundo lugar, "el escrutinio especial" a que alude la norma no se efectúa por el sistema de recuento de votos, sino como prescribe el artículo 171 *ibídem* bajo el

epígrafe "Disposiciones Generales *para todos los escrutinios*" "(subrayamos)":

> "Cuando una corporación electoral escrutadora no hubiere recibido oportunamente los pliegos o registros necesarios para el escrutinio, debe pedir copia legalizada de los que falten a las autoridades o a la corporación que sí los haya recibido, copias que serán expedidas o remitidas inmediatamente, si no las hubiere ya remitido. Al efecto, la autoridad política y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que recibieren pliegos o registros, irán haciendo sacar copia legalizada de ellos, remitiéndola a la junta o corporación electoral escrutadora correspondiente. Estas copias pueden tenerse en cuenta en el respectivo escrutinio".

En fin, esta disposición reitera el principio esencial de la legislación electoral consistente en que los escrutinios se practiquen, sobre la base del recuento de votos efectuado por los jurados de votación, con fundamento en los registros o pliegos electorales, no en los votos que, como sostuvo el Consejo en sentencia del 8 de julio de 1963, conforme a su jurisprudencia tradicional, "pueden ser al mismo tiempo el propio elemento del fraude. . . " (Anales Tomo LXVI, página 563).

En conclusión de todo lo expuesto, como las pruebas aducidas al juicio infirman la presunción de validez del acto acusado, debió declararse la nulidad del mismo y disponerse un nuevo escrutinio, para excluir los votos correspondientes a las mesas de votación cuyos registros no fueron suscritos por la mayoría de los miembros de los jurados de votación.

fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DOCTORES ALFONSO ARANGO HENAO Y NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ AL FALLO QUE ANTECEDE

Nuestra inconformidad con el fallo sobre el juicio radicado bajo el número 1559, radica en que el actor demandó del Consejo lo siguiente:

"1. Que se declare la nulidad del escrutinio y los demás Actos y Registros Electorales pertinentes, por medio de los cuales los Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Atlántico, en las sesiones verificadas en Barranquilla, los días 16, 17 y 18 de junio del presente año, declararon electos a los ciudadanos señalados en el acta de escrutinios correspondientes, como Senadores y Representantes por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico, por haber computado los registros electorales y los votos de las mesas de votación números 46, 47, 55, 58, 59, 79, 90, 97, 131, 152, 167, 168, 192, 207, 208, 209, 137, 239, 254, 256, 290, 315, 324, 325, 349, 367, 389, 393, 415, 421, 423, 444, 461, 477, 488, 496, 498, 501, 502, 544, 555, 592, 608, 636, 639, 652, 660, 663 y 667; mesas éstas que funcionaron en la ciudad de Barranquilla, el día 19 de abril del año en curso en el debate electoral para elegir Presidente de la República; cuyos registros y votos están viciados de nulidad;

"2. Que se declare la nulidad del escrutinio y demás actos y registros electorales pertinentes, por medio de los cuales los Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Atlántico, en las sesiones verificadas en Barranquilla, los días 16, 17 y 18 de junio del año en curso, declararon electos a los ciudadanos señalados en el acta de escrutinio correspondiente, como Senadores y Representantes por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico; por haber computado los registros electorales y los votos de las mesas de votación números 1, 5, 6 y 19 que funcionaron en Baranoa, el referido 19 de abril del presente año y los de las mesas 1 y 2 del corregimiento de Pital, jurisdicción del mismo municipio de Barranquilla, por estar viciados de nulidad;

"3. Que se revoque la Resolución número de junio del presente año, expedida por los Delegados de la Corte Electoral para el departamento del Atlántico, en los escrutinios verificados por ellos en los días 16, 17 y 18 de junio del año en curso, según consta en el acta correspondiente, por medio de la cual se abstuvieron de computar los registros electorales y los votos de la mesa de votación número 1, que funcionó en el corregimiento de La Peña, municipio de Sabanalarga (Atlántico) el 19 de abril del presente año, en el debate electoral para elegir Presidente de la República y miembros de las Corporaciones Públicas; por cuanto no existen motivos legales para tomar esa decisión inhibitoria; y en su lugar, se ordene el cómputo de esos votos y registros en el escrutinio que habrá de verificarse como secuela de las anteriores ordenaciones;

"4. Que se proceda a verificar nuevo escrutinio de los votos emitidos en el departamento del Atlántico, con exclusión de los depositados en las mesas de votación cuyos registros y votos hayan sido declarados nulos, a fin de que se declaren electos para Senadores y Representantes los ciudadanos a quienes les orresponda legalmente".

A folios 26 a 65 obra una "copia del Acta General de los escrutinios departamentales practicados por los señores delegados de la honorable Corte Electoral, de los votos consignados para elegir Presidente de la República, Senadores, Representantes a la Cámara y Diputados a la H. Asamblea Departamental, en las elecciones verificadas el día 19 de abril de 1970"; la cual se allegó a los autos en cumplimiento de la providencia dictada por el sustanciador el 2 de julio del año que cursa y que aparece a folios 25 del cuaderno principal. Dentro de esa acta, a folios 61 del cuaderno principal se lee:

> "... Por lo anterior, la Comisión de la Honorable Corte Electoral, declara elegidos *Senadores* por el Departamento del Atlántico, a los siguientes: *Principales por el partido conservador: Clemente Salazar Movilla y Armando Zabarain;* Suplentes en su orden: *Francisco Posada de la Peña* y *Luis Enrique Cerra.* Por el partido liberal: *Principales: Saúl Charris de la Hoz* y *Carlos Martín Leyes.* Suplentes en su orden: *Manuel Rodríguez Verdeza* y *Juan B. Fernández R.* A continuación los señores Delegados de la Honorable Corte Electoral, ordenaron se expidieran las Credenciales correspondientes".

En la misma acta, más adelante, a folios 61 vto. del mismo cuaderno principal se anota lo siguiente:

> "... Por los resultados anteriores los Delegados de la Honorable Corte Electoral y Miembros de la Comisión Escrutadora, declaran electos Representantes por el Departamento del Atlántico por el Partido Conservador, a los siguientes: *Principales: Roberto Gerlein Echeverría, Eduardo Carbonell Insignares, Victor Castro Fajardo* y *Cristian Visbal Rosales.* Suplentes en su orden: *Rodolfo Palacio, Pedro Ucrós Barrios, Liborio A. Bermejo Pérez* y *Alicia Vergara de Cheguin (Cheguin).* A continuación se ordenó la expedición de las credenciales correspondientes. Verificadas las operaciones aritméticas para obtener la elección de Representantes por el partido liberal, se obtuvo el siguiente resultado:... Por los resultados anteriores, los Delegados de la Honorable Corte Electoral, y miembros de la Comisión Escrutadora Departamental, declaran electos *Representantes a la Cámara* por el Partido Liberal, a los siguientes: *Principales: Moisés Tarud, Emilio Lebolo de la Esprilla, Urbano Rodríguez Muñoz y Félix Barrios Lubo. Suplentes* en su orden: *León Félix Galindo, Luis Lorduy, Alfonso Manosalva* y *Hernando Manotas.* Se ordenó la expedición de las Credenciales respectivas".

Como se ve, por las transcripciones que acaban de hacerse, el acto por medio del cual fueron declarados electos los señores Senadores y Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Atlántico, fue el acta número 1 de 16 de junio de 1970 que contiene los escrutinios de los votos consignados en esa circunscripción electoral durante las elecciones del 19 de abril de 1970, acta que no ha sido demandada por el doctor Hernán Berdugo Berdugo. Este hecho, frente al contenido del artículo 206 del C. C. A. hace inoperantes las peticiones formuladas en el libelo y releva al Consejo del

estudio a fondo de la demanda, pues, falta un elemento procesal indispensable que impide al juzgador establecer la relación jurídica necesaria para tomar una determinación de fondo en el presente negocio.

Conviene, finalmente, recordar el texto del artículo 206 de la Ley 167 de 1941 que dice:

> "Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio *deberá demandarse precisamente el acto* por medio del cual la elección se declara, y *no los cómputos o escrutinios intermedios,* aunque el vicio de nulidad afecte a estos. . . " (Rayas nuestras).

Al comparar esta disposición con la parte petitoria del libelo de demanda formulada por el doctor Hernán Berdugo Berdugo, se observa la falta del presupuesto procesal de demanda en forma que se ha dejado anotado y que por lo mismo inhibe al Consejo para fallar sobre el fondo del negocio.

Muy cordialmente,

Fecha ut supra.

A 327-XII 73/AM

ELECTORALES

ACTO ACUSADO DE NULIDAD. *Su determinación e individualización.* **La naturaleza de la acción Contencioso Administrativa es la precisión por parte del demandante, de la individualización del acto cuya nulidad se ataca, por su contenido y órgano o agente de la Administración que lo profirió.**

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera.*

Ref: Apelación del auto de 19 de noviembre de 1970 del Tribunal Administrativo del Quindío sobre nulidad del acto del Concejo Municipal de Armenia por medio del cual se hizo la elección de Secretario de la entidad el día 1o. de noviembre de 1970.

Actor: *Fabio Hincapié Castaño.*

Radicación número: 1716

En libelo de demanda presentado ante el Tribunal Administrativo del Quindío por el doctor Fabio Hincapié Castaño, abogado inscrito, obrando en su propio nombre, impetra la nulidad del "acto del H. Concejo Municipal de Armenia por medio del cual se hizo la elección de Secretario de la entidad, verificado el día 1o. de noviembre de 1970".

Luego manifiesta el demandante:

> "En razón de que no me ha sido posible obtener copia del acta de la sesión del H. Concejo en la cual consta la elección impugnada, no obstante haberla solicitado oportunamente, de manera respetuosa solicito de su Despacho disponer que, por la Secretaría del H. Concejo Municipal se expida y remita copia de dicha acta, en forma auténtica. El original del Acta mencionada reposa en la Secretaría de la Entidad mencionada, ubicada en el local contiguo al Palacio Municipal. El acta relacionada corresponde a la sesión del 1o. de noviembre del año en curso".

En virtud del pedimento anterior el Magistrado sustanciador dispuso, antes de decidir sobre la admisión de la demanda, que se oficiara al Concejo Municipal para que se enviara la referida acta, lo cual se realizó mediante el oficio No. 133 visible a folio 9 del expediente. A esta petición se dió respuesta en la siguiente forma:

> "Vuelva el presente exhorto al H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo expresándole que no se expide la copia en la forma solicitada por cuanto no existe el acta a que se refiere, ya que en la fecha del primero de noviembre del año en curso el H. Concejo no sesionó".

Ante la respuesta anteriormente transcrita, el doctor Hincapié Castaño, presentó una nueva petición con el objeto de subsanar el error por él cometido en cuanto a la fecha del Acta solicitada y, al efecto, pidió que se ordenara la expedición de copia del Acta fechada con el 2 de noviembre del mismo año de 1970.

Pero el Tribunal *a–quo*, por medio del auto de fecha 19 de noviembre del año pasado, resolvió abstenerse de darle curso a la demanda basándose en los artículos 87 y 211 del C.C.A., agregando:

> "Cumplida la misión legal como Magistrado sustanciador y frente al hecho irrebatible de que el acto censurado por el actor es inexistente, es viable y jurídico que por esta Corporación se deniegue la admisión de la demanda... merced a la ostensible equivocación en su cita por parte del libelista que, dicho sea de paso, este Tribunal no puede subsanar oficiosamente por ser rogada la justicia ante esta jurisdicción".

De esta decisión apeló el actor y por ello se encuentra al estudio de esta Corporación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Del libelo de demanda se puede apreciar que el actor manifestó que la fecha de la sesión del Concejo Municipal de Armenia en la cual se verificó la elección de Secretario de esa Corporación fue el 1o. de noviembre, pero la verdad, agrega, es que se instaló el día 2 del mismo mes e hizo la elección acusada ese mismo día.

También se evidencia que el acto acusado fue el nombramiento de Secretario del Concejo Municipal de Armenia recaído en la persona del señor Miguel Castrillón M. lo que quiere decir paladinamente que la demanda se orientó únicamente "al acto de nombramiento" y como la naturaleza de la acción contenciosa administrativa es la precisión, por parte del demandante, de la individualización del acto cuya nulidad se ataca, por su contenido y órgano o agente de la administración que lo profirió, como se hizo en el caso que nos ocupa, se debe concluir que el acto acusado era claramente determinable, a pesar del error en que se incurrió al señalar una fecha distinta, pero que es explicable porque en virtud de disposición legal los Concejos Municipales deben iniciar sus sesiones ordinarias el día 1o. de noviembre de cada año. Por ello considera la Sala que la decisión del *a quo* no se ajusta a las normas legales al negar la admisión de la demanda, como también lo ha pedido el señor Fiscal 2o. doctor Gartner.

Por lo expuesto:

SE RESUELVE:

Revócase el auto apelado y, en su lugar, ordénase al Tribunal Administrativo del Quindío solicitar nuevamente la copia del documento fechado con el día 2 de noviembre a que se ha hecho referencia relativo a la elección de Secretario del Concejo Municipal de Armenia, a fin de que resuelva sobre la admisión de la demanda.

Copiese, notifíquese y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Juan Hernández Sáenz — Presidente — *Alfonso Arango Henao* — Vice—presidente — *Osvaldo Abello Noguera* — *Eduardo Aguilar Vélez* — *Nemesio Camacho Rodríguez* — *Alfonso Castilla Sáiz* — *Jorge Dávila Hernández* — *Hernando Gómez Mejía* — *Lucrecio Jaramillo* — *Miguel Lleras Pizarro* — *Humberto Mora Osejo* — *Alvaro Orejuela Gómez* — *Carlos Portocarrero Mutis* — *Gabriel Rojas Arbeláez* — *Gustavo Salazar Tapiero* — *Rafael Tafur Herrán.*

Angel María Camacho Ramírez
Secretario.

Se deja constancia que el anterior proyecto fue aprobado por la *Sala Plena* de lo Contencioso Administrativo en sesión de doce de marzo de mil. novecientos setenta y uno.

A 3278-XL 15/AE

ELECTORALES

REGISTROS ELECTORALES. *Nulidad* **cuando los escrutinios no hayan sido presenciados por la mayoría de los miembros del jurado.** *Nulidad* **por apocrifidad o falsedad en los registros electorales o en sus antecedentes.**

Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Bogotá, D. E., mayo cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

En auto del veintiséis de enero pasado dispuso esta Sala que se acumularan y decidieran en una misma sentencia los siguientes juicios electorales:

a) El que promovió el doctor César Castro Perdomo como apoderado del doctor Timothy Britton Newball;

b) El adelantado por la doctora Gladys Barrios Villa en su propio nombre.

Uno y otro proceso tienden a obtener, aunque por motivos distintos, que se anule el acuerdo 14 de 1970, expedido por la Corte Electoral, en la parte que atañe a la Circunscripción de San Andrés y Providencia, pero sólo en lo que respecta a la declaratoria de elección del Representante a la Cámara por el partido liberal, recaída en el señor William Francis Bernard.

Cumplido el trámite de rigor y hecho el sorteo que la ley prevé para escoger al encargado de redactar la ponencia, es oportuno decidir:

– I –

ANTECEDENTES GENERALES

El 19 de abril de 1970 se realizaron en todo el territorio nacional, inclusive en la circunscripción de San Andrés y Providencia, las elecciones para Presidente de la República y Corporaciones Públicas.

El 26 de abril siguiente, la Comisión integrada por los doctores Jorge Rincón Osorio y Gustavo Valbuena Espejo verificó el escrutinio municipal en la Isla de San Andrés y declaró electos a los miembros del Concejo. En el acta respectiva se lee que los votos de la mesa número 1 fueron recontados porque el acta de escrutinio de los jurados solo aparece con dos firmas; que el acta de escrutinio de la mesa número 8 sólo tiene dos firmas; que en el sobre correspondiente a la mesa número 10 no se encontró el acta de

escrutinio y hubo de acudirse al ejemplar existente en la Registraduría Municipal para el cómputo de los votos; que en la mesa número 11 se hizo recuento de votos para concejales; que lo mismo se hizo en la mesa número 20; y que en la mesa número 21 los escrutadores tuvieron en cuenta el ejemplar del acta de escrutinio existente en la Registraduría Municipal del Estado Civil.

Posteriormente, los doctores Jorge Ferro Mancera y Antonio José Guzmán Cabal, Delegados de la Corte Electoral para las circunscripciones de Bolivar y de San Andrés y Providencia, se abstuvieron de hacer declaraciones de elección para senadores, representantes, diputados y consejeros intendenciales por haberse formulado inpugnaciones e interpuesto recursos contra los escrutinios.

Llegó así el tema al conocimiento de la Corte Electoral. Y este organismo, por medio del Acuerdo 14 del 13 de julio de 1970, declaró electo como Representante liberal a la Cámara por la circunscripción de San Andrés y Providencia al señor William Francis Bernard y le expidió la credencial correspondiente.

En dicho Acuerdo se lee que el doctor Timothy Britton impugnó los registros de las mesas de votación números 1, 8 y 10 de San Andrés porque no los firman la mayoría de los jurados, los de las mesas números 10, 20 y 21 por funcionamiento ilegal y porque en ellas aparece un número exagerado de votos en relación con el potencial de sufragantes y también el de la mesa número 17.

Se lee también que la doctora Gladys Barrios Villa reclamó contra los resultados de la mesa número 17 porque los escrutadores departamentales hicieron recuento de votos haciendo caso omiso del escrutinio municipal para encontrar así 15 votos a favor del candidato Timothy Britton que antes no habían aparecido; y contra los resultados de la mesa número 10 del mismo Municipio de San Andrés porque fueron tenidos en cuenta para el cómputo general a pesar de que el acta de escrutinio carece de la hoja con las firmas de los jurados de votación.

Y se lee, por último, que la Corte aceptó el reclamo en cuanto a la mesa número 1 y dejó de incluir sus datos en el resultado general; que no admitió la impugnación contra el registro de la mesa número 8 por encontrar que en el ejemplar del acta de escrutinio existente en la Registraduría Municipal aparecen las firmas de tres de los jurados y se limitó a recontar los votos a favor del candidato Alvaro Escallón Villa; que tampoco aceptó la acusación contra el resultado de la mesa número 10 porque el acta de escrutinio enviada por el Registrador Municipal de San Andrés tiene las firmas de tres

de los jurados y, por ello, apenas recontó los votos a favor de los candidatos Miguel Facio Lince para el Senado, Carlos Palacios y Hazael Robinson de Courtney para la Cámara de Representantes, por existir discrepancias en los datos (folios 32 y 33, expediente 1600); que no admitió los reclamos contra las mesas 10, 20 y 21 por funcionamiento ilegal y exagerado número de votantes pues consideró vagos tales cargos; y que rechazó el cargo contra la mesa 17 porque los votos a favor del candidato Britton Newball fueron encontrados dentro del sobre correspondiente a ella en condiciones normales.

Encontró así la Corte, luego de descontar el registro de la mesa número 1 de San Andrés, que el resultado electoral de la Circunscripción de San Andrés y Providencia, en lo que atañe al asunto *sub judice,* fue el siguiente (folio 38 *ibídem.):*

Timothy Britton Newball 729 votos.

William Francis Bernard 734 votos.

Declaró así electo como Representante liberal por esta circunscripción y para el período constitucional de 1970 a 1974 al señor William Francis Bernard (Artículo 7o. del Acuerdo, f. 48) y le expidió la credencial correspondiente (Artículo 9o. ibid. f. 50).

– II –

DEMANDA DEL DOCTOR TIMOTHY BRITTON NEWBALL (EXPEDIENTE 1600)

Este demandante formula su acusación contra el acuerdo de la Corte Electoral, así:

"2. La Corte Electoral practicó en definitiva los escrutinios de los siguientes municipios y en tal virtud hizo la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara:

Providencia. San Andrés (Islas).

"3. En los jurados de votación números 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 21 de *San Andrés (Islas)* se cometieron irregularidades sancionadas con nulidad electoral como las siguientes:

"a) Se dejaron de computar votos en favor del actor en la mesa número 2 de San Andrés (Islas) (artículo 201 del C. C. A.).

"b) Se verificaron las elecciones y escrutinios de los Jurados de Votación de San Andrés Islas sin la presencia por lo menos de la mayoría absoluta de las respectivas Corporaciones Públicas, especialmente en las mesas números 1, 8 y 10 (Causal 2a. del artículo 195 de la Ley 167 de 1941).

"c) Son falsos o apócrifos varios de los elementos electorales que sirvieron para la formación de los escrutinios practicados por todos los jurados de votación de San Andrés (Islas) (Causal 2a. del artículo 196 de la Ley 167 de 1941).

"La falsedad o apocrifidad radica en que en las mesas de votación de San Andrés (Islas) se alteró el verdadero resultado electoral del 19 de abril, al computarse la votación de personas que tenían perdidos sus derechos políticos en algunos casos, y al computarse votación de ciudadanos que no tenían derecho a votar en el municipio anotado por ser vecinos de otros municipios y al computarse votación de personas fallecidas, y haber exceso de sufragantes en varias mesas de votación.

"También resulta esa apocrifidad de haberse llevado a cabo elecciones en las mesas de votación de ese municipio sin la autorización legal correspondiente.

"En estas circunstancias hubo exceso también de sufragantes válidos en relación con los ciudadanos que sí podían votar legalmente según las listas parciales de sufragantes, porque quienes tenían perdidos sus derechos políticos, quienes no estaban inscritos para votar válidamente en tales mesas, y los que utilizaron cédulas de muertos, y los que votaron varias veces, contribuyeron a consolidar este exceso. Esto implica además falsedad o apocrifidad en los Registros de Votantes de los Jurados de Votación y demás Comisiones Escrutadoras, porque tales pliegos sólo pueden registrar a quienes tenían derecho a votar en las mesas respectivas. Fuera de que el resultado final del escrutinio resultó falso o apócrifo porque computó votos que de ninguna manera podían contabilizarse, pues ello varía el verdadero resultado electoral.

"d) El candidato electo señor William Francis Bernard no tiene derecho a ser declarado electo como representante en la Circunscripción Electoral de San Andrés y Providencia porque no fue inscrita su candidatura en legal forma".

Estima que el Acuerdo acusado infringe las siguientes normas: Los artículos 1o. y 6o., inciso final, del Decreto 3254 de 1963 y 7o. de la Ley 39 de 1961, porque en varias mesas se dejó votar a personas sin derecho a hacerlo y a otras que para sufragar necesitaban haberse inscrito previamente, circunstancias que ocasionaron la apocrifidad de los resultados;

Los artículos 20 y 23 del mismo Decreto 3254, porque en varias mesas los jurados no firmaron el acta de escrutinio o el registro de votantes, como ordenan hacerlo esas disposiciones;

Los artículos 171 y 180 de la Constitución, porque en los casos puntualizados por la demanda no se respetó la ley electoral para el ejercicio del sufragio, o sea que se violó la libertad de votar que consagran tales preceptos; y

El artículo 2o. de la Ley 39 de 1936 porque se tuvo en cuenta la votación a favor de William Francis Bernard, a pesar de que para inscribir su candidatura

no se cumplieron los requisitos exigidos por ese texto, hecho que sanciona con nulidad el artículo 204 del Código Contencioso Administrativo.

Y en cuanto a la impugnación concreta contra los resultados de mesas de votación de San Andrés, los cargos de la demanda pueden clasificarse en tres grupos, a saber:

1. Los escrutinios no fueron presenciados por la mayoría de los miembros del jurado de votación (segunda causal de nulidad, artículo 195 C. C. A.): mesas números 1, 8, 10 y 11;

2. El registro de votantes no fue firmado por los miembros del jurado, circunstancia que hace apócrifo uno de los elementos necesarios para la formación del escrutinio (segunda causal de nulidad, artículo 196 C. C. A.): mesas números 2, 6, 9, 10, 17, 18, 19 y 20;

3. Existe diferencia entre el número de votantes registrado y el de papeletas depositadas, lo cual hace presumir la apocrifidad del resultado o escrutinio (segunda causal de nulidad, artículo 196 C. C. A.): mesas números 5, 6, 7, 9, 12, 17, 18, 19 y 20.

En cuanto a las mesas números 4, 13, 15 y 21, acusadas en la demanda, nada en concreto se les imputa.

El fiscal 3o. del Consejo, doctor Bernardo Ortíz Amaya, conceptuó que las súplicas de la demanda no podían prosperar, aunque con la advertencia de que sólo tuvo para su estudio el expediente, es decir, que por omisión secretarial, no se le enviaron a su despacho los registros de mesa y demás documentos electorales aducidos al proceso como prueba por el actor.

Conviene analizar ahora las acusaciones hechas en el libelo, de acuerdo con la clasificación de ellas que acaba de enunciarse:

1. Así como el hecho de que el acta de escrutinio tenga las firmas de tres de los miembros del jurado es indicio necesario de que aquélla diligencia fue presenciada por el mínimo de personas que la ley exige para su validéz, la simple falta de una o dos de las cuatro firmas que el acta debe tener no demuestra de modo incontrastable e inequívoco la ausencia de esta o de estas personas en el momento de contarse los votos, pues bien puede suceder, y a menudo acontece en la práctica, que uno o más de los jurados presentes omiten suscribir el acta, por olvido, ignorancia o intención manifiesta, dejando así planteada una duda sobre el valor o la nulidad del escrutinio de la mesa.

Es entonces muy claro y explicable que cuando en todos los ejemplares originales del acta de escrutinio que la ley manda extender aparecen menos de tres firmas de los jurados, el artículo 42 del Decreto 3254 de 1963 les ordene a los Delegados de la Corte Electoral para el escrutinio departamental, y a la Corte, en caso de que aquellos no lo hagan, que excluyan de sus cómputos los registros que adolezcan de esta falla, por ser sospechosos de nulidad, aunque no puedan efectivamente anularlos.

Pero es muy claro también que si ya ante los tribunales de lo contencioso llega a despejarse el equívoco resultante de la falta de aquella firma en el acta, con la prueba fehaciente de que el escrutinio fue hecho y presenciado por la mayoría de los integrantes del jurado, el registro debe tenerse como válido, si los demás documentos de la mesa acreditan también que la elección se cumplió en legal forma y que los votos depositados en ella son reales y no ficticios, pues la simple omisión de un requisito formal, como es la firma del acta por uno de los jurados, no puede ser bastante por sí solo para que se desvirtúe por ese medio la voluntad soberana de un grupo de ciudadanos que, amparados por la ley y ajustándose a ella, ejercieron confiadamente en la mesa de que se trate el derecho al sufragio que la Constitución les reconoce y garantiza.

Por ello, muy sabiamente el artículo 195, ordinal 2o., del Código Contencioso Administrativo erige en causal de nulidad del registro no la falta de una firma sino el hecho de que el escrutinio se realice sin la presencia de la mayoría de los miembros del jurado.

Resta advertir que en casos semejantes un exagerado apego al texto de la ley acaba por matar su verdadero espíritu y que, de esta manera, la regla de derecho deviene en injusticia manifiesta.

2. La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimas que son, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.

Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para empañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2o., sanciona con la declaración de nulidad.

No se trata pues de la simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes sino de la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real.

Es entonces indispensable para que prospere una impugnación de esta naturaleza contra un resultado electoral, que se muestre plenamente, y no a base de inferencias o hipótesis, la existencia concreta y operante de uno de aquellos sistemas de maquinación fraudulenta ya mencionados. De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las corporaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación.

3. En el caso concreto de los comicios del 19 de abril de 1970, la sola circunstancia de que se hubiesen realizado cinco elecciones en un solo acto, a saber: para Presidente de la República, para Senadores, para Representantes, para Diputados o Consejeros Intendenciales y para Concejales explica a primera vista que exista disparidad entre el número de sufragantes registrado en una mesa de votación y el número de papeletas depositado por los ciudadanos en cada una de estas elecciones, pues eran libres, como es obvio, para votar en algunas de ellas y abstenerse de hacerlo en las otras, de acuerdo con sus preferencias o antipatías por los candidatos en las distintas elecciones acumuladas.

Los razonamientos anteriores permiten examinar ya concretamente las acusaciones que hace la demanda contra los registros de mesa:

Primer Grupo: Se alega que los escrutinios no fueron presenciados por la mayoría de los miembros de los respectivos jurados de votación pues las actas carecen del mínimo de tres firmas: Mesas números 1, 8, 10 y 11.

Mesa Número 1. Como, según quedó visto, la Corte Electoral no tuvo en cuenta el resultado de esta mesa al hacer el escrutinio por encontrar comprobado el mismo vicio que se aduce en el libelo, no cabe ahora hacer un nuevo estudio de ese respecto.

Mesas Números 8 y 10: En el capítulo relativo a los antecedentes generales se dijo que la Corte Electoral tuvo en cuenta para el escrutinio los registros de estas dos mesas porque los ejemplares del acta de escrutinio de una y otra que reposaban en la Registraduría Municipal de San Andrés tienen las firmas de tres jurados de votación. Y como este hecho no ha sido desvirtuado en el juicio y, antes bien, los distintos ejemplares del acta de escrutinio valen lo mismo como prueba, de acuerdo con la ley, no cabe duda razonable en cuanto al hecho de que los cómputos de votos correspondientes a estas dos mesas fueron presenciados por la mayoría de los integrantes del jurado, porque así lo indican necesariamente las tres firmas que, según la Corte, existen en los ejemplares de las actas de escrutinio que tuvo a su examen.

No prosperan pues los cargos contra estos registros de mesa.

Mesa Número 11: Al examinar los documentos electorales que obran en la cubierta correspondiente a esta mesa, se observa que el acta de escrutinio está incompleta pues le falta la hoja apropiada para la firma de los integrantes del jurado y se observa también que el registro general de votantes no está suscrito por nadie.

Ante esas circunstancias, que ofrecían verdadero motivo de duda en cuanto a la legitimidad del resultado de aquella mesa, se dispuso dictar auto para mejor proveer, con el fin de que llegaran al proceso los ejemplares del acta de escrutinio que legalmente deben conservar el Tribunal Administrativo de Bolivar, el Registrador Municipal del Estado Civil de la isla de San Andrés, el Juez Municipal del mismo lugar y los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil.

Proferido ese auto el 30 de marzo pasado (folio 95) y remitidos los oficios correspondientes, llegaron a los autos los ejemplares del acta de escrutinio que reposaban en las tres primeras oficinas que acaban de mencionarse. En todos estos ejemplares, que traen las hojas completas, aparecen las firmas de cuatro integrantes del jurado de votación, sin que se noten diferencias aparentes de caligrafía en los distintos ejemplares a que se alude.

Esclarecida así la duda de que se trata, queda desvanecido también el cargo hecho en la demanda contra el registro de esta mesa, ya que el aparecer firmados tres ejemplares del acta de escrutinio por cuatro integrantes del jurado, es indicio necesario de que ellos estaban presentes cuando el cómputo de votos se hizo, como lo ordena la ley.

Por lo demás, como el acta de escrutinio da testimonio de que el registro general de votantes fue leído en alta voz antes de comenzar aquél, ese hecho demuestra de modo evidente que los jurados tuvieron ese registro como verídico y le infundieron plena validez por la mera circunstancia de suscribir sin reserva alguna aquella acta.

No prospera pues el cargo hecho contra el registro de la mesa número 11.

Grupo Segundo: Se asevera que el registro de votantes no está firmado por los integrantes del jurado de mesa, lo cual implica que es apócrifo y que también lo son los escrutinios que lo tuvieron como base para su formación. Mesas números 2, 6, 9, 10, 17, 18, 19 y 20.

Un examen minucioso de los documentos electorales que aparecen dentro de los sobres marcados con los números de las mesas que acaban de expresarse, deja en claro que los registros de sufragantes de las mesas 2, 6, 17 y 18 tienen las firmas echadas de menos por la demanda, lo cual desvanece la acusación

contra sus resultados. Que el de la mesa número 9 lleva dos firmas, sin que la falta de otra u otras adicionales pueda acarrear nulidad por si sola porque así no lo estatuye la ley. Y que los correspondientes a las mesas 10, 19 y 20, aunque no tienen firmas, no pueden considerarse por ese solo hecho como anónimos o expósitos, ya que en las actas de escrutinio de ellas, una vista por la Corte Electoral (mesa 10) y otras halladas conforme a la ley en las cubiertas respectivas (mesas 19 y 20), muy claramente se lee que, antes de empezar la cuenta de los votos, uno de los jurados le dió lectura en voz alta a los nombres de las personas que sufragaron en la mesa, es decir al registro de votantes, circunstancia que muestra de modo implícito pero también incontrastable que los jurados de votación presentes en el escrutinio tuvieron ese registro como verídico y lo autenticaron además al colocar sus firmas en el acta de escrutinio de la mesa, o sea que le infundieron plena validez.

No prospera pues ninguno de los cargos ordenados dentro del segundo grupo.

Grupo Tercero: Se sostiene que como existe diferencia entre el número de sufragantes registrados y el de papeletas depositadas en las distintas elecciones, debe suponerse que en la formación del registro de la mesa se tuvieron en cuenta elementos apócrifos porque el resultado electoral de la respectiva mesa no corresponde a la realidad. Mesas números 5, 6, 7, 9, 12, 17, 18, 19 y 20.

Ya se dijo al enunciar los principios generales relativos a los temas que se controvierten en este juicio, que la circunstancia de haberse realizado cinco elecciones distintas en un solo acto el día 19 de abril de 1970 explica fácilmente la disparidad en el número de votos entre los distintos comicios. Basta recordar ahora lo expresado entonces al respecto para concluir que este tercer grupo de cargos no está llamado a prosperar.

Lo mismo acontece con el aserto de que en la mesa número 5 se computó un voto más de los reales a favor del candidato William Francis Bernard, pues ello no fue expresado en la demanda sino en el alegato de conclusión, o sea extemporáneamente, y con la afirmación de que la candidatura del señor Francis Bernard no fue inscrita con las formalidades legales, ya que el actor no adujo prueba alguna sobre el particular.

Se observa, por último, que al recontar los votos depositados en la mesa número 2 a favor del candidato Britton Newball resulta la misma cantidad que aparece expresada en el acta de escrutinio de esta mesa, lo cual deja sin fundamento la acusación de que se habían computado menos votos de los que realmente tenía dicho candidato en tal mesa.

— III —

DEMANDA DE LA DOCTORA GLADYS BARRIOS VILLA (EXPEDIENTE No. 1604)

En este juicio se demanda la nulidad del Acuerdo número 14 de 1970, de la H. Corte Electoral "en lo tocante con la declaratoria de elección que se hizo, para la Circunscripción Electoral de San Andrés y Providencia y para la Cámara de Representantes por el partido liberal, en la persona del señor William Francis Bernard".

Afirma la actora que "el objeto de esta demanda no es otro que el de lograr que el Consejo de Estado establezca y declare los verdaderos resultados de la elección y en consecuencia, que expida las credenciales a quienes corresponda".

El único fundamento de la demanda es el de que al practicarse los escrutinios por la Comisión Escrutadora Municipal los comisionados verificaron que el señor Timothy Britton no había obtenido ningún voto en la mesa No. 17 de San Andrés. Al realizarse por los jurados de votación, el día de las elecciones, el escrutinio parcial de tal mesa se vió que en ella el doctor Britton no había obtenido ningún voto. No obstante en los escrutinios departamentales llevados a cabo en la ciudad de Cartagena por los delegados la Corte Electoral, se hizo recuento de votos de tal mesa y en este recuento le "aparecieron" al candidato Britton quince (15) votos que la actora pidió a los delegados se abstuvieran de computar. La demanda agrega: "Se abstuvieran de computar, es decir, que yo no pedí la anulación de ellos, sino que no los computaran pues ellos no fueron depositados correctamente el día de las elecciones".

No se solicitó que el juicio se abriera a prueba. Se encuentra, pues, totalmente desprovisto de ellas y también de alegato de conclusión. Por otra parte, la actora no invocó precepto legal que a su juicio hubiera sufrido quebranto con el acto acusado. Simplemente dijo: "Como normas violadas por el Acuerdo que acuso, me permito indicar las disposiciones pertinentes de la Ley 85 de 1916".

Empero, el Acuerdo 14 de la Corte Electoral, explica suficientemente lo ocurrido, expresando que, ante el reclamo del candidato Britton oportunamente presentado ante los delegados de la Corte, ellos procedieron a hacer el recuento de papeletas y encontraron entre las incluídas bajo el sobre forma 1, las quince para este candidato representativas de los votos que a éste omitieron anotarle los jurados de votación.

Bien dice el señor Fiscal doctor Eduardo Aguilar Vélez que ante tales afirmaciones contenidas en el acto acusado, que debe presumirse legal y

verídico, y que no han sido desvirtuadas en el juicio, las peticiones hechas no pueden prosperar. Así, pues, de acuerdo con la vista de fondo, se desecha el cargo formulado por la doctora Gladys Barrios Villa al Acuerdo número 14 de 1970 de la Corte Electoral.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas formuladas en las demandas a que se ha hecho mención.

Copiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del cuatro de mayo de mil novecientos setenta y uno.

Juan Hernández Sáenz — Alfonso Arango Henao — Osvaldo Abello Noguera — Nemesio Camacho R. — Alfonso Castilla Sáiz — Jorge Dávila Hernández — Hernando Gómez Mejía — Miguel Lleras Pizarro — Lucrecio Jaramillo Vélez — Humberto Mora Osejo — Rodrigo Noguera Laborde — Conuuez *— Alvaro Orejuela Gómez — Carlos Portocarrero Mutis — Gabriel Rojas Arbeláez — Gustavo Salazar T. — Rafael Tafur Herrán.*

Hernando Franco R.
Secretario.

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO PRIMERO

IMPUESTOS NACIONALES

A 329 - XVI 9 / A Ip

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTO DE RENTA. Exención hasta del 100 por 100 del impuesto sobre la renta para las sociedades cuyo objeto sea la explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico del país.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., enero veintiocho de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Gustavo Salazar T.*

Ref: Expediente número 1513

Actor: Elías Pinedo Marchena.

El señor *Elías Pinedo Marchena* pidió al Tribunal Administrativo del Valle revisara la operación administrativa de liquidación de sus impuestos sobre la renta y complementarios correspondiente al año de 1962 a fin de que se declare renta exenta la proveniente de las participaciones recibidas por el contribuyente de la sociedad comercial que gira bajo la razón de Planta de Galvanizado Limitada.

Fundó la acción de revisión en la resolución número 413 de 1963 del Ministerio de Fomento que declaró la actividad de la citada sociedad durante 1962 como la correspondiente a una industria complementaria a la producción de hierro; y que por consiguiente "al no existir renta gravable para la sociedad tampoco podían distribuírse utilidades imponibles para sus accionistas".

El Tribunal por sentencia de 5 de mayo de 1970 decidió desfavorablemente las peticiones del actor, porque encontró que según la norma del artículo 114 de la Ley 81 de 1960 la exención del impuesto a la sociedad no cobijaba a los socios de la misma, por no ser una industria nueva sino simplemente complementaria a la producción de hierro.

Apelado el fallo por el demandante el negocio ha recibido en el Consejo de Estado el trámite propio de la segunda instancia. El Fiscal doctor Ortíz Amaya conceptúa que la sentencia debe confirmarse por cuanto la participación que recibió el contribuyente Pinedo Marchena de la sociedad no está exenta según la norma invocada por el Tribunal.

SE CONSIDERA:

Ciertamente la Ley 81 de 1960 estableció como incentivo tributario la exención hasta del 100 por 100 del impuesto sobre la renta para las

sociedades cuyo único objeto sea la explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico del país y que utilicen materia prima nacional en proporción no inferior al sesenta por ciento del valor total de las materias primas utilizadas o para las que tengan por objeto el desarrollo de industrias complementarias a la producción de hierro y que en más de un cincuenta por ciento utilicen en su proceso de transformación artículos producidos por Acerías Paz de Río.

Pero la misma ley fue muy clara en el sentido de que la exención se extendía a los socios de la respectiva sociedad "pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas" entendiéndose por tal cuando la proporción entre la producción y el consumo nacionales anteriores a la vigencia de la Ley 81 no exceda del cincuenta por ciento.

La Resolución número 413 de 9 de abril de 1963 invocada por el actor dice que para los efectos del artículo 114 de la Ley 81 de 1960 reconoce que la actividad desarrollada por la sociedad denominada Planta de Galvanizado Limitada durante 1962 fue la correspondiente a una industria complementaria a la producción de hierro, pero sin que se trate de una industria nueva.

Lo expuesto es suficiente para que esta Sala del Consejo de Estado, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Copiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

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

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

Angel María Camacho Ramírez.
Secretario.

A 330 - XI 16 1971

ACTOS DE LA BENEFICENCIA Y DE LA GOBERNACION DE CUNDINAMARCA

IMPUESTO DE REGISTRO. Relación jurídica existente entre la persona obligada a pagarlo y la entidad pública beneficiaria.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., junio nueve de mil novecientos setenta y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz.*

Mediante escritura pública 5766 del 25 de septiembre de 1965, Notaría Quinta de Bogotá, el Banco Panamericano protocolizó copias auténticas de la Resolución adoptada por su Asamblea General de Accionistas el 31 de agosto de ese año para reformar los estatutos de la entidad, aumentando el monto de su capital autorizado y de la Resolución 417 del 16 de septiembre del mismo año, expedida por el Superintendente Bancario para aprobar ese aumento de capital.

Junto con el valor de los derechos del Notario, el Banco tuvo que consignar en la notaría la suma de $10.040.oo por concepto de impuesto, de registro Esta suma fue pagada a la Beneficencia de Cundinamarca, como entidad recaudadora de tal impuesto según consta en el recibo número 50912 del 28 de septiembre de 1965, que fue expedido a favor de la Notaría Quinta y cuya copia auténtica obra en autos.

Posteriormente, en mayo de 1966, el Banco reclamó ante la Beneficencia, por considerar que la liquidación de que se trata es ilegal y excede el monto de lo que realmente le correspondía pagar. El Síndico Gerente de ese organismo, mediante Resolución 625 del 30 de junio de 1966, no accedió a reformar la liquidación por encontrarla ajustada a derecho. E interpuestos los recursos de reposición y de apelación por el Banco, el primero fue decidido desfavorablemente por Resolución 1004 del 19 de agosto siguiente, del Síndico y el segundo dió lugar a que el Gobernador de Cundinamarca, por Resolución 129 del 31 de octubre del mismo año, revocara las providencias del Síndico y, en su lugar, negara por extemporánea la reclamación que hizo el Banco. Se apoyó en que el artículo 3o. de la Ordenanza 22 de 1916 de la Asamblea de Cundinamarca sólo concede un plazo de 45 días para reclamar contra las liquidaciones del impuesto de registro. Esta Resolución fue notificada el 7 de noviembre de 1966 al apoderado del establecimiento bancario.

En esas circunstancias, el día 6 de febrero de 1967 el Banco presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para impetrar

que se revisara la mencionada liquidación de impuestos y que se ordenara devolverle la cantidad pagada en exceso.

Dijo que la liquidación impugnada quebranta los artículo 27, 28, 77 y 81 de la Ley 45 de 1923, en concordancia con los artículos 463, 465, 551, 598 y 613 del Código de Comercio y el numeral 10 del artículo 2652 del Código Civil, los artículos 27 y 2606 del mismo Código y el artículo 1o., ordinal ll, de la Ley 52 de 1920, modificado respecto a la cuantía del gravamen por el artículo 4o., ordinal H, de la Ley 24 de 1963.

La demanda contiene extensas argumentaciones jurídicas en defensa de sus pretensiones, pero el razonamiento central consiste en sostener que la Beneficencia de Cundinamarca le liquidó el impuesto de registro al Banco como si se tratara de una simple sociedad mercantil y no de un establecimiento bancario, pues para la primera, por mandato del Código de Comercio, toda reforma estatutaria debe elevarse a escritura pública para que tenga validez, mientras que para el segundo la modificación del estatuto sólo requiere de la aprobación del Superintendente Bancario y la posterior protocolización de los documentos relativos a la reforma. Asevera por ello que no puede equipararse para el efecto fiscal la escritura mediante la cual se protocolicen los documentos relativos al aumento de capital de un Banco con aquella que solemnice el aumento de capital de una sociedad de comercio, pues las tarifas del impuesto de registro en uno y otro caso son distintas, por expresa provisión legal: para las sociedades, lo del artículo 1o., ordinal LL, de la Ley 52 de 1920; para los bancos, la del artículo 1o., ordinal H, de la misma Ley 52, cuya cuantía actual es la que fija el artículo 4o. ordinal H, de la Ley 24 de 1963.

El Tribunal, en fallo del 22 de julio de 1970, se abstuvo de pronunciarse a fondo por considerar que el Banco no había agotado el trámite gubernativo, pues entendió que su reclamo ante la autoridad fiscal fue presentado fuera del término hábil previsto por la Ordenanza 22 de 1916 de la Asamblea de Cundinamarca.

El demandante apeló y en su alegato de la segunda instancia insiste en sus argumentaciones iniciales y sostiene que a partir de la vigencia de la Ley 52 de 1920 resulta claro que el impuesto de registro es nacional y no departamental, tesis que, en su sentir, hace patente que desde entonces no es aplicable el régimen de la Ordenanza 22 a los reclamos contra liquidaciones de tal impuesto. Dijo también que dentro del sistema empleado para el recaudo de este gravamen, la liquidación no se le hace conocer al contribuyente y, por ello, la fecha en que se haga no puede tomarse como punto de partida para el cómputo del término para reclamar ante la Administración. Cree así que su actuación por la vía gubernativa fue oportuna, que su acción no está

prescrita y que, por ende, el fallo recurrido debe revocarse para acceder, en cambio, a sus peticiones.

Por su parte, el señor Fiscal 3o. del Consejo conceptúa que dicho fallo debe mantenerse porque el actor obró fuera de los términos legales.

Estos son los antecedentes del proceso que ahora corresponde dirimir a la Sala, con fundamento en las consideraciones que van a expresarse:

La naturaleza misma del impuesto de registro, que recae sobre actividades determinadas y no sobre personas en concreto y la forma específica y usual de su recaudo, que no se hace directamente por empleados del fisco departamental sino a través de los notarios, quienes lo liquidan oficiosamente, lo cobran de sus clientes junto con el valor que corresponda al servicio prestado, para consignarlo después en las arcas oficiales, son circunstancias que diluyen y oscurecen al máximo la relación jurídica que existe siempre entre la persona obligada a pagar un tributo y la entidad pública beneficiaria del mismo.

Tanto es así, que cuando en un caso concreto el monto del impuesto de registro causado ingresa al erario departamental, el comprobante respectivo se expide a favor de la notaría que hizo la consignación y no de quien realmente la paga de su peculio, sin que siquiera ese recibo llegue a manos del contribuyente pues, por mandato de la ley, tal documento debe protocolizarse con la escritura pública de que se trate.

Apenas queda en poder de quien cubrió el impuesto un recibo global por la suma pagada a la notaría y emanado de esta última y una transcripción de la llamada boleta fiscal, o comprobante de pago del impuesto de registro, que debe figurar como apéndice en las copias de la escritura pública respectiva que, por solicitud y a costa del interesado, le expida el notario.

Pero a pesar de que los motivos anotados dificultan encontrar a primera vista en muchos casos el nexo jurídico existente entre quien paga efectivamente el impuesto de registro y las autoridades fiscales encargadas de recaudarlo, no puede pensarse que la persona obligada a satisfacer ese tributo en el momento de otorgar una escritura pública y en la misma oficina notarial, quede sin medios para acudir en reclamo ante aquellas autoridades cuando estime que se le cobró en cantidad excesiva o por cualquiera otra causa la liquidación fue ilegal; o que esos medios sean tan precarios y efímeros que por leves razones procedimentales, oscura o imprecisa fijación de los términos y similares motivos, llegue a desvanecerse su derecho al ejercicio de recursos ante los funcionarios gubernamentales y, por ende, al de promover

acciones ante los tribunales contenciosos por falta de aquella tramitación, que necesariamente debe anteceder a la demanda judicial.

En efecto, una tesis que así lo predicara no sería de recibo por contrariar los textos constitucionales que determinan en forma expresa las garantías del ciudadano, una de las cuales consiste en el derecho de acudir ante la autoridad pública en defensa de sus intereses particulares y de obtener pronta respuesta o decisión.

Ha de entenderse entonces que en el caso del impuesto de registro, donde no hay una liquidación oficial previa que la autoridad le haga conocer a quien debe pagarlo, según quedó visto, el término para formular reclamaciones debe contarse desde el día en que razonablemente pueda tenerse al contribuyente como enterado de la fijación oficial del monto del tributo a su cargo, sea de modo expreso, por noticia directa y formal del funcionario recaudador, o cuando menos implícito, como en el evento de que el contribuyente mismo o un delegado suyo pague el impuesto, en el de que reclame ante aquel funcionario, o en cualquiera otro que también suponga incontrastablemente que el deudor del impuesto conoce el acto de la autoridad fiscal que le determinó el monto a su cargo.

Y no puede creerse que el conocimiento del cálculo o estimativo oficioso del valor del impuesto hecho por el notario al tiempo de otorgarse la escritura pública equivale a notificación expresa o tácita de la liquidación que de éste realice la agencia fiscal pertinente, desde luego que ese cálculo no proviene de tal agencia, es anterior a la liquidación verdadera y se confunde e involucra con la cuenta por los servicios notariales, que debe pagar el cliente en el momento de su prestación.

No sobra recordar también, como refuerzo del argumento anterior, que la liquidación oficial del impuesto de registro se hace en el mismo recibo de pago, llamado boleta fiscal, y que él se expide no a favor del contribuyente verdadero, sino de la notaría que efectúa la consignación, circunstancia que, como es obvio, descarta inferir el conocimiento directo, expreso o tácito de aquella liquidación por parte de dicho contribuyente, pues ni siquiera ese recibo llega a sus manos, ya que debe reposar en el protocolo notarial por mandato de la ley.

El conocimiento previo, expreso o tácito, de la liquidación del impuesto por parte del contribuyente es, por lo tanto, requisito indispensable para que se consolide por el transcurso del tiempo la situación jurídica nacida de aquel acto de la autoridad fiscal. Es desde la fecha de tal conocimiento cuando comienzan a correr los términos que la ley conceda para interponer los recursos gubernativos pertinentes contra la liquidación de que se trate. Esos

recursos, a falta de un régimen específico para el impuesto de registro, deben ser los que consagran y regulan los artículos 13 y siguientes del Decreto Ley 2733 de 1959 como sistema general de la actuación administrativa.

Naturalmente, el plazo para iniciar juicio de revisión de impuestos ante los tribunales contenciosos sí debe computarse siempre en la forma prevista por los artículos 272 y 273 de la Ley 167 de 1941, es decir, desde la fecha en que se le notifique al contribuyente la providencia que ponga fin al trámite gubernativo. Si vencen los tres meses, contados a partir de esa fecha, sin que se presente demanda legalmente admisible, es claro que habrá precluído para siempre la oportunidad de utilizar ese remedio contra las liquidaciones del impuesto de registro que se estimen violatorias de la ley.

Un examen de los antecedentes de este juicio, narrados al principio, a la luz de las reflexiones jurídicas que acaban de hacerse, deja en claro que asiste la razón al apelante en cuanto a que agotó en forma cabal y oportuna el trámite gubernativo y en cuanto a que su acción no está prescrita, pues basta comparar las fechas de notificación de la última providencia gubernamental y de introducción del libelo, noviembre 7 de 1966 y febrero 6 de 1967, para convencerse de esto último.

Sólo cabe agregar que el cambio del sistema para el recaudo del impuesto de registro, a cargo antaño de colectores de rentas que percibían un porcentaje o participación de las sumas recibidas, y hoy en manos de funcionarios con salario fijo, y la calidad evidente de impuesto nacional que tiene el de registro y anotación, por que es de creación legal y no de preceptos locales aunque su producto beneficie a los fiscos regionales, son circunstancias que demuestran la inaplicabilidad actual de lo estatuído en el artículo 3o. de la Ordenanza 22 de 1916, invocado tanto por el Gobernador de Cundinamarca como por el Tribunal *a quo* para fundamentar sus respectivas decisiones.

Esclarecidos los puntos anteriores, conviene analizar ahora el contenido mismo del litigio:

Dentro de los sistemas de asociación mercantil creadores de sujetos de derecho con personalidad propia, existe un régimen característico y especial para los establecimientos bancarios que está contenido en la Ley 45 de 1923 y los preceptos que la adicionan, complementan o reforman.

De acuerdo con este régimen específico, la constitución o fundación de un banco comercial exige que los fundadores, cuyo número no puede ser inferior a cinco, deben extender en original y duplicado un acta con las menciones que señala el artículo 77 de la Ley 45 y firmar un aviso donde consten sus nombres, su intención de organizar el banco y los demás detalles

que pide el artículo 79 de la ley. Un ejemplar del acta, el aviso y los demás documentos que correspondan han de enviarse para su estudio al Superintendente Bancario y el aviso publicarse cuatro veces, en semanas consecutivas y en el periódico que señale dicho funcionario.

Cumplidos estos trámites y si el Superintendente, con pleno conocimiento de causa, encuentra que se han llenado los requisitos de ley, aprueba el acta de fundación y desde ese momento comienza la existencia del banco, según lo enseña el artículo 81 de la Ley 45 y puede comenzar las operaciones de su ramo cuando obtenga el certificado de autorización a que alude el artículo 28.

Por mandato del artículo 27, pero sin que ello implique requisito para la existencia institucional del banco, uno de los ejemplares del acta de organización, con el testimonio de que fue aprobada por el Superintendente, debe protocolizarse en la notaría pública del Circuito que corresponda al lugar de los negocios del establecimiento.

Estos mismos requisitos, en lo pertinente, han de cumplirse también cuando se introduzcan modificaciones al estatuto del banco y si se trata de aumentar el capital, son de observancia las reglas legales a ese respecto.

Resalta de inmediato que las formalidades descritas son muy distintas de las que el Código de Comercio exige llenar para la constitución o la reforma de las compañías mercantiles corrientes u ordinarias. En estas últimas es ineludible el otorgamiento de escritura pública, el registro de su extracto en la Cámara de Comercio y la ulterior publicación de él para que nazca a la vida jurídica el ente colectivo o para que tengan validéz completa las reformas de sus estatutos. O sea, que la escritura constituye solemnidad esencial para la formación o cambios de la sociedad regular.

El breve análisis comparativo que acaba de hacerse muestra así de manera palmar que la escritura pública mediante la cual se protocolicen documentos relacionados con un banco no puede equipararse jurídicamente para ningún efecto con las de constitución o reforma de otras especies de compañías comerciales.

De allí se deduce también que el impuesto de registro que le corresponde pagar al Banco Panamericano en el presente caso ha debido liquidarse conforme a la tarifa establecida por el artículo 4o., ordinal H, de la Ley 24 de 1963, o sea, en la suma de diez pesos.

Y como al Banco se le liquidó por ese concepto la cantidad de $10.040.oo y hubo de pagarla, según aparece de autos, deberá disponerse que se le restituyan $10.030.oo cubiertos en exceso.

Se impone pues revocar la sentencia recurrida y revisar la liquidación impugnada en la forma descrita.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, después de examinado el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y, en su lugar se dispone:

Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto de registro a que se refiere el presente juicio. Y, por lo tanto:

a) Se fija en la suma de diez pesos ($10.oo) el valor del impuesto de registro a cargo del Banco Panamericano por el otorgamiento de la escritura pública número 5766 del 25 de septiembre de 1965, Notaría Quinta de Bogotá;

b) Como consecuencia de la revisión que se ha hecho, la Beneficencia de Cundinamarca deberá reintegrarle al Banco Panamericano, dentro del plazo previsto por el artículo 121 del C. C. A., la suma de diez mil treinta pesos ($10.030.oo), pagados en exceso por concepto de impuesto de registro.

Copiese, notifíquese, publíquese, devuélvase y cúmplase.

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

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

Hernando Franco Rojas
Secretario.

TITULO VII

JUICIOS EJECUTIVOS
POR JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

EXCEPCIONES Y TERCERIAS

A 331 - XVII 12/A Jp

JURISDICCION COACTIVA

EXCEPCIONES

COMPETENCIA. Para conocer de incidentes de excepciones y tercerías. Aplicación de la ley procesal.

FALTA DE JURISDICCION. El allanamiento de las nulidades no puede producir efectos en cuanto haya de pronunciarse sentencia definitiva.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta – Bogotá, D. E., febrero cuatro de mil novecientos setenta y uno.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref: Radicación número 1701.

Jurisdicción coactiva del tesorero de Medellín contra la compañía del Hotel Nutibara S. A. Excepciones propuestas por el ejecutado.

Con fundamento en copias expedidas por la secretaría de la sección de ejecuciones fiscales de la tesorería de rentas municipales de la ciudad de Medellín se ha adelantado el juicio ejecutivo que por procesos acumulados se encamina a obtener el pago de la suma de $444.116,32 por concepto de contribución de valorización por obras ejecutadas según el denominado plan de obras número 252, contribución liquidada por la Resolución número 30 de 18 de junio de 1963. El juicio se ha adelantado en vista de las copias mencionadas porque según certificación que consta al folio 7 vuelto del cuaderno principal, de la tesorería de Medellín al juicio original se extravió.

El apoderado de la parte ejecutada propuso las excepciones de carencia de causa, cosa juzgada, inexigibilidad de la obligación y pleito pendiente.

Por auto de 28 de septiembre de 1965 el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró nula la actuación a partir de los autos que constan en los folios 15 y 17 del cuaderno principal porque estimó que según el numeral 3o. del artículo 30 del Decreto 528 de 1964 el conocimiento del negocio correspondía en única instancia al Consejo de Estado el que, por auto de 14 de julio de 1966 aunque expresa dudas sobre la interpretación que condujo al Tribunal a decretar la nulidad mencionada acepta que la ejecutoria de dicho auto constituye ley del proceso y al no revocarlo aboca el conocimiento.

Se han practicado pruebas y se ha conducido el juicio ante el Consejo de Estado hasta el momento presente en el que ha de decidirse sobre la materia controvertida. Para hacerlo se considera:

El auto del Tribunal de Antioquia el que se decidió que la competencia era del Consejo de Estado carece de motivación y en él sólo se menciona el precepto del numeral 3o. del artículo 30 del Decreto 528 de 1964. En el salvamento de voto del magistrado Carlos Betancur pueden leerse entre otras las siguientes consideraciones: "A primer golpe de vista puede pensarse que el reformador al no distinguir en el ordinal 3o. entre los negocios de carácter nacional, departamental o municipal, quiso que el conocimiento de todos ellos, en la cuantía allí indicada, correspondiera al Consejo de Estado en única instancia.

"Considera el suscrito que esta no es la interpretación nacional. No hizo la distinción el reformador porque esos asuntos deben conocerse en el Consejo de Estado cualquiera sea su origen, con las salvedades establecidas por el Decreto 1735 de 1964. Pero de hacer esta afirmación a concluir que este conocimiento tiene que ser en única instancia, va mucho trecho. El Decreto 528 no sólo no reguló íntegramente la materia, para poder hablar así de derogatoria, sino que él mismo dejó vigentes funciones adscritas al Consejo de Estado y a los tribunales por las Leyes 167 y las que la adicionan y reforman.

"Si tal fuera la interpretación lógica, única instancia en el Consejo de Estado para los incidentes de excepciones y tercerías en asuntos de jurisdicción coactiva de cualquiera índole, superiores a $10.000.oo, debió incluirse este conocimiento en un nuevo literal del ordinal 1o. del artículo 30 y no en ordinal distinto, como se hizo, precedido de uno que aunque sobraba, dada la introducción del artículo 30, viene a reforzar la idea de que los incidentes de excepciones y tercerías en negocios departamentales y municipales que tenían apelación ante el Consejo de Estado antes de la reforma, la conservan con la única variación introducida en materia de cuantía".

Adelante dice:

"La reforma solo pretendió en este campo la variación de un elemento del factor objetivo de la competencia, como es el de la cuantía y no una modificación de carácter funcional con la única salvedad por este aspecto de la que implica el Decreto 1735 de 1964 que estableció normas para el cobro de tributos cuya liquidación, administración y control correspondía a la Administración de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda. Así pues, la competencia por el factor funcional sigue intacta y se respetó, en parte, lo que para el efecto había ordenado la Ley 67 de 1943. Esta interpretación está de acuerdo con uno de los fundamentos capitales de la reforma, o sea, el de la "inmediatización" de la justicia o descentralización de la misma.

"No se compadece con el espíritu reformador el hecho de que los asuntos departamentales y municipales de una cuantía superior a los $10.000.oo, por ejemplo, que antes de la reforma se conocían en primera instancia en los Tribunales y en segunda en el Consejo de Estado, (para asuntos mayores de $500.oo) ahora tengan que ir a esta última entidad para un conocimiento de única instancia, con el consiguiente aumento de gastos y de tiempo para los litigantes".

Si se examina la doctrina en que se inspiró la totalidad de la reforma del año de 1964 se confirman las reflexiones del salvamento de voto en parte transcrito, porque por medio de ella se afirmaron las garantías procesales y en ninguno de sus decretos se pretendió por una supuesta economía procesal recortarlas o disminuirlas. La existencia de las dos instancias o de la intervención de dos falladores, en el primer caso los tribunales y el Consejo de Estado en el segundo el Consejero conductor y la Sala de Decisión, son características del derecho procesal en el mundo occidental que configuran una garantía dirigida a la doble revisión del juicio para evitar hasta donde sea humanamente posible cualquier error. Solo en asuntos de muy pequeña cuantía se ha desechado el recurso de la segunda instancia cuando la primera compete a los tribunales lo que constituye excepción apta para confirmar la doctrina general y no para desvirtuarla.

Es cierto que hay nulidades allanables según los preceptos del Código Judicial, pero no todas lo son como resulta evidente en el caso de falta de jurisdicción generalmente conocida con la singular nomenclatura de incompetencia de jurisdicción porque ello podría conducir al absurdo de dar validez a un proceso penal adelantado por ejemplo ante la justicia de lo contencioso administrativo sólo por el silencio o la ratificación de las partes. Aún en el caso en que es admisible el allanamiento de la nulidad esta convalidación no puede producir efecto en cuanto haya de pronunciarse sentencia definitiva. A este propósito dice el doctor Hernando Morales que:

> "La actuación ratificada queda válida, pero la futura debe adelantarla el Juez competente. Creemos que este principio no hace relación a la sentencia pronunciada por un juez incompetente, pues ataca el orden público el hecho de que un juez falle un litigio careciendo de competencia para ello".

Y con referencia al artículo 454 del Código Judicial comenta:

> "El artículo citado dice claramente que lo que se revalida es la actuación, de modo que excluye la sentencia. Por tal causa, si la nulidad por incompetencia se presenta en segunda instancia y las partes ratifican lo actuado, la ratificación no cobija la sentencia dictada por el juez de primera instancia, sino sólo la actuación ante él seguida. Por tanto, la nulidad abarcará el fallo y lo actuado en segunda instancia, pero todo lo actuado en primera instancia deberá enviarse ante el juez competente con el fin de que pronuncie de nuevo la sentencia".

A este propósito Carnelutti en su sistema de derecho procesal civil observa que:

> "También en el campo de los actos procesales rige el principio de que no todo vicio de un acto determina su nulidad y, por tanto, se distinguen los requisitos bajo pena de nulidad y los requisitos bajo pena de irregularidad. Si nos preguntan qué criterio

haya de presidir tal distinción, la respuesta no puede ser mas que esta: en todo acto existen requisitos necesarios, porque sin ellos no puede lograrse su finalidad, y existen en cambio, requisitos simplemente útiles; los primeros son aquellos cuya falta ocasiona la nulidad del acto".

En el supuesto de que el auto del Tribunal por el cual se declaró nulo lo actuado por falta de competencia y el del Consejo de Estado que no accedió a revocarlo tuvieran fundamento jurídico respetable si en el momento de fallar se encuentran errores procesales que inciden sobre la sustancia del juicio tales errores no pueden vincular al sentenciador para ratificarlos, repetirlos o fallar contra los derechos y las garantías concedidas a las partes. En el presente juicio además del obvio principio que se ha consignado debe considerarse como circunstancia nueva lo dispuesto sobre competencia en la Ley 16 de 1968 promulgada con posterioridad a los actos comentados y que lleva al Consejo a la necesidad de examinar lo relativo a la vigencia de la ley nueva en materia procesal. En auto de 15 de mayo de 1968 con ponencia del consejero doctor Hernando Gómez Mejía dijo esta Sala:

"Se ha discutido mucho por los procesalistas, nacionales y extranjeros, sobre el efecto de la ley procesal en cuanto al tiempo; muchos afirman que tiene efecto retroactivo y que contra ella no pueden alegarse derechos adquiridos de ninguna clase; pero como el proceso está constituído por una serie de actos, estrechamente unidos entre sí, ocurre que siempre que existe un caso de cambio de leyes procesales, se encuentran situaciones o partes del proceso que venían rigiéndose por leyes anteriores y que van a continuar bajo el imperio de esas mismas leyes, pero en cambio, los hechos pendientes y los futuros deben someterse al imperio de la ley nueva desde el momento en que ésta empezó a regir, salvo lo que en contrario establezca la misma".

"..... .....

"El artículo 40 de la Ley 153 de 1886 preceptúa: "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

"Para deducir el alcance de esta disposición, hay que establecer la diferencia entre las normas sobre organización judicial, preceptos procedimentales o de ritualidad de los juicios y normas sobre derecho probatorio. La doctrina ha aceptado que las normas sobre organización judicial tengan aplicación inmediata y por ello, precisamente, la competencia se rige por el nuevo estatuto, porque no pueden alegarse respecto a ella derechos adquiridos. Por ello, si la nueva ley modifica la competencia por razón de la cuantía, naturaleza del asunto o calidad de las partes, el proceso debe pasar al funcionario que señale la ley nueva".

Adelante agrega:

> "En virtud de lo establecido por el Decreto 528 de 1964, el Consejo de Estado venía conociendo en única instancia, de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, cuando la cuantía era superior a $10.000.oo; esto, en razón de tesis jurisprudenciales, porque las normas del decreto, al respecto, eran por cierto muy confusas.
>
> "Pero ocurre que la competencia para conocer de tales excepciones y tercerías fue modificada por la Ley 16 de 1968... ".

Los comentarios que se han hecho no conducen necesariamente a decretar una nueva nulidad que haría retrotraer el juicio para que se repitan diligencias, como las relativas a la prueba, que no contribuirían a mejorar el proceso sino a dilatarlo innecesariamente. La consecuencia pues no podrá ser la de tener por inexistente lo que ya existe sino la de evitar el pronunciamiento que por falta de competencia y por violación de algunas garantías procesales haría entonces sí, nulo lo resuelto.

En consecuencia el Consejo de Estado por intermedio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

Remítase este expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para que, por ser de su competencia, pronuncie la decisión relativa a las excepciones propuestas, como auto de primera instancia.

Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada y considerada en la reunión de la Sala de fecha febrero cuatro de mil novecientos setenta y uno.

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

Angel María Camacho
Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

Págs.

1. **ABONOS A IMPUESTOS EN MORA**

Orden de imputación.– Es evidente que el artículo 7o. del decreto 2531 de 1970 modifica el orden de imputación de los pagos establecidos en la ley 81 de 1960 y en el decreto 1651 de 1961, el cual se conforma con las reglas generales que de tiempo atrás tienen consignadas las leyes, por ejemplo el Código Civil y el de Comercio. El decreto 1651 tiene fuerza de ley por virtud de las facultades que al Gobierno se le confirieron por la ley 81 de 1960 en cuanto hace a las normas procedimentales necesarias para la aplicación de esta ley según lo prescribe su artículo 134. Aunque no aparece la utilidad de cambiar este orden de imputación es lo cierto que al hacerlo por medio de decreto reglamentario se ha violado de modo evidente la regla general consignada en preceptos de superior categoría como son los contenidos en la propia ley que se pretende reglamentar y en el decreto 1651 ya citado. Por lo tanto habrá de accederse a la suspensión provisional.– (Auto de 25 de febrero de 1971. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero sustanciador: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Vicente Amaya Mantilla, en acción de nulidad con suspensión provisional del artículo 7o. del decreto 2531 de 1960)..... 295

2. **ACCION CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL**

Su naturaleza. Salvo los casos en que se requiere querella de parte y de acuerdo con el artículo 9o. del C.P. y el artículo 95 del C. de P.P., la acción penal es pública y corresponde ejercerla en forma exclusiva al Ministerio Público, al Funcionario de Instrucción y al Juez competente, al paso que la acción civil dentro del proceso penal que persigue el resarcimiento del daño causado por la infracción, la ejercen las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito o sus herederos, tal como lo establece el artículo 24 del C. de P.P. y lo reitera el artículo 112 ibidem. La titularidad de la acción civil, respecto del pretenso perjudicado, por sí misma está señalando su carácter de acción privada, si bien tal carácter puede no ser absoluto frente a las funciones del Ministerio Público en materia de indemnización de perjuicios. Con todo la circunstancia de que la acción civil pueda ejercerse dentro del proceso penal y de que el Agente del Ministerio Público propugne por la efectividad de la indemnización, no es bastante para quitarle el carácter de acción privada como que a través de su ejercicio se debate una contienda de naturaleza típicamente civil, como es la fijación y resarcimiento de perjuicios, en la cual existen, ciertamente, dos partes: el perjudicado con la infracción que asume el verdadero carácter de demandante dado que debe presentar un escrito de *demanda* dentro de las prescripciones que ordena el artículo 114 del C. de P.P., demanda que puede ser rechazada por el Juez (artículo 117 del C. de P.P.) y el presunto responsable de la infracción que es la parte demandada contra quien se dirige la acción. La naturaleza privada de

Págs.

la acción civil se acentúa a través de varias disposiciones del C. de P.P. como las contenidas en el artículo 25 inciso 2o., que autoriza ejercer la acción de indemnización de perjuicios ante los jueces civiles, bajo las condiciones que la misma disposición señala –evento en el cual, dicho sea al margen, no cabe duda de que el Estado como persona jurídica podría hacerse representar por un apoderado especial–; el artículo 121 que hace subsidiaria la intervención del Agente del Ministerio Público de la intervención de la parte civil para la hipótesis en él previsto; y el artículo 22 que manda al Juez Penal calificar las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuye la legislación civil cuando haya de decidir cuestiones civiles; y finalmente, el artículo 93 del C.P. que le señala al Agente del Ministerio la función de simple cooperador con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización, cuando éstos tengan intervención directa en el proceso. Lo anterior lleva a la conclusión de que, aún dentro de la interpretación que ofrece el demandante del artículo 173 del C.J. resulta aplicable esta disposición para el caso de que el Estado como persona jurídica sufra un perjuicio económico derivado de una infracción y considere necesario, por cualquiera de las razones que contempla el citado artículo, constituírse en parte civil dentro de un proceso penal, pues, se trata de ser parte de una controversia de carácter civil así pueda colaborar en ella el Ministerio Público y así la falle un Juez Penal a quien, en ningún caso, podría jurídicamente calificarse de parte en el proceso. (Ver el No. 12 del índice)..... 122

3. ACLARACION DE SENTENCIAS

Requisitos fundamentales. Unidad de las partes Resolutivas de las sentencias de primera y de segunda instancia.– El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para llenar los vacíos de aquél, y es así, como debe recurrirse a éste para plantear y resolver las aclaraciones de los fallos definitivos en los términos y dentro de las estrictas circunstancias previstas en él, más aún, con los alcances reconocidos por la Jurisprudencia, especialmente la de la Corte Suprema de Justicia, Son muchas y de reiterada uniformidad las decisiones tomadas para interpretar fielmente el artículo 482 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales es preciso mencionar la del auto de 23 de enero de 1962, (Gaceta Judicial Tomo 98, pág. 5), porque es la síntesis de las anteriores, como quiera que sistematiza y compendia las exigencias que deben reunirse para que se aclaren "los conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda", sin que se reforme ni revoque la sentencia ya pronunciada. Dice la Corte: "La aclaración de sentencia a que se refiere el artículo 482 del Código Judicial, requiere: a) que se trate de una sentencia y no de un auto sin fuerza de sentencia; b) que el motivo de duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente; c) que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el Juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no éste quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo; d) que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y no se trate de explicar puntos meramente académicos o especulativos sin influjo en la decisión; e) que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o

Págs.

frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos; f) que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia; g) que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo. "Como puede verse, los requisitos fundamentales son el que la aclaración no se dirija a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia y el de que no puede proponerse una nueva controversia sobre los fundamentos jurídicos de las cuestiones ya falladas, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplir lo que en aquélla se haya ordenado. De otro lado, conviene observar que las partes resolutivas de las sentencias de primera y de segunda instancia, integran una sola unidad y que de ella surge claramente a quién corresponde restablecer al actor en su cargo; por quién debe hacerse el pago de los sueldos y prestaciones reconocidos; cuál el término para que la Administración acate estas disposiciones, y qué condición debe cumplirse sobre los valores que el Estado descuente por sueldos devengados oficialmente por el demandante, sin solución de continuidad en el servicio. No es al Consejo de Estado a quien le corresponde decir cuáles son las circunstancias ni el tiempo dentro de los cuales deben cumplirse sus ordenamientos ya que, como queda indicado, estas son cuestiones fijadas en la Ley, suficientemente precisas, como para que la Administración ciña a ella sus determinaciones. Finalmente, redunda advertir que la segunda instancia se ha instituído para revisar las providencias que lleguen a su conocimiento por cualquier vía procesal y que es función específica de ese grado de jurisdicción confirmar, modificar, ampliar, restringir o revocar los alcances de los reconocimientos hechos por el Juzgador de primera instancia. (Auto de Febrero 24 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2a. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Petición de aclaración del fallo del 24 de nov./70. Actor: Alfredo Cadena Copete)..... 218

4. **ACTAS DE ESCRUTINIO DE LOS JURADOS DE VOTACION**

Su valor.– Las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación, son la piedra angular del sistema electoral colombiano, que si no es perfecto, como ningún sistema lo es, sí contiene una serie de medidas y de controles escalonados, producto de la experiencia y dirigidos a lograr la verdad en el sufragio. El papel primordial de esos documentos resulta lógicamente del momento primario en su producción, pues si ellos son falseados, falseados quedarán los actos y operaciones siguientes, y si de éllos se prescinde para verificar los cómputos y establecer los resultados, se habrá pretendido levantar una edificación en la nada. Las papeletas no dicen sino que allí las pusieron, pero sin saberse el cómo y el cuándo. Se comprende, por tanto, que cuando por lo prescrito en el art. 143 de la Ley 85 de 1916 se permite a las Comisiones Escrutadoras revisar los Escrutinios hechos por los Jurados de Votación, abriendo el paquete de papeletas y haciendo el recuento de los votos, eso sea en el caso de dudas sobre la exactitud de esos cómputos o de otras irregularidades del escrutinio. Pero la Ley parte del supuesto fundamental de

Págs.

que hay Actas de Escrutinio atendibles, y no pretende en ningún momento que las papeletas puedan sustituír esas Actas. Si esto fuera así, el proceso electoral, de costoso y dispendioso que es, se trocaría en veloz y económico; bastaría votar y contar, a menos que por la infinidad de votos los cómputos demandaran un tiempo proporcional. Entre las autoridades electorales encargadas de recibir y computar votos, los Jurados de Votación están en el primer plano. Los Jurados son corporaciones y sus miembros son funcionarios que, aunque no estén remunerados, están investidos de una importantísima función pública. Corporación administrativa como lo es el Jurado de Votación, sus actos son administrativos, y para que tengan eficacia y validez éstos, es preciso que aparezcan expedidos por la autoridad pertinente. Pero esa autoridad no la constituyen ni un miembro del Jurado, ni dos; la constituye la mayoría absoluta de la corporación, según lo expuesto en el numeral 2o. del art. 195 de la Ley 167 de 1941. Por eso que un Acta de Escrutinio de un Jurado de Votación sin las firmas que la ley requiere, y que son las que corresponden a la Autoridad Administrativa que deba suscribir el documento, es un acto jurídicamente inexistente. Por eso también que la citada Ley no le reconozca ningún valor y lo haga anulable; y que si élla establece como causal el que no se hayan verificado los escrutinios "en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de la corporación", es por suponer que la presencia de un funcionario se demuestra con la firma suya al pie del acto que expida. El acta de Escrutinio es por otra parte el único documento del Jurado de Votación en que deben constar en letras y números los votos emitidos por cada candidato. Esto hace de esa Acta un documento excepcional. A la luz del derecho electoral y a la luz del derecho administrativo, el Acta de Escrutinio de un Jurado de Votación que no esté suscrita por la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación no tiene valor alguno. Fue ésto lo que sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de 8 de julio de 1963, juicio No. 1923, actor, Ramón Martínez Vallejo, con ponencia de quien suscribe este salvamento. (Salvamento de Voto del Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez en la sentencia de marzo 10 de 1971 de la Sala Plena de lo contencioso Administrativo en que fue Ponente el Consejero Dr. Alfonso Castilla Saiz. Actores: Hugo Palacios M. y Hernán Berdugo B. Juicios Electorales Acumulados Expedientes Nos. 1554 y 1559).... 389

5. **ACTO ADMINISTRATIVO**

Elementos esenciales para su validez y eficacia: Organo competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. – En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: Organo competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. 1o. *Organo Competente:* El acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa. Además, el órgano de la administración debe actuar dentro de los límites de su competencia. Si los excede, el acto resulta viciado, con mayor o menor intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido. 2o. *Voluntad Administrativa:* Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida,

Págs.

exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo. A este respecto algunos tratadistas plantean el problema de si la voluntad de la administración puede originar actos administrativos válidos, manifestándose en forma tácita. En estos casos el acto tácito se infiere de otros actos expresos que lo presuponen necesariamente. 3o. *Contenido:* Todo acto administrativo debe tener un contenido determinado, el cual debe ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes. La existencia de este contenido, ajustado a las normas jurídicas vigentes y superiores, es un elemento esencial para la validez del acto. 4o. *Motivo:* El concepto de causa del derecho privado no puede aplicarse exactamente a los actos administrativos, porque en derecho privado se trata generalmente de convenciones libremente pactadas por las partes, mientras que, en derecho administrativo, generalmente se trata de actos unilaterales, que emanan de una sola voluntad o sea la voluntad de la administración. La administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y derecho que corresponde. En las actividades fundamentalmente reguladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo. 5o. *La Forma:* Las entidades públicas, en su calidad de personas jurídicas, expresan su voluntad a través de ciertos procedimientos. Las formalidades del acto administrativo no pueden confundirse con su forma. Las formalidades son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto. La forma es el modo como se documenta la voluntad administrativa que da vida al acto. En derecho administrativo no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en los textos. Inclusive son posibles los actos administrativos tácitos, implícitos y aún verbales. Sobre la doctrina de los actos implícitos, sostenida por muchos tratadistas, puede citarse la sentencia del Consejo de Estado, de 19 de junio de 1961, ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta, (Anales del Consejo, tomo 43, 1961). (Auto de Marzo 9 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Francisco Sefair López. Acción de nulidad contra la elección hecha por el Concejo Municipal de Alpujarra, Departamento del Tolima, en la persona de la señora Luz Gómez Vda. de Osorio, para el cargo de Secretaria de esa Corporación)..... 367

6. **ACTO ACUSADO DE NULIDAD**

Su determinación e individualización. La naturaleza de la acción contenciosa–administrativa es la precisión por parte del demandante, de la

Págs.

individualización del acto cuya nulidad se ataca, por su contenido y órgano o agente de la administración que lo profirió. (Auto de 13 de marzo de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente Dr. Osvaldo Abello Noguera. Petición de nulidad del "acto del H. Concejo Municipal de Armenia por medio del cual se hizo la elección de Secretario de la entidad, verificado el día 1o. de noviembre de 1970. Actor: Fabio Hincapié Castaño)... 398

7. ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (GRUPO ANDINO)

Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional por el cual se aprueba.– El aspecto formal del acto acusado.– Pero aún en la hipótesis improbable de que el Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, no fuere parte integrante e inseparable de éste, sino acto de Derecho Público Interno, el Consejo de Estado tampoco sería competente para conocer de la acción incoada sino la Corte Suprema de Justicia, por los siguientes motivos: a) El art. 214 de la Constitución señala taxativamente la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de las objeciones por inconstitucionalidad a los proyectos de ley y de las acciones de inexequibilidad contra la ley y los decretos expedidos en uso de las facultades de los arts. 75, Ords. 11 y 12, 80, 121 y 122 y, por exclusión, según el art. 216, en armonía con el Art. 34, Ord. 10o., del C.C.A., corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones que se promuevan por violación de la Constitución contra los demás decretos del Gobierno. b) Aunque la Corte y el Consejo han discrepado sobre los alcances de algunos aspectos del Art. 214 de la Constitución, específicamente en cuanto a la competencia para conocer de la acción incoada contra el acto de convocatoria del Congreso por haberse declarado el estado de sitio, bajo la vigencia del Acto Legislativo No. 1o. de 1960, actualmente modificado por el Art. 42 del Acto Legislativo No. 1o. de 1968, colisión que se dirimiera por insistencia de aquélla. En el caso sub judice, considerando al acto acusado como puramente interno, la competencia de la Corte se determinaría inequívocamente por el Ord. 11 del Art. 76 de la Constitución. c) En efecto, según la mencionada disposición, entre las facultades del Congreso se comprende la de "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Aunque la norma se ha prestado a discrepancias de interpretación, es evidente que se refiere a facultades ordinarias del Presidente, no a las extraordinarias que solo puede darle el Congreso pro tempore y limitadamente, como las que se mencionan en el texto por vía de ejemplo y las demás "de la órbita constitucional", entendidas, según la doctrina, como "aquéllas funciones propias del Gobierno pero que requieren la aprobación del Congreso para poder tener la plenitud de sus efectos. . . ", como así sostuvo la Corte, en sentencia de la Sala Plena de 9 de Febrero de 1960, al estimar que el Decreto No. 1056 de 1953, dictado con base en las autorizaciones que le diera al Gobierno el Art. 23 de la Ley 18 de 1952 para compilar las disposiciones legales y reglamentarias sobre petróleos, formalmente considerando, es "de los previstos en el numeral 11 del artículo

Págs.

constitucional citado", que le permite al Gobierno "dictar Decretos de contenido administrativo, a fin de regular situaciones específicas..." (G.J. Tomo XLII, pág. 8). d) En el caso sub judice, el Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, según su enunciado, se funda en las facultades legales del Presidente y en las especiales que le diera el Art. 2o. de la ley 88 de 1961" para adoptar todas las medidas conducentes y para crear los institutos o dependencias que sean necesarios, establecer los cargos y sus respectivas asignaciones y para abrir créditos, contracréditos o traslados que estime conveniente para el desarrollo" del Tratado de Montevideo. Por tanto, determinada la competencia mediante el análisis formal del acto acusado, de acuerdo con el Art. 214 de la Constitución, aunque de uno y otro caso conocería la Corte, no se trata del ejercicio de facultades del Ord. 12 del Art. 76 ibídem, pro tempore y determinadas, sino de genéricas y permanentes, que en principio solo pueden darse al presidente de conformidad con el Ord. 11 de la misma disposición, diferentes de las que ejerce mediante actos susceptibles de acusarse de nulidad ante el Consejo; pues, respecto del significado o alcance de la Ley de Autorizaciones, en relación con el acto acusado, como aspecto de fondo, no es factor que deba evaluarse para determinar la competencia. En conclusión de todo lo expuesto, precisa negar la admisión de la demanda y ordenar devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia. (Auto de Marzo 2 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional)..... 135

§ 8. ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (GRUPO ANDINO)

Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad contra el Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional por el cual se aprueba. – *Naturaleza jurídica del acto acusado.* – El Decreto No. 1245 de 8 de agosto de 1969 del Gobierno Nacional, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, constituye con éste un acto complejo de carácter internacional, que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del País, por los siguientes motivos: a) Como sostienen la doctrina y la Jurisprudencia del Consejo, respecto del Derecho Público Interno, en el régimen jurídico colombiano las funciones del Estado se determinan, en principio, por los criterios orgánico y formal, con excepcional aplicación del material, como sucede con los Decretos expedidos por el Gobierno en uso de las facultades de los artículos 76 ords. 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, asimilados por su contenido a la Ley; o con los actos de elección o nombramiento, definidos por la Ley como administrativos (Arts. 189, 190 y 191 del C.C.A.), cualquiera que sea el órgano de procedencia. b) En el Derecho Internacional Público, como también sostiene la doctrina, es aplicable la misma técnica jurídica, en oposición a la tradicional de índole privada, especialmente para evaluar la fuente convencional del mismo. Así, el tratado, acuerdo o convención es un acto jurídico complejo entre miembros de la comunidad

Págs.

internacional, que por sus *órganos* y su *contenido* se diferencia esencialmente del Derecho Público Interno; de ahí que la reforma de 1968, como sostiene el doctor Vidal Perdomo, corrigiera en el Ord. 20 del Art. 120 de la Constitución "la impropiedad de que adolecía el texto anterior al colocar la dirección de las relaciones exteriores de la Nación como función emanada de la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República siendo así que ella es atinente a la Jefatura del Estado, calidad que, de otro lado, expresamente se le reconoció en el enunciado que encabeza el Art. 120". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos, Págs. 258 y 259). Por tanto, no obstante la identidad de persona, no pueden confundirse las funciones del Presidente "como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa", aquélla relativa a las relaciones internacionales y ésta a la función administrativa. c) En el caso sub judice, el Decreto acusado, en cuanto expedido por el Gobierno, solo aparentemente sería un acto de Derecho Público Interno susceptible de evaluarse, para determinar la función y el Juez competente para conocer de la acción incoada contra el mismo, por los indicados criterios orgánico, formal y material. Pero, como acto integrante del Acuerdo que aprueba, como ha sostenido la Corte a propósito de las Leyes que ratifican o aprueban tratados públicos –corroborada por la doctrina– *orgánica y materialmente* "es elemento de un acto jurídico complejo" de carácter internacional, que también se deduce del tenor literal del artículo 110 del Acuerdo de Integración Subregional, que reproduce el acto acusado, y que requiere, para que entre en vigencia, por lo menos la aprobación y la comunicación de la misma por tres de los países miembros, que solo quedan obligados mediante el cumplimiento de estos requisitos. d) Tal es también la doctrina internacional prevaleciente, que considera al tratado, acuerdo o convenio, salvo estipulación en contrario o práctica internacional que lo simplifique, como "acto complejo" que se perfecciona "después de haber sido objeto de un procedimiento complejo", o de un "procedimiento compuesto" que culmina con el cambio, depósito o comunicación de la aprobación o ratificación que perfecciona el Acuerdo de voluntades" y que "queda formando parte del tratado mismo". Por tanto, contra lo que se sostiene en la demanda, el acto acusado, aprobatorio del Acuerdo de Integración Subregional, es parte inseparable de éste, constitutiva del mismo, regido por el Derecho Público Internacional, hasta el punto de que, según también la doctrina, el examen de la obligatoriedad de los actos irregularmente concluídos, que en principio se reputan válidos, atañe a éste como *problema internacional,* sin que puedan disgregarse o separarse sus elementos que forman *una unidad jurídica de derecho internacional,* "que está fuera de la competencia de esta jurisdicción –como sostuvo el Consejo– por su naturaleza internacional", sin perjuicio de que pueda constituír *"fuente de derecho administrativo".* e) La jurisprudencia y la doctrina extranjeras confirman los asertos precedentes. El Consejo de Estado Francés tradicionalmente sostiene su incompetencia de principio para conocer de actos constitutivos de acuerdos internacionales. Según la jurisprudencia y la doctrina francesas, el acto que aprueba o ratifica un tratado, como los demás de su índole, se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del País, como

Págs.

elemento constitutivo de *un acto de carácter internacional, orgánica y materialmente.*– (Auto de Marzo 2 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Acción de Nulidad contra el Decreto 1245 de 8 de Agosto de 1969 del Gobierno Nacional)..... 135

9. **ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL (GRUPO ANDINO)**

La justicia Contencioso Administrativa no es competente para conocer de la acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 1969, por el cual se aprueba.–El Decreto 1245 de Agosto 8 de 1969, es indudablemente, un acto que forma parte de uno complejo, y que está íntimamente vinculado a las normas del Derecho Internacional. Efectivamente, el sólo acápite del Decreto 1245 está señalando muy claramente que el tema principal o único de ese Decreto, es el de aprobar "el Acuerdo de Integración Sub–regional (Grupo Andino) suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú". Y el único considerando del Decreto impugnado no deja la menor duda sobre el carácter internacional de este acto cuando hace relación a la compatibilidad que tiene el Pacto Andino con el Tratado de Montevideo y a la declaración que el 9 de julio de 1969 hiciera por medio de la Resolución 179 el Comité Ejecutivo Permanente de la Asociación Latino Americana de Libre Comercio.– Sobre esta base se estima que el Decreto 1245 contiene una serie de normas jurídicas propias del Derecho Internacional, porque son el producto de un acuerdo entre varios Estados de Sur América y que por lo tanto el juicio que al rededor de ellas pueda trabarse no es asunto del resorte de una sola de las partes, sino de todas ellas, que, conforme con las normas del Derecho Internacional, tiene un procedimiento especial para definir las posibles dificultades que pudieran presentarse.– Ahora bien, si los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, el Acuerdo y el Perú, "Inspirados en la Declaración de Bogotá y en la declaración de los Presidentes de América y fundándose en el Tratado de Montevideo", como lo dice el Acuerdo materia de aprobación, convinieron por intermedio de sus representantes plenipotenciarios celebrar el "Acuerdo de Integración Sub–regional", es categórico el carácter de internacional que tiene el acto complejo que menciona y del cual hace parte el Decreto 1245 de 1969, resultante de un acuerdo entre varios Estados de Sur América.– Por estas razones estima la Sala que, siguiendo el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia y acorde con el del propio Consejo, el control administrativo es extraño a actos como el Decreto 1245 que hace relación a convenios del Gobierno Colombiano con otros Gobiernos de países extranjeros. Estos convenios, se repite, están sujetos a procedimientos especiales y a Tribunales de orden internacional, que privativamente conocerán de sus conflictos en caso de llegar a presentarse. Por ello la competencia de los jueces administrativos colombianos, no llega hasta el punto de conocer de relaciones del Gobierno colombiano con otros países.– (Auto de junio 5 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión. Consejero Ponente Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 1969)..... 161

Págs.

10. **ADMINISTRACION DEPARTAMENTAL.**

Competencias constitucionales de las Asambleas Departamentales y de los Gobernadores para crear, suprimir y fusionar empleos.– (Arts. 187 y 194 C.N.).– Corresponde a la asamblea, siempre a iniciativa del gobernador, determinar la estructura de la administración, las funciones generales de las dependencias, y establecer la nomenclatura y la escala de sueldos correspondiente a las categorías de empleos. Estas atribuciones pueden ser ejercidas directamente por la asamblea o delegadas al gobernador para que las ejerza como facultades extraordinarias.– Corresponde al gobernador crear los empleos, asignarles sus funciones específicas y proveerlos, todo esto con sujeción a la estructura general, las funciones globables de la respectiva dependencia, la nomenclatura, la escala de sueldos, sin exceder el monto inicial de la partida presupuestal para el servicio correspondiente. (Concepto de mayo 31 de 1971 sobre las facultades de las Asambleas y de los gobernadores para crear, suprimir y fusionar los empleos del orden departamental. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Publicación autorizada por Oficio OJ 956 de junio 17 de 1970 del Ministerio de Gobierno)..... 65

11. **APLICABILIDAD DE LA LEY**

Territorialidad de las Leyes.– Estatutos Personal, Real y Mixto.– Según el art. 18 del C.C.C. "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". Esta disposición fue virtualmente reemplazada por el art. 59 de la Ley 149 de 1888 según la cual "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeuntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos". Principio que repite exactamente en los mismos términos el art. 57 del C. de R.P. y M. Este es el principio conocido con el nombre de territorialidad de las leyes, es decir, que las leyes no obligan más allá de las fronteras de un país; desde luego tiene algunas salvedades creadas desde la época en que los glosadores y post–glosadores del Derecho Romano se dedicaron a estudiar el intrincado problema de la aplicación de la ley extranjera y crearon la famosa teoría de los Estatutos que dividieron en personal, real y mixto. Las excepciones se originan principalmente por razones de orden público ya que un país en determinadas circunstancias y por razón misma de su soberanía no puede quedar sometido a la influencia de la ley extranjera y es así como nuestro código consagró las excepciones siguientes: *Estatuto Personal:* Según el art. 19 del C.C. los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero sujetos a la Ley colombiana: 1o. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar actos y contratos que hayan de tener efecto en Colombia y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de sus cónyuges y parientes. El estatuto personal define, pues, como el colombiano está sometido a su ley nacional, lex fori, en multitud de situaciones en que no podía dejarse su reglamentación a la ley extranjera; esas leyes son las del estado civil, las que fijan su capacidad, determinan los derechos y obligaciones

Págs.

de familia entre parientes colombianos y entre parientes colombianos y extranjeros, desde luego cuando se trate de ejecutar actos que deben tener efecto en Colombia. Por lo mismo será la ley colombiana la que determina el lugar que el de cujus ocupó en la sociedad y en la familia, su calidad de casado, soltero, viudo, padre, hijo, etc. y ella misma señalará los derechos de los colombianos, aún en sucesión abierta en el extranjero, lo mismo que los derechos que se derivan del matrimonio, separación, divorcio, paternidad y filiación, etc. *Estatuto Real:* Los bienes como parte del territorio nacional en cada país, deben regirse por la ley local cualesquiera que sean sus dueños en virtud del derecho de soberanía del Estado que no permitiría en materia tan trascendental la ingerencia de la ley extranjera y es por eso por que el art. 20 del C.C.C. preceptúa que "Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tengan interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este código, aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia". Será entonces la ley colombiana la que regirá toda la relación jurídica referida a los bienes situados dentro del territorio nacional; es ella la que regula la naturaleza y extensión de los derechos reales, los modos de adquirir y transmitir, lo relativo a la posesión, técnica y goce de los bienes, impondrá imperativos tales como los de la libre enajenación de bienes raíces, la prohibición de que éstos pertenezcan a Gobiernos Extranjeros, etc. No debe dejar de mencionarse también es este aspecto el art. 21 del C.C.C. que puede considerarse como excepción al principio general, inicialmente expuesto, relativo a la forma de los actos jurídicos la cual se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados siguiendo el principio "locus regit actum", que desde luego también tiene su excepción porque en los casos en que en Colombia se exijan formas solemnes para la validez de aquellos actos, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas; es esta la razón en virtud de la cual, por ejemplo, no tiene validez entre nosotros el testamento ológrafo que en Francia surte plenos efectos legales.– (Ver el No. 12 del Indice)..... 142

12. **APODERADOS ESPECIALES DEL ESTADO**

Doble representación en materia de reparación de perjuicios.– Aplicación del art. 173 del C.J. a través del art. 7o. del C. de P.P.– Los perjudicados con el delito o sus herederos, pueden ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil (art. 112 del C. de P.P.) y pueden designar apoderados especiales (art. 116 ibidem), a pesar de que los Agentes del Ministerio Público deben procurar de oficio la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. Esto significa que en el proceso penal puede legalmente existir una doble actuación en cuanto a los fines que persigue la acción civil: la del Agente del Ministerio Público como representante de la sociedad interesada en que se resarzan los perjuicios derivados de una acción delictuosa y la del apoderado especial de la parte civil como representante directo de la persona natural o jurídica perjudicada con la infracción. Si ésto es así, como lo es, no sería razonable colocar al Estado en condiciones de inferioridad frente a la doble actuación procesal de que gozan los particulares,

Págs.

situación inequitativa a que conduciría la tesis de que no está en capacidad de designar apoderados especiales para que en su nombre actúen dentro de un proceso penal en procura del resarcimiento de los perjuicios económicos que como persona jurídica haya podido sufrir con ocasión del delito. El art. 7o. del C. de P.P. hace aplicables al procedimiento penal en cuanto no le sean contrarias a lo establecido en él o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil, norma que ratifica la aplicabilidad del art. 173 del C.J. al procedimiento penal. (Sentencia de 1o. de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1a. Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández. Acción de Nulidad contra el art. 2o. y en lo pertinente contra el art. 4o del Decreto No.552 de 1969. Actor: Juan Manuel Jaramillo)..... 122

13 **AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA**

A quiénes y cuándo debe notificarse o comunicarse. Causales de nulidad en los procedimientos ante lo Contencioso Administrativo. Finalidad de la comunicación.— De la lectura del artículo 126 del C.C.A. se deduce que no es necesaria la notificación del auto admisorio a persona distinta del señor Agente del Ministerio Público, y que, por mandato de esa misma norma, sólo se ordena una simple comunicación a la Entidad cuyo acto o providencia haya sido demandado. La falta de dicha comunicación, de conformidad con lo estatuído por el artículo 113 del C.C.A., no constituye causal de nulidad, porque éstas --como es sabido— son taxativas y no pueden aplicarse por analogía. De otra parte, la mencionada comunicación tiene por finalidad, únicamente, dar cuenta a la administración, cualquiera que sea su categoría, que ha sido iniciado un juicio en contra de alguna de sus providencias. No obstante, los artículos 42 del Decreto 3135 de 1968 y 104 de su Decreto Reglamentario No. 1848 ordenan notificar personalmente el auto admisorio de las demandas por conflictos relacionados con su aplicación, a los Gerentes o Directores de las entidades encargadas de pagar o servir las *prestaciones* que en ellos se señalan.— (Auto de 2 de abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Jorge Montes Durán. Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución No. 361 de mayo 4 de 1970 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "Incora")..... 258

C

14. **CAMBIO DE LAS DIVISAS EXTRANJERAS**

Los riesgos de sus fluctuaciones corren por cuenta del importador.— Los trámites que el importador de mercancías extranjeras debe llenar, en resumen, son los siguientes: a) En primer lugar, debe obtener una licencia o registro de importación, en donde se describe la mercancía que se desea importar. Ese documento se debe registrar en la Superintendencia de Comercio Exterior, con indicación de la lista a que corresponden dichas importaciones; b) En seguida se debe depositar una suma en moneda nacional, por concepto de

Págs.

fondo de estabilización; c) Luego se importa la mercancía se la nacionaliza y se pagan los impuestos de aduana; d) Por fin, llegado el momento del pago, se debe obtener una nueva licencia para comprar la moneda extranjera necesaria para el pago. Esa licencia se llama también registro de cambio. Pagada la mercancía, se obtiene la devolución del depósito mencionado en el literal b).– En este trámite complicado existen dos momentos culminantes, a saber el momento en que se obtiene el registro de importación y el momento en que se obtiene el registro de cambio. Entre esos dos momentos puede transcurrir un tiempo más o menos largo, y las tasas de cambio pueden variar durante él. Surge entonces el problema de si el importador tiene un derecho adquirido a comprar la moneda extranjera al tipo de cambio vigente en el momento de la licencia para importar o si la moneda extranjera debe liquidarse a la tasa de cambio vigente en el momento del pago efectivo.– En el supuesto de que el cambio sea libre, un comerciante, en el momento "X", ha hecho un pedido de mercancía al extranjero, y, en el momento "Z" quiere obtener las divisas extranjeras necesarias para el pago. Es evidente que dicho comerciante corre con los riesgos de las fluctuaciones del cambio entre el momento "X" y el momento "Z". A nadie se le ocurriría pensar que el comerciante en cuestión tiene derecho a adquirir la divisa extranjera a la tasa de cambio vigente en el momento "X". ¿Contra quién alegaría ese pretendido derecho? .– En el supuesto de que el cambio esté controlado y que el mismo comerciante pida al Gobierno una licencia de importación, en el momento "X", y que, en el momento "Z", pida una licencia para obtener divisas extranjeras necesarias para el pago, ¿Por qué la solución habría de ser distinta? ¿por qué los riesgos habrían de trasladarse al Estado? . Se diría que porque el Estado, al controlar el cambio es el causante de su alza o baja y que, por consiguiente, es el responsable de la fluctuación. A este argumento puede responderse que el Estado, al regular el cambio internacional, no lo hace por capricho, sino para defender su orden público económico y que las medidas que él se vea en la necesidad de tomar, muchas veces le son impuestas por circunstancias que para él mismo constituyen fuerza mayor, puesto que no dependen de su voluntad y escapan a su poder.– En resumen, esta Sala piensa que los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador: si entre el momento en que éste obtuvo la licencia de importación y el momento en que pide la licencia para adquirir la moneda extranjera necesaria, el cambio sube, el importador tendrá que dar más pesos, e inversamente, si el cambio baja, entre esos dos momentos, el importador tendrá que dar menos pesos.– (Sentencia de junio 15 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente, Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Empresa Siderúrgica S.A, Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución No. 0176 de 14 de enero de 1970 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público) 193

15. CAMBIOS INTERNACIONALES Y COMERCIO EXTERIOR

Control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones.– Desde la vigencia del Decreto 444 de 1967 por el cual se reglamentó extensamente la

Págs.

materia relativa al régimen de los cambios internacionales y del comercio exterior, pareció evidente que fueron subrogados los preceptos del Decreto 1288 de 1965. Después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia pronunciada el 11 de septiembre de 1969 no puede haber duda alguna acerca de tal subrogación. Según el artículo 2o. del reglamento subrogado cuando la división de estudios especiales del Instituto de Comercio Exterior estableciera que los precios declarados por el importador son superiores a los normales, el Superintendente de Comercio Exterior, que así se llamaba entonces, mediante resolución motivada, limitaría el reembolso con certificados de cambio al valor señalado por dicha división. Según este fallo del Consejo, facultad tan explícita y perentoria se mantiene de acuerdo con la interpretación que en él se dá al artículo 212 del Decreto 444 que dice así: "La Superintendencia de Comercio Exterior estudiará sistemáticamente el movimiento de precios en el mercado internacional para mantener el control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones colombianas. Cuando en el ejercicio de esta función la Superintendencia encontrare diferencias entre el precio declarado y el del mercado internacional, denunciará este hecho al prefecto de control de cambios para la investigación y sanción consiguientes. En el caso de exportaciones, informará igualmente a la Junta Monetaria para que si fuere pertinente, fije precios mínimos de reintegro. La Superintendencia organizará los servicios necesarios para el cumplimiento de esta disposición". De la sola comparación de los preceptos citados se concluye que la facultad de limitar los reembolsos no es hoy, al menos tan perentoria como lo era mientras que rigió el Decreto 1288 de 1965. Se insiste en que la facultad se mantiene pero en forma menos explícita por el solo hecho de que la oficina encargada de autorizar las licencias o giros para el reembolso de las mercancías importadas ya no es dependencia del Instituto de Comercio Exterior sino independiente y administrada por el Banco de la República. Sin embargo, en la práctica ocurre que los actos relativos a la apreciación sobre precios en el mercado internacional, que proviene del Instituto de Comercio Exterior, son tenidos por la Oficina de Cambios como regla inexorable y plena prueba en virtud de la cual esta última agencia autoriza los giros solo hasta las cantidades estimadas por aquel Instituto. Así, de hecho, aunque las autorizaciones para la exportación de monedas extranjeras competen a oficina no dependiente del Incomex los resultados son idénticos a los que se deducían de las facultades que a dicho instituto atribuía el Decreto 178 de 1966. Puede preguntarse cuál es el alcance de la facultad conferida a la Superintendencia de Comercio Exterior cuando el artículo 212 del Decreto 444 la encarga de estudiar sistemáticamente el movimiento de precios en el mercado internacional *para mantener el control de la exacta facturación* de las exportaciones e importaciones. Según la sentencia esa facultad de control se ejerce mediante resoluciones o, como últimamente se está haciendo, mediante notas o cartas dirigidas a la Oficina de Cambios, en las cuales se da cuenta de los resultados de las indagaciones sobre aquellos precios, cuya primera consecuencia es limitar el giro de monedas extranjeras. El mantenimiento de este control tiene como finalidad la señalada en el inciso segundo en el que se preceptúa que cuando el Incomex encuentre diferencias entre el precio declarado por el

Págs.

importador y el obtenido por Incomex como vigente en el mercado internacional, este instituto denunciará el hecho al Prefecto de control de cambios para que se haga la investigación correspondiente y se imponga, si fuere el caso, la sanción prevista en la Ley. Si es cierta esta interpretación la consecuencia natural es la de que desapareció la facultad para limitar los giros autorizando solo los que resulten de los precios indagados por el Incomex. Quienes redactaron el Decreto 444 conocían el texto del 1288 y sus consecuencias perturbadoras del comercio internacional así como la inconveniente incidencia en la administración de las empresas por la incertidumbre sobre los costos reales que resulta de la inseguridad acerca del valor real de la mercancía. El declarado en el registro de importación no es objetado cuando se aprueba pero puede serlo cuando se hace el pago, varios meses después. Si el control confiado al Incomex por el actual estatuto se ejerciera en el momento de aceptar el registro o licencia, no habría lugar a tal incertidumbre, consideración que debió influir en el pensamiento de los redactores del Decreto 444 para no mantener los preceptos, esos sí exactos, del anterior estatuto. Esta interpretación no conduce a la lenidad, no impide el control para evitar la sobrefacturación , ni la imposición de penas, pero si da certeza al comercio que es necesidad social tan importante como la evitación del fraude. Si la perentoria facultad *para limitar el reembolso, por resolución motivada* no se incluyó en el nuevo estatuto es forzado deducirla por vía de interpretación porque el proceder así se revive una competencia que la Corte declaró subrogada. Es camino no muy discreto por desconocer el sentido obvio de la nueva ley.– (Salvedad de voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro en relación con la sentencia de marzo 9 de 1971 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta en que fue ponente el Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: "E.R. Squibb and Sons Inter American Corporation".Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 337 de 1969 y 74 de 1970 del Incomex)..... 239

16. **CARACTER DE LA COMISION DE ESTUDIOS AL EXTERIOR.**

El Decreto Reglamentario No. 465 de 1961, cuando crea las Comisiones de Estudios en el Exterior, en su art. 55 dice que "las Comisiones en el Exterior pueden ser: a) De estudios sin que les de el carácter de voluntarias en ningún caso", y el art. 60 ibidem establece claramente su obligatoriedad cuando preceptúa: "Las Comisiones al Exterior se *ordenan* así: las permanentes por Decretos Ejecutivos y las Transitorias y Especiales por Resolución Ministerial". Es decir, que se confieren mediante actos unilaterales de poder público, por decisiones imperativas del Gobierno Nacional que, para los servidores del Estado tienen una obligatoriedad disciplinaria absoluta, la cual se acentúa más en el caso de los militares, cuya actividad ordinaria se desenvuelve a través de órdenes escritas o verbales. (Ver el número 80 del índice). Sueldos o Haberes de los Militares. Son obligaciones de orden público protegidos por la Carta)..... 180

17. **CARRERA JUDICIAL**

Solamente quienes hayan ingresado a ella pueden reclamar sus privilegios.–

Págs.

Para tener derecho a las prerrogativas que en el Decreto 1968 de 1964 se consagraron en favor de los empleados de la Rama Jurisdiccional, es indispensable que el respectivo funcionario pertenezca a la Carrera Judicial. Si ello no fuera así, querría decir que todos los servidores públicos estarían amparados por el fuero de la inamovilidad relativa que estatuyen las normas sobre servicio civil y carrera administrativa; pero es sabido que para adquirir esos derechos se requiere que el empleado haya ingresado a esta última, por concurso o por los medios que expresamente determine la Ley. Ahora bien, respecto de aquellos que no figuran como escalafonados o inscritos en dicho estatuto, la Administración conserva la facultad discrecional de nombrarlos y removerlos, libremente, sin ningún procedimiento previo. Es éste, exactamente, el caso del demandante, quien no comprobó haber ingresado a la Carrera Judicial, hecho que no le permite acogerse a ella para reclamar los privilegios que allí se establecen.– (Sentencia de 25 de Marzo de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Ricardo Arias Jaramillo. Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución No. 002 del 16 de Febrero de 1967 y los autos consiguientes relacionados con ésta, de fechas 27 de Febrero y 16 de Marzo del corriente año, expedidos por el H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas)..... 287

18. CARRERA ADMINISTRATIVA

Los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa no pierden sus derechos en ella cuando el respectivo cargo se declara de libre nombramiento y remoción.– El Decreto Ley 2400 de 1968 en su artículo 49 establecía que los empleados inscritos en el escalafón que ocupaban cargos declarados de libre nombramiento y remoción, perderían su derecho dentro de la Carrera.– La Corte Suprema de Justicia en fallo de abril 10 de 1970 ha declarado la inexequibilidad del citado artículo 49 del Decreto 2400 "en cuanto establece la pérdida del derecho en la Carrera Administrativa de los empleados inscritos en el Escalafón cuando el respectivo cargo se declara de libre nombramiento y remoción".– Lleva lo anterior a concluir que aún cuando el empleado pudo ser removido libremente del cargo sus derechos y prerrogativas de empleado de carrera han continuado amparándolo, entre estos" el de permanecer en el servicio siempre que cumpla con lealtad eficiencia y honestidad los deberes de su cargo" (Artículo 46 Decreto 2400 de 1968).– El derecho de permanecer en el servicio no implica en casos como el presente el de ser mantenido en el mismo cargo, si éste ha sido declarado de libre nombramiento y remoción, porque de lo contrario se haría nugatoria la facultad de declarar de libre nombramiento y remoción el cargo.– (Sentencia de abril 14 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Reinaldo Mosquera Guzmán. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto Ejecutivo 133 de 1969, originario del Ministerio de Desarrollo Económico)..... 152

19. CERTIFICADOS DE PAZ Y SALVO

Condiciones para su expedición. Deudas pendientes de pago y deudas de plazo vencido.– Puede observarse sin mayor esfuerzo que hay una flagrante y

Págs.

directa violación del artículo 111 ordinal 2o. del Decreto 1651 de 1961 en el ordinal 4o. de la circular 00077 de 15 de diciembre de 1970, suscrita por el Director y el Subdirector de Impuestos Nacionales. Hay una gran diferencia entre deudas pendientes de pago de que habla la instrucción y deudas de plazo vencido; un contribuyente puede tener deudas pendientes pero aún no habérsele vencido el plazo para cubrirlas en cuyas circunstancias ciertamente no está en mora para el pago y tiene derecho al certificado ya que el plazo es una modalidad de la obligación que retarda su exigibilidad. Los artículos 94 a 99 del decreto 1651 de 1961 señalan los plazos que tienen los contribuyentes para pagar los impuestos según las hipótesis allí contempladas; mientras a un contribuyente no se le haya vencido el plazo, aún liquidado ya el impuesto, no está en mora de pagar y tiene derecho a su certificado de paz y salvo según lo ordena la norma 2a. del artículo 111.– Sin embargo, según la circular 00077 basta con que se deba para que no se pueda expedir el paz y salvo lo cual es contrario a las normas ya citadas.– (Auto de 18 de febrero de 1971. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero sustanciador: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Carlos Ramírez Guerrero, en acción de nulidad con suspensión provisional del Ordinal 4o. de la Circular 00077 de 15 de diciembre de 1970, expedida por el Director General y el Subdirector de Impuestos Nacionales) 215

Nota. La misma norma fue suspendida provisionalmente en auto de Sala Unitaria del 22 de febrero de 1971, con ponencia del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz.

§ 20. **COMERCIO INTERNACIONAL**

Aplicación en este campo de los principios de Intervención del Estado en la Economía.– Control de la exacta facturación de las exportaciones e importaciones.– La aplicación de los principios de intervención del Estado en la economía en el campo del comercio internacional está consagrada actualmente en el Decreto Ley 444 de 1967 y en los preceptos que lo adicionan, complementan o reforman. Allí se prevé que la introducción de capitales, mercancías u otros efectos al país está intervenida oficialmente, lo mismo que la posibilidad de hacer giros o reembolsos al exterior, porque el manejo y disposición de las reservas del país en moneda extranjera se le atribuye al Estado como contralor de los cambios internacionales y se desarrolla en forma coordinada por varias agencias u organismos del Gobierno: el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, la Oficina de Cambios y la Superintendencia de Control de Cambios. De acuerdo con el estatuto, la tarea asignada al Incomex en materia de comercio exterior no se reduce a examinar, aprobar o rechazar las licencias de importación que se le presenten, ni a estudiar por simple especulación teórica y para fines académicos o de registro histórico las fluctuaciones que tengan los precios reales de las mercancías en el mercado internacional. Por el contrario, según lo enseña el artículo 212 del aludido Decreto Ley 444 de 1967, aquellas investigaciones y estudios sobre precios externos tienen por objeto controlar con conocimiento de causa "la exacta facturación de las exportaciones e

importaciones colombianas" según reza textual la norma. Es entonces muy claro que los datos obtenidos por el Incomex en cumplimiento de las tareas que le asignan los artículos 3o., 4o. y 5o. del Decreto Ley 691 de 1967, son base por si solos para que el Instituto, dentro de su función de control ya mencionada, dictamine sobre la conformidad o discrepancia de los precios declarados en una licencia de importación o en un registro de cambio con los que conozca esa oficina, bien para rechazar la primera o para que se restrinja el monto del segundo cuando haya discrepancia, sin que sea necesario en modo alguno controvertir con el interesado previamente las razones o la realidad de las disparidades encontradas para que pueda tomarse tal medida, que se encamina simplemente a salvaguardar por la vía preventiva el adecuado empleo de las reservas nacionales de moneda extranjera, fin que, como es obvio, ya no podría cumplirse después de realizado el giro al exterior. No van sin embargo más allá las atribuciones del Incomex en este campo. Se limitan a confrontar el precio de una mercancía declarado en forma unilateral por quien la importe y aquel que conozca oficialmente a través de sus investigaciones del mercado foráneo, para concluir de modo escueto y objetivo mediante sencilla operación aritmética si existe o no discrepancia entre ellos y, en caso afirmativo, para atenerse a sus propios datos como base de cálculo del monto que en moneda extranjera pueda girarse al exterior para pagar las mercancías importadas. La corrección del presunto error cometido por el importador al declarar bajo su sola fe y a su exclusivo riesgo el precio de una mercancía y la consiguiente rebaja en el valor del giro no significan que se estén sancionando al declarante sino apenas que se le merman sus aspiraciones o expectativas en cuanto a su capacidad de pago en moneda extranjera, dentro del régimen vigente de monopolio estatal en el manejo de la misma. Pero nada se juzga, ni podría juzgarse todavía, sobre la responsabilidad que llegue a tener el importador declarante por una eventual sobrefacturación. Y es precisamente al encontrarse aquella divergencia en los precios cuando el artículo 212, inciso 2o., del Decreto Ley 444 de 1967 ordena que se inicie una investigación encaminada a esclarecer las razones de ese hecho, los móviles de su autor, la culpabilidad o intencionalidad dañina de la declaración reputada inexacta y la imputabilidad del hecho a persona concreta, así como también la posible equivocación en que hubiere incurrido el Incomex al considerar como precio verdadero y oficial uno distinto del que realmente tenga la mercancía importada en el mercado internacional, perjudicando así de modo injusto al titular del registro de cambio con la disminución de su valor, sin un fundamento certero para hacerla. Naturalmente esa investigación que, conforme al artículo 212 del Decreto ha de adelantar la Superintendencia de Control de Cambios por denuncia del Incomex, debe permitir que el presunto sobrefacturador intervenga en el proceso para defenderse, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución, sea con la prueba de su absoluta inocencia, con la de que obró sin culpa o dolo, por error inevitable o engañado por terceras personas e inclusive con la demostración palmaria de que el equivocado fue el Incomex al señalar el precio de las mercancías, circunstancia esta última que no solamente lo exonera de pena sino que le permite adelantar los reclamos conducentes a

Págs.

obtener que se le reajuste a su cuantía real el monto de los registros de cambio restringidos y se le indemnicen los perjuicios que acredite haber sufrido por causa de la actuación ligera o errónea de una agencia de la administración. De todos modos, si en ese trámite disciplinario no llegan a comprobarse plenamente la existencia de la infracción al régimen cambiario vigente cuando se cometiere y su imputabilidad al acusado, no habrá lugar a sancionarlo porque así lo exigen los preceptos que regulan el debido proceso y el respeto a la honra y los derechos de los asociados que han de garantizar y proteger las autoridades, según lo ordena la Constitución. Empero, la inaplicabilidad de penas en este evento no es óbice para que permanezca incólume la restricción o limitación de monto de los registros de cambio que fueron materia de la investigación infructuosa adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, desde luego que la finalidad de esa medida es evitar el gasto excesivo, irregular o artificial de las reservas en moneda extranjera del país, con deterioro de su economía por deficiencia negligente en su capacidad de pago al exterior, finalidad que, como es claro, atañe a la defensa del interés colectivo y que en ningún caso implica o persigue castigar a las gentes, menguarles su reputación, afligirlas o perjudicarlas en su patrimonio. El prudente manejo y la tutela de los medios de pago externos del país no apareja necesariamente que se logre descubrir y castigar siempre a los autores del intento de socavar las reservas mediante sobrefacturación. Basta evitarlo con la reducción del valor de los giros pedidos a su cuantía legítima. La sanción del culpable es tarea diferente, que corresponde a organismos distintos y que busca una finalidad diversa: la defensa del orden social.– (Sentencia de marzo 9 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Salvedad de voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: "E.R. Squibb and Sons Inter American Corporation". Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 337 de 1969 y 74 de 1970, expedidas por el Incomex)..... 222

† 21. **CONTADURIA PUBLICA**

Debe ser ejercida por contadores públicos exclusivamente.– Su ejercicio por las firmas u organizaciones dedicadas a actividades contables.– Al tenor del artículo 12 de la ley 145 de 1960, resulta claro que las asociaciones de profesionales dedicadas a actividades contables, no pueden adelantar labores propias de los contadores públicos sino "bajo la responsabilidad", como lo expresa textualmente la ley, de una persona que tenga reconocido el carácter de contador público. Y esto resulta apenas natural, pues, mal podría la ley permitir que so pretexto o con ocasión de asociaciones de profesionales simplemente contables, pero que no cuenten con contadores públicos, tales asociaciones pudieran adelantar funciones propias de la contaduría pública, pues, por tal medio se burlaría la ley que cuidadosamente ha querido

Págs.

reglamentar la forma y requisitos para ejercer la contaduría pública, ascribiéndola exclusivamente al profesional que tenga el carácter de contador público. Por ello es lógica consecuencia del artículo 12 de la ley 145 que la ausencia de un contador público de una organización de profesionales contables la haga "inepta para cumplir funciones adscritas a los contadores públicos", ya que de otra manera y como queda dicho, por la vía de la asociación profesional se lograría lo que individualmente la ley prohibe, o sea, el ejercicio de la contaduría pública, sin tener el carácter de contador público.– (Sentencia de 10 de mayo de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Actores: Augusto Ramírez Moreno y Héctor Giraldo Gálvez. Acción de nulidad contra el art. 9 del Decreto Reglamentario 1462 de 1961, el art. 68 de la Resolución No. 3 de 1962 dictada por la Junta Central de Contadores y el art. único de la Resolución 1288 de 1962 proferida por el Ministerio de Educación Nacional). 268

22. **CONTROL FISCAL**

Sobre las Entidades de Derecho Público:– a quién corresponde? – Sobre organismos principales de la administración nacional, Ministerios, Departamentos Administrativos, hay control fiscal directo, total y exclusivo, ejercido por la Contraloría General de la República, esto es, previo, preceptivo y posterior. Igualmente, sobre la gestión fiscal de los establecimientos públicos y de las empresas comerciales e industriales del Estado, existe el mismo control, pero debe estar adecuado a la naturaleza de las actividades que desarrollan, cuando no se trata de entidades puramente administrativas, de modo que, en algunos casos solo puede ejercitarse el control posterior; el control fiscal de las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90o/o o más de su capital social, se ejerce en forma igual al de las empresas industriales y comerciales del Estado, como resulta de lo dispuesto por el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968. Sobre las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga menos del 90o/o del capital social, no hay control fiscal directo de la Contraloría General de la República, porque no hay gestión fiscal propiamente dicha, quedando sus actividades subordinadas a la vigilancia administrativa de la correspondiente entidad estatal, y subsistiendo control fiscal solo respecto de la inversión misma en aquellas y el manejo de los títulos representativos de tales aportes. En el último de los casos citados, el auditor o revisor fiscal debe designarse por el procedimiento del artículo 5o. de la ley 151 de 1959.– (Concepto de 11 de febrero de 1971, sobre control fiscal de las entidades de derecho público. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica). Publicación autorizada mediante Oficio No. 411 de 12 de febrero de 1971, por el Sr. Ministro de Desarrollo. 22

23. **CUOCIENTE ELECTORAL**

A partir de la reforma constitucional de 1968.– A partir de la reforma constitucional de 1968, el sistema del cuociente electoral tal como lo prevee el art. 50 del Acto Legislativo No. 1 de ese año, art. 172 de la Carta, debe aplicarse en toda elección en que se vaya a elegir dos o más personas, trátase

Págs.

del régimen de la paridad o del de libertad de los partidos, principiando en las elecciones de 1970 con esta modalidad: cuando se trate de elegir más de dos personas, dividiendo el total de los votos válidos emitidos por el número de puestos por proveer, pero cuando se trate de elegir solamente dos personas, la división deberá hacerse por el número 3. (Ver en el índice el No. 75). (Registro Practicado por los Jurados de votación sentencia)..... 372

D

24. DECLARACION DE RENTA Y PATRIMONIO

Las personas naturales que se encuentren dentro del territorio colombiano están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio, más no lo están las personas naturales, de cualquier índole, residentes o domiciliadas en país extranjero.– El art. 70 del Decreto 154 de 1968 dice: "Las personas naturales no residentes en Colombia a quienes se paguen o abonen en cuenta dividendos, participaciones u otras rentas gravables en el país, tales como intereses, arrendamientos, comisiones, regalías, etc., 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 arts. 27, 28, 29 y 35 del Decreto 1366 de 1967 y 35 de la Ley 63 de 1967". Cuando el art. 1o. del Decreto 1651 de 1961 dice que las personas naturales están obligadas a hacer en Colombia declaración de renta y patrimonio, sin distinguir si ellas son colombianas o extranjeras, residentes o domiciliadas, solo puede referirse a las que se encuentren dentro del territorio patrio porque entre las excepciones que analizamos referentes a la teoría de los estatutos basados en los principios de orden público no aparecen también como excepción las leyes fiscales y es por ello por lo que no podría afirmarse que aquélla disposición abarca también a las personas naturales, de cualquier índole, residentes o domiciliadas en país extranjero. El Decreto 154 de 1968 no está únicamente encaminado a reglamentar las disposiciones del Decreto 1366 de 1967 y la Ley 63 del mismo año como se dice claramente en la enunciación de sus propósitos y el Decreto 1366 es un conjunto de disposiciones que modifica determinadas normas de los reglamentos básicos que sobre impuesto sobre la renta y complementarios contienen la ley 81 de 1960 y el Decreto Ley 1651 de 1961, dentro del cual juega papel importante en el problema que nos ocupa el inciso 1o. del art. 1o. de esta última disposición. Pero es que hay otro estatuto no menos trascendental porque de él emanan todas las modificaciones que se hicieron a los anteriores y es la Ley 28 de 1967 por medio de la cual el Congreso invistió al Presidente de la República de precisas facultades "contra la evasión y el fraude al impuesto sobre la renta, complementarios, especiales y sucesorales y se dictan otras disposiciones". Pues bien, ni en los Decretos Extraordinarios que el Presidente dicte en desarrollo de una ley de facultades puede salirse de las precisas que le otorgó el Congreso (ordinal 12 art. 76 de la Constitución), ni en los decretos reglamentarios que expida puede extralimitar las normas por él mismo dictadas en desarrollo de aquellas facultades, tal como lo

Págs.

prescribe el ordinal 3o. del art. 120 de la Carta Fundamental. Y lo que ha ocurrido en el asunto subjudice fue que el Gobierno violó la propia ley de facultades al dictar el art. 70 del Decreto 154 de 1968. Dió el Legislador la forma de establecer la retención en la fuente para las personas naturales y jurídicas extranjeras pero recalcando en forma muy categórica el principio de que no tenían la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia, que es la tesis que el Consejo de Estado ha venido defendiendo para las personas jurídicas y que ahora propugna para las personas naturales. Entonces tenemos que siendo el Decreto 154 del 68 reglamentario no solo del Decreto 1366 del 67, de la ley 63 del mismo año, y "de otras disposiciones relativas al impuesto de renta y complementarios" entre las cuales está como materia esencial la ley de facultades, es decir, la ley 28 de 1967 no hay duda alguna que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria al expedir el art. 70 del Decreto 154 de 1968 materia de este juicio, porque ya no solo sobrepasó las facultades de la ley básica sino que se fue contra una prohibición categórica de la misma como fue la de que las personas naturales y jurídicas no podían estar sujetas a la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, con lo cual violó la forma directa el ordinal 3o. del art. 120 de la Constitución. Los reglamentos como es sabido, son dictados para complementar la ley y asegurar su ejecución en problemas y circunstancias de detalle que el legislador no debe tocar, pero son manifestaciones del poder ejecutivo que deben estar completamente subordinadas a la ley, es decir, deben ser dictados "secundum legem"; es por ello por lo que no pueden crear exigencias nuevas ni extender o restringir su alcance en el cumplimiento de su misión. Y si este principio es evidente respecto de los reglamentos secundum legem, cuánto más lo será respecto de aquéllos reglamentos contra legem, es decir, aquéllos que no sólo han extralimitado o extendido el alcance de la ley sino que se han ido directamente contra ella como es el caso que ahora se contempla? . Como síntesis de lo dicho puede afirmarse, que el art. 70 del Decreto 154 de 1968 es nulo por dos razones, cualquiera de las cuales daría base a su anulación: a) porque viola directamente el literal g) de la ley 28 de 1967 que estatuyó que las personas naturales o jurídicas extranjeras no tendrían la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio en Colombia; b) porque aún sin la existencia de ese principio capital su nulidad sería también evidente por violación de los artículos 18 del Código Civil y 57 del Código Político y Municipal que al consignar el principio de la territorialidad de la ley expresan que ésta solo es obligatoria para los nacionales y para los extranjeros sean domiciliados o transeúntes, salvo las excepciones creadas por los estatutos o las establecidas en los tratados públicos.– (Sentencia de marzo 18 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Gustavo López Jaramillo. Acción de nulidad contra el artículo 70 del Decreto Reglamentario 154 de 1968)..... 142

25. DERECHO DE PETICION

Deber de los Ministros de resolver en forma definitiva los asuntos de la rama administrativa correspondiente. – La Sala no podría aceptar que un Ministro del

Págs.

Despacho Ejecutivo se abstenga de decidir sobre un punto concreto, como el de pago de sueldos con determinada modalidad, que se ha pedido, pretextando un impedimento o inhibición que hace consistir en que carece de competencia, porque el art. 135 de la Constitución Nacional, al darle la calidad de Jefe Superior de la Administración, lo ha investido de la más amplia potestad para resolver, en forma definitiva, sobre todos los asuntos de la rama administrativa correspondiente. El Decreto–Ley No. 1050 de 1968, amplía y determina este tipo de competencia administrativa, aclarando y perfeccionando la órbita de las distintas atribuciones y competencias. Menos podría admitirse, entonces, que para revocar, como lo hizo, el acto derogatorio del inferior, sí tuviera competencia, pero que careciera de ella para proveer en reemplazo del acto revocado. Y como esto era materia de la contención administrativa sujeta a la decisión del señor Ministro de Defensa, como puede apreciarse en la parte motiva de la Resolución 613 de 1968 que se estudia, el procedimiento sobre reconocimiento y pago de la equivalencia en dólares, causada por la Comisión de Estudios en Norte América y ordenada por los Decretos Ejecutivos Números 2311 y 2670 de 1964 y 41 de 1965, en las proporciones previstas por los Decretos Leyes 253 de 1963 y 461 de 1961, en favor de los demandantes, estaba legalmente obligado el señor Ministro a resolver lo que fuera del caso en consonancia con los pedimentos de la demanda, sin que pudiera reservar o posponer para otra actuación como la que indica ante el Consejo de Estado, la decisión de las cuestiones materia de la litis, porque con ello quebranta el texto previsor del art. 401 del Código Judicial, incurriendo con este acto en la causal de nulidad por expedición irregular del mismo, sancionada con su invalidez según el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Además el artículo 6o. del Decreto número 2733 de 1959 establece imperativamente el deber de los funcionarios o agentes de resolver en términos definidos las peticiones que se les formulen, si ellas son de su incumbencia directa y, si no lo son, el de enviarlas al agente o funcionario que sea competente. (Sentencia de 15 de Febrero de 1971 –Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Francisco Carrillo García y otros. Acción de Plena Jurisdicción contra las Resoluciones números 03223 del 4 de septiembre de 1967 del Director Gral. de la Policía Nal. y Número 613 de 8 de febrero de 1968 del Ministerio de Defensa Nal. y contra los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965). 180

E

26. ELECTORALES. PAPELETAS DE VOTACION

Después de la Reforma Constitucional de 1968 no es necesario encabezar las papeletas de votación para Concejales y Diputados con el nombre del partido político tradicional por el cual se vota. – Todo el sistema electoral vigente en Colombia busca evidentemente obtener que la voluntad popular se manifiesta libremente y se refleje en las distintas corrientes que integran los partidos políticos. De conformidad con la reforma plebiscitaria de 1957, que consagró

Págs.

la paridad de los partidos liberal y conservador en las corporaciones públicas, el decreto 400 del mismo año, en su artículo 41 dispuso que las papeletas de votación debían encabezarse con una inscripción, en caracteres destacados, en que se expresara el nombre del partido político tradicional por el cual se votaba. Era la consagración clara y obvia de que solo los partidos tradicionales colombianos podían participar en el manejo de la Cosa Pública. Se excluían así otras organizaciones políticas de la actividad electoral. Pero el artículo 50 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, que corresponde al 172 de la Constitución Nacional, abolió para las elecciones que habrían de verificarse en 1970, la paridad en los Concejos y Asambleas y ordenó aplicar en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación de los partidos políticos. Ya aquí no se menciona para nada a los partidos políticos tradicionales. De ahí pues que cualquier partido político podía inscribir listas de candidatos a estas corporaciones y obtener el favor popular. Ya los aspirantes a Asambleas y Concejos Municipales, no necesitan postularse por el partido conservador o por el liberal; pueden hacerlo por cualquier partido político de otra denominación. De tal manera que la obligación de colocar en las papeletas de votación el encabezamiento del nombre del partido político tradicional por el cual se vota, puede considerarse abolida.– (Sentencia de 3 de febrero de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actores: Valentín Moreno Salazar y otro. Juicio Electoral). 361

27. **ENTIDADES DESCENTRALIZADAS E INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN**

Competencia de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales para crearlas. Creación de la Beneficencia de Antioquia.– En cuanto al problema de si las Asambleas departamentales pudieron y pueden crear instituciones de utilidad común o fundaciones, por una parte, y establecimientos públicos, por otra se debe distinguir: En el régimen constitucional, anterior a la reforma del acto legislativo No. 1 de 1968, el punto era muy discutido: En efecto, muchos tratadistas sostenían que ni los Departamentos ni los Municipios gozaban de la facultad de crear administraciones descentralizadas, lo que era esencialmente una función legislativa. Pero, otros admitían que, por medio de ordenanzas o de acuerdos, las Asambleas y los Concejos podían crear dichos establecimientos públicos. Esta última tesis fué acogida por la sentencia del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 1960, en el juicio en que se demandaba la nulidad de la ordenanza 23 de 1954, emanada de la Asamblea de Antioquia, que creaba precisamente la Beneficencia de Antioquia. En esa sentencia no solamente se aceptó que las Asambleas podían crear instituciones de utilidad común sino también establecimientos públicos.– En la actualidad, después de la reforma constitucional de 1968, ya no es necesario hacer más rodeos para afirmar la posibilidad de los establecimientos públicos a nivel constitucional.– En efecto, el artículo 76, ordinal 9 C.N. estatuye como función del Congreso "determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de ministerios y establecimientos públicos. . .".– El artículo 187, ordinal 6

Págs.

ibídem dispone que "corresponde a las Asambleas crear, a iniciativa del Gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley".– Y el artículo 197, ordinal 4o. ibídem dice: "que son atribuciones de los Concejos crear, a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, conforme a las normas que determine la ley".– Antes y después de la reforma constitucional de 1968, las Asambleas departamentales podían y pueden crear no sólo entidades de utilidad común o sea fundaciones, sino también establecimientos públicos. (Hoy, a iniciativa del Gobernador).– La Asamblea de Antioquia, al crear la Beneficencia de Antioquia, por ordenanza 23 de 1954, aunque literalmente dijo que creaba una entidad de utilidad común o fundación, en realidad creó un establecimiento público.– (Sentencia de junio 8 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. –Sección Primera– Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia. Acción de nulidad contra la Ordenanza No. 4 de 28 de noviembre de 1967 de la Asamblea Departamental de Antioquia)..... 312

28. **ENTIDADES DESCENTRALIZADAS E INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN**

Régimen jurídico colombiano a partir de 1968.– Creación, Clasificación y definición.– Naturaleza jurídica de la Beneficencia de Antioquia.– En el año de 1968, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias a él conferidas por la ley 65 de 1967, dictó los decretos legislativos Nos. 1050 y 3.130 de 1968, mediante los cuales se reorganizó el funcionamiento de la administración pública nacional (D. 1050) y se dictó el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional (D. 3130).– El artículo 1o. del decreto 3130 clasifica las entidades descentralizadas en tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.– El artículo 5o. del decreto 1050 define el establecimiento público así:.– "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 reunen las siguientes características: a).– patrimonio independiente constituído con bienes o fondos públicos, comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.– b) Personería jurídica y c) autonomía administrativa".– El artículo 5o. del 3130/68 define las instituciones de utilidad común o fundaciones diciendo que:.– "Son personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores".– Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas, están sujetas a las reglas del derecho privado y no están adscritas ni vinculadas a la administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el gobierno en los términos de la ley 93 de 1938 y demás disposiciones pertinentes".– El artículo 7o., ibídem, agrega:.– "Las fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la ley o con autorización de la misma, son

Págs.

establecimientos públicos y se sujetarán a las normas para éstos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación.– "La misma regla se aplicará cuando, con la necesaria facultad legal o estatutaria, se creen por los establecimientos públicos y por las empresas industriales y comerciales del Estado entidades con los objetivos propios de las fundaciones o instituciones de utilidad común, lleven o no esta denominación".– Es verdad que los decretos arriba mencionados solamente se refieren a la Administración Nacional y a las entidades descentralizadas nacionales. Sinembargo, por analogía y a falta de legislación positiva, estas reglas pueden también servir de guía y de criterio para la definición y clasificación de entidades similares de origen departamental o municipal.– Si ya antes de 1968 la jurisprudencia y en especial el Consejo de Estado había considerado la posibilidad de los establecimientos públicos y especialmente había considerado a la Beneficencia de Antioquia como uno de ellos, con cuanta más razón puede hoy calificarse a la Beneficencia de Antioquia como un establecimiento público, después de las definiciones de los decretos 1050 y 3130 de 1968, que, aunque se refieren estrictamente al orden nacional, por analogía pueden servir también para la clasificación de las entidades del orden departamental y del municipal. (Sentencia de junio 8 de de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. –Sección Primera–. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia. Acción de nulidad contra la Ordenanza No. 4 de 28 de noviembre de/67 de la Asamblea Departamental de Antioquia). 312

29. ESTADO DE DERECHO

El principio de la legalidad en las relaciones internas y externas de la administración.– De la idea de que no hay seguridad para el individuo donde la administración no está regida por una norma jurídica, desprende nuestra constitución el principio de que a las autoridades administrativas no les es permitido sino aquello que les autoriza la ley (C.N. arts. 20 y 63).– La noción de Estado de Derecho se– plasma en este principio de imperativa aplicación cada vez que se trate de definir relaciones entre gobernantes y gobernados y de alindar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas.– Las competencias de la autoridad se encuentran y deben encontrarse precisamente definidas por la ley, y lo que el constituyente o el legislador atribuye como función a una de ellas en particular, no puede extenderse por analogía a funcionario o corporación distinta.– Si la administración en sus relaciones externas debe atenerse estrictamente a las competencias señaladas en la ley, distinto razonamiento ha de seguirse en las relaciones internas de la administración y cuando ésta se enfrenta a su finalidad esencial de asegurar, en beneficio común, el funcionamiento y la continuidad de los servicios públicos que ha tomado a su cargo. Entonces no son las seguridades individuales las que circunscriben la acción administrativa, sino el interés público el que exige su intervención.– Desde luego la administración tiene que moverse siempre dentro del marco de la ley, pero en sus relaciones internas el principio de la legalidad debe conciliarse con la obligación y la urgencia de asegurar el funcionamiento de los servicios

Págs.

públicos, con la satisfacción del interés general, que es igualmente principio tutelar de la actividad administrativa.– Si en sus relaciones internas la ley señala a la administración pautas, la actividad administrativa se ceñirá al precepto legal. Ante el silencio de la ley, será necesario encontrar la norma jurídica aplicable, "en las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto en la doctrina constitucional y en las reglas generales de derecho," como señala el legislador en el art. 8o. de la ley 153 de 1887.– (Concepto de abril 22 de 1971.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora.– Consulta del Ministro de Gobierno sobre el caso de que los concejos municipales no aprueben el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde.– Publicación autorizada por Oficio No. 632 de 26 de abril de 1971). 31

30 **EL ESTADO Y LAS LIBERTADES DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO**

De la Libertad–Autonomía a la Libertad–Participación.– Transformación de la Democracia Política en Democracia Social.– El Estado Socializante.– En los últimos tiempos se ha operado un cambio radical sobre la misión del Estado y sobre el concepto de las libertades del hombre y del ciudadano, porque de la *libertad–autonomía* se ha llegado al moderno concepto de *libertad–participación*, en la misma forma que se operó la transformación de la democracia política en democracia social. Tanto ésta como aquélla reposan sobre el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, pero los conciben de modo diferente. En tanto que la democracia política del siglo pasado aceptaba que el individuo tenía unos derechos naturales, inviolables y sagrados, que se imponían a los poderes públicos, la democracia social de los tiempos que corren considera los derechos del ciudadano como exigencias, como créditos a su favor y en contra del Estado que éste debe satisfacer para que el hombre alcance la plenitud de su ser. Esa evolución de conceptos fue la consecuencia de dos fenómenos evidentes: el primero, porque resultó que para una inmensa masa de seres la libertad concebida como una cualidad inherente a su naturaleza era una una prerrogativa estéril, ya que no tenía los medios para disfrutarla. Para qué, por ejemplo, la libertad al derecho de propiedad, esa propiedad que el Código Civil define como un derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, si el ciudadano nada poseía, si el trabajo a duras penas le permitía sustentar su vida y la de su familia. Y aconteció también que por las transformaciones de la vida económica y por las condiciones imperantes por la revolución industrial que agravaron grandemente la situación de los trabajadores, en lugar del hombre libre y soberano ideado por los revolucionarios de 1789, lo que apareció fue el *hombre situado*, el hombre condicionado por el medio lleno de necesidades que no podía satisfacer y listo a lanzarse a la revuelta en busca de mejores condiciones de vida. Fue ese hombre situado el que describió la filosofía materialista con su interpretación económica de la historia y que le permitió a Marx sentar la tesis de que no es la conciencia del hombre lo que determina su existencia sino que es su existencia social lo que determina su conciencia. Por tales fenómenos hubo necesidad de crear nuevos derechos, los

derechos sociales y se confió al Estado la misión de satisfacerlos. Apareció así el Estado socializante, sin dejar de ser liberal, porque siempre tiene que respetar los derechos del hombre y del ciudadano. Esa aparición del Estado socializante se hizo necesaria porque como lo dice Georges Burdeau, el legislador preocupado por satisfacer los imperativos económicos de los gobernados le asignó tareas que exigen un crecimiento de su autoridad, un refuerzo de su control y el establecimiento de direcciones y de trabas que excluyen no solo el liberalismo económico sino la misma idea de libertad. Y así se ve como en las constituciones políticas de las naciones europeas que conservan el régimen de libertades individuales (Francia, Italia, Alemania Occidental, entre otras), expedidas después de la segunda guerra mundial, se sienta el principio de la libertad de iniciativa privada económica, pero agrega: la ley determina los programas y controles para que la actividad económica, pública y privada pueda ser dirigida hacia fines sociales. En Colombia esa evolución tuvo su punto de partida con la expedición del acto legislativo número 1 de 1936 en el que se dijo que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias públicas y privadas, entre otros fines para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho y tuvo su punto culminante con la reforma constitucional de 1968 en donde se sostiene que se garantiza la libertad de empresa, pero que la dirección de la economía está a cargo del Estado para que el desarrollo económico tenga como objetivo la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de las clases proletarias (art. 6o. del Acto Legislativo número 1 de 1968). Se proclamó así la existencia del Estado socializante con toda fuerza y vigor. Naturalmente para que el Estado pueda cumplir la inmensa tarea que se le ha encomendado, para que pueda satisfacer los derechos sociales de los gobernados, para que pague los créditos del individuo contra la sociedad, para asegurarle al ciudadano condiciones de vida compatibles con la dignidad humana, para acabar paulatinamente con las tremendas desigualdades económicas, para que el ciudadano tenga seguros contra todos los riesgos de la vida, es que se le ha entregado al Estado la vigilancia de la propidad, la orientación y planificación de la economía y es para lo que todos los días se crean nuevos impuestos para por ese medio hacer una distribución de la renta nacional. La democracia social es también una revolución, solo que es una revolución por la ley y dentro de la ley pero siempre profunda y rápida. De la somera exposición anterior se concluye que tanto la ley 7a. de 1943 como los Decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de las facultades allí otorgadas y que autorizan la intervención del Estado en la industria y en el comercio en defensa de los consumidores, se ajustan completamente a la letra y al espíritu de la norma prescrita en el art. 32 de la Constitución Nacional y que las autoridades las aplicaron correctamente al dictar los actos acusados. (Sentencia de marzo 25 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Gustavo Salazar T. Salvedad de Voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Productora Tabacalera de Colombia S.A. Nulidad de las Resoluciones Nos. 4 y 15 de 1968 de la Superintendencia de Regulación Económica y el auto de 23 de febrero de 1968 de la misma Superintendencia). 244

Págs.

31 **EXTINCION DE DOMINIO**

Caducidad de la acción.– En repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido que las normas contenidas en los artículos 23 de la ley 135 de 1961, 7o. de la ley 1a. de 1968 y 23, inciso 1o. del decreto 1902 de 1962 dicen relación únicamente con la *suspensión de los efectos* de las Resoluciones acusadas, pero no con la caducidad de la acción. Sin embargo, es conveniente agregar lo siguiente: El Decreto 528 de 1964 en su artículo 30, ordinal e), trasladó la competencia que anteriormente tenía la Corte Suprema de Justicia al Consejo de Estado para conocer "de las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad". Tales juicios, como es obvio, deben tramitarse de acuerdo con las reglas procedimentales consagradas en el Código Contencioso Administrativo, por cuanto las leyes sobre procedimiento son de orden público y de aplicación inmediata. La regla general sobre caducidad de la acción cuando se acusan actos de la administración con restablecimiento de derecho, está contenida en el artículo 83 de la ley 167 de 1941 y su término es de cuatro meses. Existen sí algunas excepciones como por ejemplo cuando se trata de juicios sobre impuestos y en los electorales. Pero para poder aceptar un término de caducidad distinto a los cuatro meses es necesario que la excepción esté expresamente consagrada en la ley porque las excepciones al procedimiento general, lo mismo que las nulidades, son taxativas y por tanto de interpretación restrictiva.– (Sentencia de 22 de enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera. Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Manuel de Vengoechea. Juicio Ordinario. Incora). ... 209

F

32. **FALTA DE JURISDICCION**

Efectos.– Es cierto que hay nulidades allanables según los preceptos del Código Judicial, pero no todas lo son como resulta evidente en el caso de falta de jurisdicción generalmente conocida con la singular nomenclatura de incompetencia de jurisdicción porque ello podría conducir al absurdo de dar validez a un proceso penal adelantado por ejemplo ante la justicia de lo contencioso administrativo sólo por el silencio o la ratificación de las partes. Aún en el caso en que es admisible el allanamiento de la nulidad esta convalidación no puede producir efecto en cuanto haya de pronunciarse sentencia definitiva. Si en el momento de fallar se encuentran errores procesales que inciden sobre la sustancia del juicio, tales errores no pueden vincular al sentenciador para ratificarlos, repetirlos o fallar contra los derechos y las garantías concedidas a las partes.–(Auto de 4 de febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Juicio por jurisdicción coactiva del Tesorero de Medellín contra la Compañía Hotel Nutibara S.A.). 427

Págs.

33. FUNCION PUBLICA

Clasificación de los servidores del Estado y naturaleza del vínculo que tienen con sus distintas entidades.– Criterios de distinción de la Reforma Administrativa de 1968.– Aparentemente, y así lo afirma la consulta, el criterio de la reforma administrativa de 1968 en cuanto a la clasificación de los servidores del Estado y la naturaleza del vínculo que tienen con sus distintas entidades, fue el orgánico.– En el artículo 5o. del Decreto 3135 de dicho año, se determinan como reglas para esa clasificación las de que las personas que prestan sus servicios a los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y los Establecimientos Públicos, son empleados públicos, y que quienes atienden las funciones de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Parece, pues, que el carácter del órgano determina el de sus servidores. –Sin embargo ese criterio no es único ni el determinante del carácter del servidor y de sus relaciones con el ente al que sirve. –Porque, en primer término, debe tenerse en cuenta que la propia disposición citada, al establecer excepciones a las reglas que sienta, introduce un criterio diferente, al definir que "los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales", aunque presten sus servicios en organismos del primer grupo indicado, y al preceptuar que los estatutos de las empresas industriales y comerciales "precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. –En estas dos prescripciones el legislador aplicó el criterio de que es la naturaleza de la actividad desempeñada la que, en estos casos, califica al agente, y su situación legal y reglamentaria o contractual, independientemente del carácter del órgano a que sirve. Asímismo, debe advertirse que la clasificación general en empleados públicos y trabajadores oficiales que hace el Decreto 3135 no es ajena a la naturaleza de las actividades específicas de los dos grupos de organismos a que se refiere. Porque, de acuerdo con el Artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968, Ministerios y Departamentos Administrativos, son organismos principales de la administración y los establecimientos públicos y las superintendencias les están adscritos, lo que vale decir que forman el conjunto de los organismos dedicados exclusiva o preferencialmente a tareas de tipo puramente administrativo, como resulta para los dos primeros de su definición constitucional, y para los segundos de la ley; puesto que las superintendencias, al tenor del Artículo 4o. del Decreto en mención "cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa", y los establecimientos públicos, según el Artículo 5o. del mismo Decreto son organismos "encargados principalmente de atender funciones administrativas". –En tanto, que las empresas industriales y comerciales del Estado, conforme al Artículo 6o. del Decreto que se viene comentando, son tales, por ocuparse de las actividades que indica su nombre, siendo, por ello, su régimen el de derecho privado, y en cambio, el de los entes del primer grupo, el de derecho público, acorde con su actividad administrativa.– No se puede, pues, afirmar rotundamente que el criterio organicista es el que domina la cuestión planteada. (Concepto de mayo 26 de 1971. –Sala de Consulta y Servicio

Págs.

Civil. –Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. –Consulta Formulada por el Ministerio de Desarrollo Económico y autorizada su publicación por Oficio No. 1770 de Junio 21 de 1971 del referido Ministerio)..... 57

G

34. **GRAVAMEN DE VALORIZACION**

Características.– La valorización es gravamen que se acerca más a las características de la tasa o contraprestación, es decir retribución exigible a los propietarios de los inmuebles que reciban beneficio por la construcción de obras que emprenda el Estado, beneficio o mejoramiento que ha de enriquecer de algún modo al sujeto de quien se exija el gravamen para que su patrimonio no se incremente, sin causa y, en todo caso, para posibilitar las obras que aunque beneficien de modo general a toda la comunidad aprovechen de modo especial a algunos de sus miembros siempre que puedan ser individualizados con justicia.– (Sentencia de 15 de abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta.– Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Demandante: Rafael Trujillo y María Palacio de Trujillo. Acción de nulidad contra las Resoluciones 92 de 1966 y 50 de 1967 de la Oficina de Valorización del Departamento de Antioquia)..... 333

35. **GRAVAMEN DE VALORIZACION**

Liquidación.– No existen reglas de aplicación matemática para practicar las liquidaciones y las vigentes en los estatutos nacionales o locales dependen de apreciaciones más o menos subjetivas a las que ha de llegarse mediante el empleo de cualesquiera nonnas que en todo caso deben tener las finalidades básicas: a) Que la suma de las contribuciones distribuídas corresponda tanto como sea posible a los costos de la obra siempre que ésta se haya ejecutado con sistemas de productividad normal o aceptable y b) Que los bienes respecto de los cuales haya de hacerse la liquidación reciban efectivamente un beneficio económico estimable en dinero. –Sentencia de 15 de abril de 1971.– Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Cuarta–. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Demandante: Rafael Trujillo y María Palacio de Trujillo. Acción de nulidad contra las Resoluciones 92 de 1966 y 50 de 1967 de la Oficina de Valorización del Departamento de Antioquia)..... 333

36. **GRAVAMEN DE VALORIZACION**

Zona de influencia de las obras.– La primera dificultad que se presenta es la de determinar hasta donde se extiende, porque bien puede ocurrir que haya obras que aunque indispensables y muy costosas no causen beneficio a nadie o a muy pocas personas. Debe tenerse en cuenta que no es legítimo exigir retribución sino a quien se beneficie y que si después de señalada la zona de influencia alguien está en capacidad de demostrar que aunque no haya sufrido perjuicio no ha ganado beneficio, la administración debe reconocerlo así y exonerarlo de la tasa cuyo monto puede asumir directamente al gobierno o redistribuírlo si así lo autorizan los estatutos correspondientes, entre los demás beneficiados.– (Sentencia de 15 de abril de 1971. Sala de lo

Págs.

Contencioso Administrativo Sección Cuarta–. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. –Demandante: Rafael Trujillo y María Palacio de Trujillo.– Acción de nulidad contra las Resoluciones 92 de 1966 y 50 de 1967 de la Oficina de Valorización del Departamento de Antioquia)..... 333

H

37. HACIENDA PUBLICA MUNICIPAL EN MATERIA DE PRESUPUESTO

Qué presupuesto rige cuando el Concejo no lo expide.– En desarrollo del principio de centralización política y descentralización administrativa que orienta desde 1886 el sistema de gobierno, ha sido atribución propia y fundamental de los Concejos, señalada por la Constitución, la de "ordenar por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito", "votar en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas las contribuciones y gastos locales", función esta última, que desde 1968, deben cumplir con base en el proyecto presentado por el Alcalde. (Cons. de 1866, art. 199, Acto Legislativo No. 3 de 1910, art. 62, Acto Legislativo No. 1 de 1945, art. 87, Acto Legislativo No. 1 de 1968, Art. 62). –Desde la reforma constitucional de 1968, que señaló como atribución independiente de los –Concejos, para ejercerla "conforme la ley" la de "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde", la competencia para dictar normas orgánicas del presupuesto municipal corresponde al Congreso y no a las Asambleas.– En ausencia de reglamentación legal los Concejos deberán atenerse a los acuerdos que ellos mismos hayan dictado como orgánicos del presupuesto, en ejercicio de la atribución constitucional de "ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito". (C. N. art. 197 ord. 1o.). –Son principios de nuestro derecho público la prestación regular de los servicios administrativos y que éstos se atiendan con los recursos y dentro de los ordenamientos y limitaciones establecidos por el Congreso, las Asambleas y los Concejos, que están obligados a expedir cada año el presupuesto de rentas y gastos de la respectiva colectividad territorial. En lo nacional el constituyente ha previsto la omisión, y para el caso dispone que rija el presupuesto presentado por el Gobierno dentro del término constitucional, y en su defecto, el de la vigencia anterior, con la reducción en los gastos que aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio. (C. N. art. 209).– Nada dice la Constitución para los departamentos y municipios, cuando las asambleas y los Concejos no expiden el presupuesto.– El procedimiento establecido expresamente para la administración nacional es extensivo a la administración municipal, por tratarse de situaciones semejantes, y más aún cuando, como en este caso, la aplicación de normas jurídicas por analogía, satisface la doble finalidad de asegurar el funcionamiento regular de los servicios que presta la administración, y la de que la actividad administrativa se rija, no por los procedimientos discrecionales de la dictadura fiscal, sino conforme a normas legales. No existiendo disposición legal y cuando tampoco exista acuerdo municipal que lo reglamente, si el Concejo no expide el presupuesto de rentas y gastos del municipio deberá regir el proyecto

Págs.

presentado en la oportunidad legal por el Alcalde, y si éste no lo hubiere hecho, el presupuesto del año anterior, en las condiciones que establece el artículo 209 de la Constitución. (Concepto de abril 22 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. –Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora–. Consulta del Ministro de Gobierno sobre el caso de que los concejos municipales no aprueben el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el Alcalde. Publicación autorizada por Oficio No. 632 del 26 de abril de 1971)..... 31

I

38. **IMPUESTOS**

Facultades del Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en materia impositiva.– De conformidad con los artículos 43 y 76 de la Constitución de Colombia, la función legislativa e impositiva corresponde exclusivamente al Congreso, aunque naturalmente en casos excepcionales aquél puede dar facultades al Presidente de la República para ejercer esa función, pero sin que con ello se desvirtúe la esencia del principio. La aparente capacidad o función impositiva que el mismo artículo 43 da a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales sólo resulta de una interpretación aislada de este artículo, porque esa función aparece subordinada en cuanto a las Asambleas Departamentales por el artículo 191 a las condiciones y límites que fije la ley y en cuanto a los Concejos, a las condiciones, límites y atribuciones que señalen la Constitución, la Ley y las Ordenanzas.– Esto significa, presentado el problema de otra forma, lo siguiente: En Colombia sólo pueden establecerse impuestos o contribuciones por disposición de la ley. Las Asambleas Departamentales sólo pueden crear impuestos o tributos, cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que ella misma les impone; por lo mismo, no pueden autorizar a los Concejos para crear impuestos si a su turno no han sido autorizadas para ello por una ley. Los Concejos Municipales sólo pueden establecer contribuciones cuando los autorice la Constitución, la ley o las Ordenanzas en los casos en que éstas sean necesarias.– (Sentencia de mayo 19 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta–. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Fernando González Mutis. Acción de nulidad contra la Ordenanza 98 de 12 de diciembre de 1968, expedida por la Asamblea Departamental de Santander)..... 305

39. **IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS**

Nulidad del artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970 sobre grado de imputación de los pagos, acordados por los contribuyentes merecedores de la amnistía impositiva de que trata la Ley 8a. de 1970.– Si se examina con cuidado la ley 8a. de 1970 se concluye, aunque no fácilmente, que por medio de ella no se introdujo modificación alguna al sistema de imputación de pagos ya establecido desde 1961. En efecto, esta ley perdonó las sanciones por mora para toda deuda exigible en 31 de Diciembre de 1969

Págs.

por concepto de impuestos de renta complementarios recargos y especiales y determinó algunas facilidades para quienes no pudieren hacer la cancelación en un solo contado de modo que lo debido sin computar los intereses de mora pudiera cancelarse por cuotas en la misma época en que deben cancelarse los impuestos causados con posterioridad y repartido el valor total de la deuda en períodos cuyo último plazo vence el 31 de Diciembre de 1973.Advirtió la ley que si a partir del 1o. de Enero de 1971 la amortización de la deuda en mora se atrasare o demorare de nuevo, la gracia acordada cesaría y en tal caso si alguna suma se hubiere pagado ésta debería abonarse de preferencia a las deudas más antiguas, que es el sistema ordinario establecido en 1961. La ley no hace diferencia en cuanto al año en que se causó la deuda por impuestos sino al momento en que estaban en mora cualesquiera cantidades correspondientes a años anteriores al 31 de Diciembre de 1969. (No incluyó el año de 1970 puesto que la renta de dicho año habría de declararse en 1971 cuando comenzó el período durante el cual es posible pagar las deudas morosas junto con las cuotas correspondientes al impuesto por las rentas gravables en 1970).— Por ejemplo; si el 31 de Diciembre de 1969 se debían diez mil pesos, sin computar sanciones, por los años gravables de 1965, 66 y 67, éste capital debería amortizarse en cuotas iguales a partir de la primera que hubiera de pagarse en 1971 y hasta Diciembre de 1973. Esto significa tanto como consolidar la deuda de cualesquiera años anteriores en una sola y amortizarla por cuotas con independencia de la fecha en que se causaron. Si durante el tiempo que transcurra del primero de Enero de 1971 y el 31 de Diciembre de 1973 el contribuyente se atrasa en el pago de las deudas protegidas con la gracia de la amnistía, entonces no opera esta gracia y lo que haya abonado no puede considerarse como imputación a la deuda consolidada sino como abono a deudas atrasadas según el orden establecido por el artículo 105 del decreto 1651 de 1961.— Lo anterior indica que el orden del artículo 7o. del decreto reglamentario 2531 de 1970 contraría el texto de la ley 8a. del mismo año porque ordena graduar las imputaciones de los pagos acordados por los contribuyentes merecedores de la amnistía no como si la deuda fuera una sola sino como si fueran varias según los años en que se causaron, con el inconveniente adicional de que invierte el orden establecido lo que además es inútil porque si el contribuyente cumple con las cuotas para el pago de todo lo debido no puede aplicarse el orden general del decreto de 1971 puesto que la amnistía consiste precisamente en perdonar la sanción por mora. Lo que podría ser objeto de reglamentación sería el caso de incumplimiento en el pago de las cuotas pero ello es innecesario porque está previsto en la propia ley 8a. según la cual los abonos deben hacerse en la forma ordinaria, o sea comenzando por las deudas más antiguas y en primer término por los intereses.— En conclusión el artículo acusado es nulo no sólo por exceder las fucultades constitucionales inherentes a la potestad reglamentaria sino por contrariar expresamente los preceptos de la ley que pretende reglamentar. Además es inútil e induce a confusiones lo que equivale a decir que es excesivo añadir laberintos a lo que es ya de por sí un embrollo.— (Sentencia de Junio 17 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Vicente

Págs.

Amaya Mantilla. Acción de nulidad contra el artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970)..... 164

40. **IMPUESTO A LAS VENTAS**

Nulidad del artículo 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966 y 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968.– Los artículos 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966 y 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968, acusados, quebrantan en orma ostensible lo estatuído por los artículos 120, ordinal 3o. de la Constitución y 10 del Decreto 377 de 1965 y la Ley 48 de 1968.– Dichos preceptos son violatorios también de lo estatuído en el artículo 1o. de la ley 48 de 1968, por cuanto fué a virtud de esa norma que el Decreto Legislativo 1595 de 1966 consiguió vigencia permanente, en lugar de la transitoria que le correspondía tener como obra de un legislador accidental y de emergencia (C.N. 121). Fué pues entonces gracias a la Ley 48 y a pesar de que tiene fecha posterior a la del Decreto 2049, impugnado, que se consumaron las violaciones normativas ya puntualizadas. (Sentencia de Abril 22 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Cayetano Betancour. Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968 y el artículo 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966)..... 156

41. **IMPUESTOS**

Plazos para interponer los recursos de reposición y apelación contra providencias que impongan multas.– Al comparar el parágrafo del artículo 122 del decreto 154 de 1968 con el texto de los artículos 13 y 14 del decreto ley 2733 de 1959 se encuentra que el reglamento modifica los plazos concedidos por esas normas legales para interponer los recursos de reposición y de apelación contra las providencias que impongan las multas. Y como la potestad reglamentaria no permite variar el sentido, los alcances o los términos del precepto que se intenta reglamentar, resulta ostensible la violación. Además, al haberse llegado a la conclusión de que es nulo el inciso 3o. de la disposición impugnada, tal determinación deja sin piso el aludido parágrafo que se refiere precisamente a las resoluciones especiales de los administradores de impuestos nacionales previstas en dicho inciso 3o.– (Véase el No. 45 del índice)..... 129

42. **IMPUESTO DE REGISTRO**

Régimen característico y especial para los establecimientos bancarios.– Dentro de los sistemas de asociación mercantil creadores de sujetos de derecho con personalidad propia, existe un régimen característico y especial para los establecimientos bancarios que está contenido en la ley 45 de 1923 y los preceptos que la adicionan, complementan o reforman.– De acuerdo con este régimen específico, la constitución o fundación de un banco comercial exige que los fundadores, cuyo número no puede ser inferior a cinco, deben extender en original y duplicado un acta con las menciones que señala el art. 77 de la ley 45 y firmar un aviso donde consten sus nombres, su intención de

Págs.

organizar el banco y los demás detalles que pide el art. 79 de la Ley. Un ejemplar del acta, el aviso y los demás documentos que correspondan han de enviarse para su estudio al Superintendente Bancario y el aviso publicarse cuatro veces, en semanas consecutivas y en el periódico que señale dicho funcionario. Cumplidos estos trámites y si el Superintendente, con pleno conocimiento de causa, encuentra que se han llenado los requisitos de ley, aprueba el acta de fundación y desde ese momento comienza la existencia del banco, según lo enseña el art. 81 de la ley 45 y puede comenzar las operaciones de su ramo cuando obtenga el certificado de autorización a que alude el artículo 28.– Por mandato del art. 27, pero sin que ello implique requisito para la existencia institucional del banco, uno de los ejemplares del acta de organización, con el testimonio de que fue aprobada por el Superintendente, debe protocolizarse en la notaría pública del Circuito que corresponda al lugar de los negocios del establecimiento.– Estos mismos requisitos, en lo pertinente han de cumplirse también cuando se introduzcan modificaciones al estatuto del banco y si se trata de aumentar el capital, son de observancia las reglas legales a ese respecto. Salta de inmediato que las formalidades descritas son muy distintas de las que el Código de Comercio exige llenar para la constitución o la reforma de las compañías mercantiles corrientes u ordinarias. En estas últimas es ineludible el otorgamiento de escritura pública, el registro de su extracto en la Cámara de Comercio y la ulterior publicación de él para que nazca a la vida jurídica el ente colectivo o para que tengan valdiez completa las reformas de sus estatutos. O sea, que la escritura constituye solemnidad esencial para la formación o cambios de la sociedad regular.– El breve análisis comparativo que acaba de hacerse muestra así de manera palmar que la escritura pública mediante la cual se protocolicen documentos relacionados con un banco no puede equipararse jurídicamente para ningún efecto con las de constitución o reforma de otras especies de compañías comerciales.– (Sentencia de junio 9 de 1971. –Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz.– Actor: Banco Panamericano.– Acción de revisión de la liquidación del impuesto de registro contenida en las resoluciones 625, 1004 y 129 de la Beneficencia y de la Gobernación de Cundinamarca)..... 417

43. IMPUESTO DE REGISTRO

Relación jurídica existente entre la persona obligada a pagarlo y la entidad pública beneficiaria.– La naturaleza misma del impuesto de registro, que recae sobre actividades determinadas y no sobre personas en concreto y la forma específica y usual de su recaudo, que no se hace directamente por empleados del fisco departamental sino a través de los notarios, quienes lo liquidan oficiosamente, lo cobran de sus clientes junto con el valor que corresponda al servicio prestado, para consignarlo después en las arcas oficiales, son circunstancias que diluyen y oscurecen al máximo la relación jurídica que existe siempre entre las personas obligadas a pagar un tributo y la entidad pública beneficiaria del mismo. Tanto así, que cuando en un caso concreto el monto del impuesto de registro causado ingresa al erario departamental, el comprobante respectivo se expide a favor de la notaría que

Págs.

hizo la consignación y no de quien realmente la paga de su peculio, sin que siquiera ese recibo llegue a manos del contribuyente, pues, por mandato de la Ley, tal documento debe protocolizarse con la escritura pública de que se trate. Apenas queda en poder de quien cubrió el impuesto un recibo global por la suma pagada a la notaría y emanado de esta última y una transcripción de la llamada boleta fiscal, o comprobante de pago del impuesto de registro, que debe figurar como apéndice en las copias de la escritura pública respectiva que, por solicitud y a costa del interesado, le expida el notario. Ha de entenderse entonces que en el caso del impuesto de registro, donde no hay una liquidación oficial previa que la autoridad le haga conocer a quien debe pagarlo, según quedó visto, el término para formular reclamaciones debe contarse desde el día en que razonablemente pueda tenerse al contribuyente como enterado de la fijación oficial del monto del tributo a su cargo, sea de modo expreso, por noticia directa y formal del funcionario recaudador, o cuando menos implícito, como en el evento de que el contribuyente mismo o un delegado suyo pague el impuesto, en el de que reclame ante aquel funcionario, o en cualquiera otro que también suponga incontrastablemente que el deudor del impuesto conoce el acto de la autoridad fiscal que le determinó el monto a su cargo. Y no puede creerse que el conocimiento del cálculo o estimativo oficioso del valor del impuesto hecho por el notario al tiempo de otorgarse la escritura pública equivale a notificación expresa o tácita de la liquidación que de éste realice la agencia fiscal pertinente, desde luego que ese cálculo no proviene de tal agencia, es anterior a la liquidación verdadera y se confunde e involucra con la cuenta por los servicios notariales, que debe pagar el cliente en el momento de su prestación. El conocimiento previo, expreso o tácito, de la liquidación del impuesto por parte del contribuyente es, por lo tanto, requisito indispensable para que se consolide por el transcurso del tiempo la situación jurídica nacida de aquel acto de la autoridad fiscal. Es desde la fecha de tal conocimiento cuando comienza a correr los términos que la Ley concede para interponer los recursos gubernativos pertinentes contra la liquidación de que se trate. Esos recursos, a falta de un régimen específico para el impuesto de registro, deben ser los que consagran y regulan los artículos 13 y siguientes del Decreto Ley 2733 de 1959 como sistema general de la actuación administrativa. (Sentencia de junio 9 de 1971. –Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz.– Actor: Banco Panamericano.– Acción de revisión de la liquidación de impuestos de registro contenida en las Resoluciones 525, 1004 y 129 de 1966 de la Beneficencia y de la Gobernación de Cundinamarca)..... 417

44. IMPUESTO DE RENTA

Exensión hasta del 100 por 100 del impuesto sobre la renta para las sociedades cuyo objeto sea la explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico del país. Ciertamente la ley 81 de 1960 estableció como incentivo tributario la exención hasta del 100 por 100 del impuesto sobre la renta para las sociedades cuyo único objeto sea la explotación de industrias básicas necesarias para el desarrollo económico de país y que

Págs.

utilicen materia prima nacional en proporción no inferior al sesenta por ciento del valor total de las materias primas utilizadas o para las que tengan por objeto el desarrollo de industrias complementarias a la producción de hierro y que en más de un cincuenta por ciento utilicen en su proceso de transformación artículos producidos por Acerías Paz de Río.– Pero la misma ley fue muy clara en el sentido de que exención se extendía a los socios de la respectiva sociedad "pero solamente en el caso de que se trate de industrias nuevas" entendiéndose por tal cuando la proporción entre la producción y el consumo nacionales anteriores a la vigencia de la ley 81 no exceda del cincuenta por ciento.– (Sentencia de Enero 28 de 1971.– Sala de lo Contencioso Administrativo. –Sección Cuarta.– Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.– Actor: Elías Pineda Marchena.– Acción de revisión de impuestos)..... 415

45. **IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS**

Sanciones a los contribuyentes que no lleven libros de contabilidad. Oportunidad para imponerlas. – El inciso 1o. del artículo 122 del decreto 154 de 1968 faculta a los funcionarios liquidadores y a aquellos que tienen la potestad de practicar liquidaciones de revisión para establecer las sanciones fijando las oportunidades para ello que son cuando se practiquen las liquidaciones iniciales o de revisión y con ocasión del fallo de los recursos. Pero el inciso 3o. agrega una nueva facultad a los administradores de impuestos nacionales de imponer sanciones "mediante resolución motivada", cuando funcionarios de la División de Impuestos consideren que hay lugar para ello. Es decir, que de acuerdo con esto hay tres oportunidades para establecer sanciones: en el momento de practicar las liquidaciones de impuestos o de ejercer la facultad de revisión, con oportunidad del fallo de los recursos y, en forma independiente, cuando los funcionarios de la División de Impuestos consideren que hay lugar a ello mediante resolución motivada de los administradores de impuestos nacionales. Lo dispuesto en esta norma también estaba previsto en el artículo 3o. del decreto legislativo 341 de 1957. Sin embargo, si se estudian comparativamente los decretos extraordinarios 1651 de 1961 en sus artículos 130 a 134 y 1366 de 1967 en sus artículos 55 a 64, puede observarse que regulan íntegramente la materia relativa a los libros de contabilidad, a las sanciones en relación con las distintas omisiones o situaciones que puedan presentarse y en ninguno de ellos está previsto que los administradores de impuestos nacionales puedan establecer sanciones por resoluciones motivadas independientes de la oportunidad única que para ello establecen ambas disposiciones y la recalca igualmente el artículo 122 del decreto 154 en su inciso 1o., en consecuencia es lógico deducir que ya no tiene base alguna legal por estar insubsistente, la norma establecida por el inciso 2o. del artículo 3o. del decreto 341 de 1957 ni ninguna otra anterior a estas disposiciones que otorgue la misma facultad a los administradores de hacienda. No queda entonces duda que al otorgar el inciso 3o. del artículo 122 a los administradores de impuestos nacionales una facultad adicional para establecer sanciones mediante resoluciones motivadas, hubo extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria y por ello el cargo de nulidad

Págs.

contra esta disposición prospera.– (Sentencia de 12 de febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Alberto Martínez, en acción de nulidad de los incisos 3o. y 4o. y parágrafo del artículo 122 del decreto reglamentario 154 de 1968). 129

46. IMPUESTO A LAS VENTAS

Suspensión provisional del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971 sobre liquidación del impuesto a las ventas.– No se requiere ningún esfuerzo intelectual para encontrar que existe discrepancia manifiesta entre lo estatuído por el artículo 13, ordinal H, del Decreto Ley 435 y la norma acusada que intentó reglamentarlo, porque mientras el primero tiene como base para liquidar el impuesto sobre las ventas el precio estipulado libremente por los contratantes, sea cual fuere su monto, el reglamento pretende admitirlo solamente cuando no es inferior "al comercial en la fecha de la transacción", según reza su texto Esta restricción al principio establecido por la ley incluída en la norma acusada implica un claro desbordamiento de la potestad reglamentaria, que permite al Presidente de la República expedir las órdenes, decretos y resoluciones "para la cumplida ejecución de las leyes", pero sin alterar el sentido ni los alcances propios de ellas.– (Auto de Junio 26 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. –Sección Cuarta–. Consejero Sustanciador: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971). 299

47. IMPUGNACION O COADYUVANCIA

En acciones de plena jurisdicción. Demostración del interés directo.– La distancia que establece la ley entre el interviniente adhesivo en las acciones de nulidad y el de las otras acciones, no pueden eliminarla los jueces. Se trata de una fundamental diferencia que responde a los distintos intereses en juego: de una parte la juridicidad general por la cual puede interesarse "cualquier persona", y de otra, una controversia entre partes, que son por eso dueñas del proceso, y que por lo mismo tienen derecho a que cualquier intromisión en él con ánimo de terciar a uno u otro lado no pueda legitimarse sino mediante la demostración de un interés directo. Es esto lo que establece la ley procesal de lo contencioso administrativo. Lo "directo" de ese interés significa también que sea ostensible y cierto. No puede ser eventual, ni insinuado apenas a la apreciación del que juzga. Tales son las calidades que deben tener la relación jurídica del coadyuvante o impugnador con el acto controvertido, relación de la que resulta la posterior, proveniente de las resultas del juicio. (Auto de 21 de enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Alberto Vega Andrade. Juicio Ordinario. Incora). 205

48. INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Para conocer de la demanda de nulidad del acto del Gobierno Nacional de fecha 22 de noviembre de 1952, referente al Archipiélago de "Los Monjes". I)

Págs.

Derecho Internacional y Derecho Interno.– La diferencia esencial entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno es una diferencia de estructura que se debe a la desigualdad de concentración de las sociedades respectivas. La cohesión y solidaridad de los Estados es mucho menos densa y mucho menos estrecha que las que ligan a los individuos de un mismo Estado. El derecho Interno es un derecho de subordinación, en tanto que el Derecho Internacional es un derecho de coordinación. De esta diferencia esencial surgen los siguientes corolarios: a) Las reglas de Derecho Interno son dictadas por vía de autoridad, se imponen jurídicamente a los particulares, mientras que, en el orden internacional, la única manera de creación de normas jurídicas es el acuerdo entre los Estados; b) El Derecho Interno es aplicado coactivamente por tribunales en cada país, en tanto que los tribunales competentes en Derecho Internacional Público son pocos y las partes no pueden ser obligadas a someterse a ellos; c) En Derecho Interno, la organización de las sanciones, en caso de violación de norma jurídica, es muy fuerte, en tanto que es muy débil, en Derecho Internacional, el cual, como dice Rousseau, "no conoce legislador ni policía". (Ver el No. 49 del Indice).... 169

49. INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Para conocer de la demanda de nulidad del acto del Gobierno Nacional de fecha 22 de noviembre de 1952, referente al Archipiélago de "Los Monjes" II) Los tratados. III) Naturaleza Jurídica de los Tratados.– En sentido amplio se llama Tratado a todo convenio celebrado entre miembros de la comunidad internacional. En sentido estricto, el tratado internacional se define por el procedimiento empleado, es decir por su forma y no por su contenido. Se reserva, entonces, el nombre de tratado a los convenios internacionales celebrados con la intervención formal del órgano investido de la competencia para celebrar tratados, generalmente el Jefe del Estado. Los tratados así entendidos se caracterizan por dos rasgos: a) Celebración mediata, con tres etapas a saber la negociación, la firma y la ratificación; b) Unidad de instrumento jurídico. En derecho internacional público también existen acuerdos con forma simplificadas, en los cuales, generalmente, solo intervienen los Ministros de Relaciones Exteriores. Esos Acuerdos con formas simplificadas tienen el mismo valor que los tratados y se caracterizan por los siguientes rasgos; a) Celebración inmediata, en la cual solo hay negociación y firma; b) En ellos, frecuentemente, hay pluralidad de instrumentos jurídicos, como cambio de notas, cambio de cartas, declaraciones etc. Los tratados internacionales lo mismo que los convenios internacionales simplificados son actos jurídicos complejos, de naturaleza internacional, que se perfeccionan por el cumplimiento de requisitos también complejos. Por su forma y contenido, ellos se diferencian esencialmente del derecho público interno en cada país. En el caso sub judice, la nota colombiana de 22 de noviembre de 1952 forma con la nota venezolana de la misma fecha un acto jurídico complejo e indivisible de carácter internacional, que se sustrae del conocimiento de las jurisdicciones del país. No es admisible el recurso contencioso administrativo contra los actos referentes a las relaciones del Gobierno colombiano con un país extranjero. Juez del derecho interno

Págs.

colombiano, el Juez administrativo no es competente para conocer de las relaciones internacionales, que son relaciones que corresponden al derecho internacional. El límite de la competencia administrativa coincide exactamente con el límite del derecho interno colombiano; los litigios de derecho internacional solamente pueden ventilarse ante las jurisdicciones internacionales (Sic, Odent, Cours de contentieux administratif, París 1950). a) Y ésto es así, porque el tratado no es la obra de una autoridad administrativa colombiana, sino la obra común de las autoridades competentes de los dos Estados signatarios. El tratado no es, como el reglamento administrativo o la ley, obra unilateral del Gobierno o del Parlamento, sino que es obra común de dos o más Gobiernos. b) El Anterior principio ha sido entendido tan rigurosamente que las jurisdicciones internas ni siquiera interpretan libremente los tratados internacionales, porque se correría el peligro de tener dos interpretaciones diferentes, o sea la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la de la Rama Jurisdiccional, lo cual haría nugatorio el tratado mismo, con grave perjuicio para el prestigio del país correspondiente. c) La incompetencia de la Jurisdicción Administrativa para conocer de ciertos actos y de sus consecuencias se explica normalmente por la existencia de una función gubernamental distinta de la función administrativa, de tal suerte que los actos ejecutados en ejercicio de aquélla no son actos administrativos. (Sic. Chapus citado por Waline Droit Administratif, pág. 225). En perfecta concordancia con esta doctrina está el art. 120 de la Constitución Nacional, cuando, al determinar las funciones del Presidente de la República, considera que unas le corresponden como Jefe de Estado y otras, como Suprema Autoridad Administrativa. Dentro de las primeras está evidentemente, la función relativa a la dirección de las relaciones internacionales (numeral 20, art. 120 de la Constitución Nal.) d) Sinembargo, aunque el tratado internacional esté fuera de la competencia de esta jurisdicción, por su naturaleza internacional, eso no significa que no pueda ser, a veces, fuente de Derecho Administrativo. En otras palabras, una cuestión que afecta a las relaciones exteriores es una cuestión política, que está más allá de la esfera de la competencia judicial.– (Auto de Marzo 30 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sala Unitaria, Consejero Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, Actor: Dr. Alfonso Romero Aguirre. Acción de nulidad contra el acto del Gno. Nal. de 22 de noviembre de 1952, referente al Archipiélago de "Los Monjes"). 169

50. INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL

Naturaleza Jurídica.– Condición general de sus servidores: Gerentes, Subgerentes y demás empleados.– El IFI es, por definición legal, una sociedad de economía mixta, en virtud de la declaración del Artículo 1o. del Decreto 166 de 1969. Pero, atendiendo lo previsto en el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968 y a la información de la consulta sobre la composición de su capital, en el cual la Nación tiene un 99.7o/o, su régimen es el de una empresa comercial e industrial del Estado.– Con base en lo anterior, la condicion general de sus servidores es la de los trabajadores oficiales, exceptuando la de quienes desarrollan actividades de dirección o confianza

Págs.

que los estatutos hayan dispuesto sean atendidas por personas investidas con el carácter de empleados públicos.– Los estatutos del IFI no desarrollaron el mandato del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, de determinar expresamente cuáles de sus actividades de naturaleza directiva o de confianza deben ser ejercitadas por empleados públicos, aunque admiten la exitencia de este grupo de servidores, ya que se refieren a la potestad del Gerente para nombrarlos y removerlos libremente, actuaciones típicas de la relación de esta clase de personas con la administración.– De la norma expresa en que se califica al Gerente como empleado público de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, no se puede deducir que todos los restantes servidores del Instituto tengan la calidad de trabajadores oficiales, puesto que tal calificación no tiene origen en los estatutos sino en la constitución, segunda parte del ordinal 5o. Artículo 120, y porque, como se dijo antes, los propios estatutos preven otros empleados públicos.– A pesar de que no exista igual calificación para los subgerentes si, como se vió, son de nombramiento y remoción del Gerente, con aprobación de la Junta, y su actividad es la de co–dirigir el Instituto y reemplazar a aquél, es claro que, tanto por la forma de su vinculación, como por la naturaleza de sus funciones, tienen la misma calidad del Gerente. Esto es más evidente, al observar que el Artículo 24, numeral 2o. del Decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas, dice que en las empresas industriales y comerciales del Estado, como en los establecimientos públicos, "las unidades de nivel directivo se denominarán Subgerencias, Subdirecciones, Vicepresidencias o Secretarías". Y, es claro que, por estas consideraciones, no se les podría clasificar como simples trabajadores oficiales.– Para los demás servidores, es necesario que el Instituto adicione los estatutos haciendo las previsiones del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.– (Concepto de mayo 26 de 1971.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica.– Consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico y autorizada su publicación por Oficio No. 1770 de junio 21 de 1971 del referido ministerio)..... 57

51. **INSTRUCCION PUBLICA.**

Competencias de origen constitucional del Congreso y del Presidente de la República.– En materia de educación pública el art. 41 y el ord. 12 del art. 120 de la Carta Política han dado lugar a dos interpretaciones contrarias en cuanto a las competencias del Presidente de la República y del Congreso Nacional para legislar en materias educativas.– Todo estatuto constitucional es primordialmente expresión de una tendencia filosófica y de un criterio político que define las relaciones del poder público con los gobernados.– El ord. 12 del art. 120, es texto original de la Constitución de 1886 y debe entenderse en concordancia con el art. 41 del mismo estatuto. El constituyente de ese año se inspiró en el concepto de la escuela dirigida por determinadas creencias filosóficas y religiosas al preceptuar que "la educación pública será organizada y dirigada en concordancia con la religión católica". Definida políticamente, en la propia carta, la educación pública, oficial o particular, como actividad "dirigida" a determinados fines que se

Págs.

consideraban de interés social, era natural consecuencia dar al Presidente, como suprema autoridad administrativa, la facultad de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la educación pública" principalmente para que se ajustara al precepto confesional del art. 41, que entonces fue en estas materias, preocupación manifiesta del constituyente. En la reforma de 1936 se incorporó a la Carta una nueva orientación filosófica y política en materia de educación pública y su texto encierra un principio básico en el sistema constitucional, de aquellos que como los demás que señalen las libertades públicas y los mecanismos de su protección se proyectan sobre la carta política en su integridad, y, forzosamente, modificó el ordinal 12 del art. 120 en su contenido y alcance. Resulta imposible admitir que al cambiar radicalmente la orientación doctrinaria, al pasar de la escuela dirigida a la escuela libre, permanezcan incólumes los instrumentos jurídicos creados para administrar el sistema que se elimina. No puede admitirse, por ejemplo, tomando el texto en su sentido literal, que el Presidente pueda tener con posterioridad a la reforma de 1936 facultad alguna para "dirigir" la enseñanza oficial o privada en su contenido conceptual; tampoco puede hablarse del poder reglamentario autónomo del Presidente, como atribución limitante de la del Congreso. El art. 41 hizo titular de la intervención en materias educacionales al estado y dentro del estado la función legislativa la tiene en primer lugar el Congreso. El estado interviene para limitar una libertad y la limitación de las libertades es por esencia en los conceptos democráticos de gobierno, función de la ley en sentido formal, es decir del Congreso. En su función normativa el legislador puede ir, respetando el principio de la libertad de enseñanza, hasta donde lo considere necesario y conveniente y lo permita la naturaleza misma de la actividad reglamentada. El Congreso encontrará un límite a su intervención, pero no jurídico, sino en la naturaleza misma de la función legislativa y en su capacidad reglamentaria frente a actividades que exigen definiciones técnicas sometidas a procesos contínuos de rectificación y perfeccionamiento. La competencia administrativa del Presidente para "reglamentar", con autonomía la instrucción pública nacional que subsiste en el ord. 12 del art. 120 de la Carta, no es, después de 1936, limitante sino complementaria y adicional a la del Congreso. La capacidad normativa autónoma que le corresponde comianza donde termina la ley, no puede ejercerse en lo ya reglamentado por la ley y, en todo caso, está limitada por ciertas competencias que son propias y exclusivas del legislador.– (Salvedades del Consejero: Dr. Alberto Hernández Mora, al concepto de mayo 4 de 1971 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en que fué ponente el Consejero: Dr. Luis Carlos Sáchica. Consulta del Ministro de Educación Nacional sobre las competencias del Congreso y del Presidente de la República para reglamentar la educación nacional.– (Publicación autorizada por Oficio de mayo 6 de 1971). 38

+ **52. INSTRUCCION PUBLICA**

Competencias de origen constitucional del Gobierno.– Al Gobierno competen dos facultades en este campo: una de carácter normativo, y otra de naturaleza administrativa.– La función normativa radica en la potestad para reglamentar la instrucción pública, expidiendo normas generales sobre esta

Págs.

materia, cuyo contenido no puede ser otro que el de la adopción de las reglas a que deben ceñirse los servicios oficiales y privados de enseñanza para obtener la mejor formación técnica, académica, científica, profesional, ética, física y cultural de los estudiantes, ya que esa reglamentación tiene por fin hacer un desarrollo del precepto constitucional y, por tanto, de los medios eficaces para obtener los objetivos señalados a la instrucción en el artículo 41.– Además, el Gobierno tiene facultades para dirigir la instrucción pública, lo que equivale a conducir ese servicio a los objetivos antes enumerados y según los fines sociales aludidos en el artículo 41, y las facultades complementarias de vigilar e inspeccionar la instrucción, funciones que le permiten verificar el cumplimiento de los reglamentos, actuaciones todas de naturaleza administrativa.– (Concepto de mayo 4 de 1971.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica.– Salvedades del Consejero: Dr. Alberto Hernández Mora.– Consulta del Ministro de Educación Nacional, sobre las competencias del Congreso y del Presidente de la República para reglamentar la Educación Nacional.– Publicación autorizada por Oficio de mayo 6 de 1971)..... 38

53 **INSTRUCCION PUBLICA**

Competencias de origen constitucional del Congreso.– Al Congreso le corresponde, en general, la creación de los servicios docentes oficiales, directos o descentralizados, es decir, de aquellos cuya prestación deba o quiera asumir la Nación, así como autorizar el traspaso de los que deben quedar a cargo de ésta, fundándose en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 79 y el ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución, facultad que comprende la de organización de los instrumentos que deben atender los servicios creados o traspasados, así como la asignación de sus objetivos, de acuerdo con el artículo 41 del mismo estatuto Esta competencia legislativa es aún más precisa, cuando los servicios educativos oficiales deban ser atentidos por organismos de los previstos en el ordinal 10o. del artículo 76, casos en los cuales es la ley la que debe no sólo crearlos sino darles sus estatutos básicos, vale decir, determinar sus órganos de gobierno, las funciones globales de la entidad y de sus órganos, los medios y procedimientos de operación. El Congreso puede además, a su criterio, dictar las medidas de promoción y fomento de la instrucción oficial y privada, empleando las atribuciones del ordinal 20 del artículo 76 citado, dentro de sus precisos límites.– También corresponde al Congreso señalar por ley, según el artículo 41, en qué grado es obligatoria la enseñanza.– Asimismo, cabe la posibilidad de que el Congreso reglamente la manera como el Gobierno deberá ejercer sus facultades de inspección y vigilancia de la instrucción, por tratarse de funciones administrativas cuyo desarrollo ha de corresponder con la ley, en orden a salvaguardiar la libertad de enseñanza, los fines sociales de la cultura y los objetivos señalados a la docencia en el art. 41, en la misma forma en que han sido reguladas legislativamente las facultades de inspección y vigilancia del Presidente a que se refieren los ordinales 15 y 19 del mismo artículo 120, sobre establecimientos de crédito, sociedades mercantiles e instituciones de utilidad común.– Debe, igualmente, tenerse en consideración que, como el

Págs.

artículo 76, ordinal 10o., otorga al Congreso potestad, para "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales", puede legislar sobre tales aspectos en lo tocante al servicio de instrucción, aspectos que son obviamente de índole administrativa y no normativa.– La composición de los órganos directivos de las universidades oficiales del orden nacional es materia de su ley orgánica, según lo dicho anteriormente, pues es asunto perteneciente al acto de su creación o a sus estatutos, cuestiones que competen al Congreso; en cuanto a las seccionales, según los ordinales 1o., 5o., y 6o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, deben ceñirse a lo que en esta materia disponga la ley.– (Concepto de mayo 4 de 1971.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica.– Salvedades del Consejero: Dr. Alberto Hernández Mora.– Consulta del Ministro de Educación Nacional, sobre las competencias del Congreso y del Presidente de la República para reglamentar la Educación Nacional.– Publicación autorizada por Oficio de mayo 6 de 1971)..... 38

54. **INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA**

Fijación y libre competencia de precios. Desviación de poder.– Acorde o no con la noción que cada cual tenga sobre lo que es el bien común o el interés público o el interés social, y, aunque no sujeta al marco de un plan general de desarrollo, la intervención del Estado en cuanto a la fijación de precios ha sido más o menos constante desde 1943 pero nunca estas competencias han sido discrecionales porque los preceptos pertinentes han definido siempre ciertas metas que implican una concepción o filosofía acerca de los fines que deben alcanzarse. Tales límites y aquellos propósitos se han conservado más o menos invariables desde cuando se expidió la Ley 7a. de 1943. Dos notas se destacan en este mandato legal. (arts. 1o. y 2o.): 1a. Que el Estado, por intermedio de la agencia correspondiente, puede fijar precios máximos para proteger al consumidor de indebidas especulaciones en relación con artículos de primera necesidad; 2a. Que puede acordar precios mínimos para los distintos mercados existentes en el país con el mismo propósito, o sea el de evitar que por depresión disminuya la producción de tales artículos esenciales y se creen factores de perturbación en el mercado que harían imposible la aplicación de las reglas sobre precios máximos. En desarrollo de esta intención al través de los años varias agencias del Estado han propiciado o estimulado la producción de artículos indispensables por el mecanismo elemental de ofrecer precios mínimos llamados de sustentación que eviten el desaliento del productor por falta de halago económico y también se ha utilizado el instrumento de las exenciones tributarias u otros análogos tanto para inducir al aumento de la producción como al mejoramiento de la productividad. Es históricamente demostrable que en nuestro país ha sido posible la coexistencia de ciertas zonas de la actividad económica mantenidas dentro de los estrictos principios de la libertad de empresa y por consiguiente de mercados y de competencia comercial, con otras zonas severamente intervenidas por el Estado bien de modo directo bien por el mecanismo de los estímulos o por la apropiación de los medios de producción, incluídos los

Págs.

servicios esenciales. Aún en el caso de ofrecimiento de precios mínimos de sustentación el Estado no ha pretendido que algún productor ofrezca en el mercado libre su producto por debajo de tales precios porque los de sustentación son coadyuvantes de la economía general para impedir la escasez y facilitar la vigencia y el control de los precios máximos para el consumidor. El tabaco puede ser de ordinario uso entre las clases populares y en efecto lo ha sido según lo revelan las estadísticas oficiales y los impuestos que de su consumo se derivan, pero resultaría excesivo que esta circunstancia coloque al tabaco, en cualquiera de sus formas como un bien de primera necesidad. Al contrario, las últimas comprobaciones científicas han demostrado que es dañoso para la salud y que el interés público o el bien común estarían implicados más en la disminución que en el aumento de su consumo. Esta convicción científica obtenida experimentalmente ha llevado a algunos países a acordar legislaciones por medio de las cuales se obliga a los productores y distribuidores del tabaco a advertir a sus posibles consumidores los daños que pueden sobrevenirles por su utilización y, ultimamente en los Estados Unidos de América del Norte la ley prohibió toda publicidad que induzca al empleo del tabaco. Si fuera necesario penetrar en la noción de interés público parecería cierto que aunque en Colombia no se hayan adoptado todavía medidas tan recomendables, el consenso general admite que la intervención del Estado es un poco extraña en cuanto esté encaminada a facilitar o proteger los vicios y que esta es una de aquellas zonas de la economía nacional que deben mantenerse dentro del campo de la libre competencia sin que para ello importe que el Estado derive ingresos de estos consumos poco recomendables. Si la observación anterior tiene fundamento la fijación de precios máximos y el ofrecimiento de precios de sustentación resultaría repugnante con el interés público. Así, en el ámbito de la libre competencia los precios han de ser el resultado de la habilidad del productor en cuanto hace a los mecanismos empleados para la mejor productividad y si el Estado ha de intervenir no sería para oponerse a tales medios de productividad sino para proteger la salud. A la luz del punto de vista expuesto hay desviación de poder cuando la Superintendencia Nacional de Precios a cuyo cuidado no se ha encomendado la protección de la salud sino de la economía de los bienes de primera necesidad, utiliza las facultades legales de que dispone para interferir en el campo de la libre competencia y evitar que los esfuerzos para mejorar la productividad influyan en el mercado. Elevar los precios puede dificultar el consumo y eso podría aceptarse como un propósito coincidente con el interés público cuando se trata del tabaco, del alcohol, de la morfina o de la prostitución por ejemplo, pero la disminución de tales consumos o su eventual prohibición no compete a la Superintendencia de Precios sino a otras agencias del Estado y requiere de autorización legal expresa. Tampoco compete a esta agencia utilizar medios directos o indirectos para mejorar los ingresos del fisco provenientes de los impuestos por el consumo. Segundo.— La intervención del Estado en la economía es posible en Colombia desde antes de la reforma de 1936, en realidad desde la Constitución de 1886. Tercero.— No es equiparable el derecho sobre la propiedad privada con el ejercicio de la libertad. El gran problema contemporáneo consiste,

Págs.

precisamente, en hallar los medios jurídicos y prácticos para que las necesarias limitaciones que el Estado impone al derecho de propiedad sean posibles sin menoscabo del ejercicio de la libertad. La experiencia mundial de nuestro tiempo enseña que sí hay soluciones para esta compatibilidad que reclama, desde luego, la incolumidad del imperio de la ley. Así lo reconoció muy explícitamente la sentencia de esta misma Sala pronunciada el 29 de Octubre de 1970 en el juicio promovido por Norgás S.A. Cuarto.– Los reglamentos necesarios para evitar la evasión fiscal o para promover la correcta liquidación y recaudación de los tributos no son de competencia de la Superintendencia de Precios, ni el mecanismo de intervención económica en el ámbito que le es propio según ordenamiento legal, puede utilizarse para defensa del fisco o de la salud pública sin incurrir en desviación de poder. Que las Resoluciones Acusadas no nulas porque defendieron con equidad los recaudos del impuesto sobre el consumo de tabaco es, en mi opinión, la tacha sobresaliente de que puede sindicarse al fallo de que estoy disintiendo y la razón casi única de tal disentimiento. Quinto.– Por tanto creo que las Resoluciones acusadas merecerían la declaratoria de nulidad por desviación de poder, es decir, por ejercer una competencia para fines distintos de los señalados por el legislador. Empero, aunque se hubiera decretado esta nulidad, el demandante no probó, ni indirectamente perjuicio económico alguno. (Salvamento de Voto del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro a la Sentencia de marzo 25 de 1971 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta de que fue Ponente el Dr. Gustavo Salazar T. Actor: Productora Tabacalera de Colombia S.A. Nulidad de las Resoluciones Nos. 4 y 15 de 1968 De la Superintendencia Nacional de Precios) 254

† 55. **INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA**

Prioridad del interés general o público sobre el individual o privado.– La simple circunstancia de pertenecer a una comunidad organizada restringe los derechos de alcance indefinido que teóricamente tendría quien viviera en el aislamiento e impone también el principio de que las conveniencias o necesidades colectivas deben prevalecer sobre el interés individual o particular. Esta prioridad del interés general o público sobre el individual o privado se acentúa más en las naciones de incipiente economía, donde los escasos recursos de capital y de técnica no son suficientes ni siquiera para que esas naciones sean autárquicas en lo que atañe a la satisfacción de las necesidades primarias de sus habitantes, como la alimentación, la vivienda, el vestir decoroso, la salud y la instrucción fundamental. Todo ello exige aprovechar al máximo los limitados recursos disponibles, sea de la riqueza interna o de las reservas de moneda extranjera utilizable para abastecerse en el exterior de lo que no se produce o no se posee en el país. De allí surge el deber, y no simplemente el derecho, que tiene el Estado de intervenir en la vida económica para racionalizar la producción, distribución y empleo de la riqueza nacional mediante el ejercicio de controles sobre la actividad privada, el desarrollo de planes de fomento, el manejo exclusivo o cuando menos preferencial de las disponibilidades en moneda extranjera para evitar gastos superfluos o de escasa utilidad general y otros sistemas semejantes, cuyo

Págs.

empleo corresponde al ente colectivo estatal como personero del interés común y gestor en nombre de todos los habitantes de las empresas o iniciativas encaminadas a lograr en el presente y en el futuro un próspero desarrollo económico del país.– (Ver el No. 20 del índice). 222

Comercio Internacional. Aplicación en este campo de los principios de Intervención del Estado en la economía.

J

56. **JURISDICCION COACTIVA**

Competencia para conocer del incidente de excepciones y tercerías. Aplicación de la ley procesal.– (Ver el No. 32 del índice). 427

M

57. **MINAS**

Pertenecen a la Nación todas las minas de cualquier clase que sean, que se encuentren en el territorio nacional que no se hallen en los casos exceptivos consagrados en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 en armonía con el artículo 3o. del Decreto 1265 de 1970, situadas en terrenos baldíos o de propiedad privada aun cuando éstos hayan salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Evidentemente en el fallo de enero 28 de 1971 a que se refiere el señor Agente del Ministerio Público, se hizo un estudio de la ley 20 de 1969 y su incidencia respecto de la propiedad del subsuelo petrolífero, y ciertamente lo que allí se dijo es aplicable en gran parte al caso de autos, sólo que como aquí se trata no de yacimientos petrolíferos sino de depósitos mineros de otra naturaleza, es necesario, analizar la situación jurídica de tales depósitos en relación con la misma ley 20 de 1969. Realmente no existe hoy día ninguna disposición de carácter legal ni constitucional que expresamente diga que ciertas minas pertenecen al dueño del terreno cuando este hubiere salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, como *sí* la había respecto del petróleo, inciso 2o. del artículo 5o. del Código de petróleos, disposición que fué derogada por la ley 20 de 1969, como se dijo en aquélla sentencia. –La legislación minera en lo que a este estudio se refiere, puede reducirse a lo siguiente, ley 127 de 1867, Código de Minas del antiguo Estado Soberano de Antioquia, adoptado posteriormente para toda la Nación por la ley 38 de 1887, con las modificaciones, adiciones y reformas introducidas por esta misma ley y leyes posteriores; la ley 38 de 1887, la ley 106 de 1873, Código Fiscal; Constitución Nacional artículo 202; la ley 110 de 1912, Código Fiscal y por último la ley 20 de 1969. Según el artículo 1o. de la ley 20 de 1969, "todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", y agrega, "esta excepción a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas

Págs.

subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".– De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto 1275 de 1970, reglamentario de la ley 20 de 1969", se entiende que únicamente reunen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha (22 de diciembre de 1969) por un título específico de adjudicación minera, por una redención a perpetuidad o por una sentencia definitiva, siempre que estos actos, de acuerdo con la legislación de la época, impliquen el otorgamiento, el reconocimiento, o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de las minas de que se trate" Y el artículo 4o. del mismo Decreto agrega que "se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o de varios minerales que ofrezcan perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares". –Según el art. 5o. del referido estatuto "las disposiciones precedentes se aplican a las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre las minas y el subsuelo y que el 22 de diciembre de 1969 no hayan sido objeto de resolución o sentencia definitiva".– (Sentencia de mayo 11 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saiz. Actor: Estrella Marina Padrón de Laage y otro. Juicio Ordinario de minas). 105

58. **MONEDAS EXTRANJERAS**

Su administración constituye un monopolio del Estado que debe ceñirse a las reglas que la Ley ha establecido, interpretándolas y aplicándolas restrictivamente.– Sobrefacturación.– Es cierto que la administración de monedas extranjeras constituye un monopolio del Estado pero es igualmente cierto que tal monopolio no puede administrarse a discreción sino según las reglas que la ley ha establecido las que, deben interpretarse y aplicarse restrictivamente. Admito que la autorización del llamado registro de importación no supone el nacimiento de una situación jurídica subjetiva individual que deba respetarse o que de ser contrariada deba originar indemnización, pero no se compadece con las prácticas universales del comercio el que se autorice la importación de materias primas o de otros bienes a unos precios que deberán ser computados para determinar los costos finales del producto y con posterioridad se decida, sin previa demostración de fraude, que tales precios son inadmisibles porque al proceder así y limitar el reembolso, se causa perjuicio al comerciante o al industrial y se entraba de manera innecesaria tanto el comercio como la producción industrial. Pero no solo de modo innecesario sino en muchas ocasiones con grave perjuicio para el consumidor colombiano porque ello puede inducir a los industriales, dada la incertidumbre que resultará de la interpretación que se da en la sentencia, a prescindir de la fabricación de ciertos bienes que pueden ser esenciales como es el caso de las drogas, lo que implicaría privar al pueblo colombiano del consumo de las que le son indispensables para el mantenimiento de su salud, o causar mayor perjuicio a la balanza de pagos por la necesidad de importar, ya terminados, los productos que antes de este fallo podían fabricarse en Colombia.– No desconozco el peligro de que cuando el bien importado está protegido por una marca o por una patente y es por tanto producido por una

Págs.

sola persona, pueda el importador fabricante domiciliado en Colombia aprovecharse de tal circunstancia para exportar indebidamente utilidades que de otro modo habrían de ser demostradas como el resultado neto de la operación industrial. Ese peligro sin embargo, está prevenido por las disposiciones del Decreto 444 porque quien así proceda puede ser sujeto de sanción evidentemente más onerosa que la utilidad que pueda resultar de la sobrefacturación.— Como lo recuerda la sentencia de la Corte, el Estado cuenta con muchos otros instrumentos para evitar la sobrefacturación y entre ellos los preceptos del Decreto 3168 de 1964 sobre Arancel de Aduanas.— (Ver el No. 15 del Indice). 239

Cambios Internacionales y Comercio Exterior. Salvedad de Voto del Consejero: Dr. Miguel Lleras Pizarro.

P

59. **PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ**

Su reajuste de acuerdo con las leyes 4a. de 1966 y 5a. de 1969.— No solo por la claridad del texto del artículo 2o. de la ley 5a. de 1969 sino también por los antecedentes de la ley 4a. de 1966 y especialmente por la finalidad que el legislador persiguió al disponer en su artículo 5o. el reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez, considerando la devaluación de la moneda y las demás circunstancias que han determinado la carestía de la vida, esos reajustes deben hacerse computando la totalidad de lo percibido por el empleado o trabajador en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966, sea por concepto de remuneraciones permanentes o fijas como sueldos y primas, como por aquellos que sean ocasionales, accidentales o personales que dependan de la actividad o calidades del empleado o trabajador en el lapso expresado, como las sobre–remuneraciones por trabajos extraordinarios, dominicales o feriados, horas extras, etc. De tal manera que es como si el pensionado con anterioridad a la ley 4a. de 1966, lo fuera dentro de la vigencia de ésta con la sola diferencia que los elementos que servirían de base para cuantificar su prestación serían no los personales del pensionado cuando le fue decretado su derecho, sino los que se tuvieran en cuenta para cuantificar la pensión de quien haya desempeñado el cargo o realizado la misma labor en el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. Si pues, existe el cargo que sirvió de base para la pensión, el reajuste debe hacerse computando todo lo percibido por el empleado o trabajador respectivo durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966. Si no existiere por haber sido suprimido, ni tampoco hubiere con otra denominación otro cargo similar o con las mismas funciones, corresponde al Departamento Nacional del Servicio Civil de conformidad con el parágrafo del artículo 5o. de la ley 4a., fijar el cargo o la categoría que debe servir de base para el reajuste; y en este caso también deberá computarse todo cuanto el empleado o trabajador señalado por dicha entidad haya recibido en el citado año anterior al 23 de abril de 1966.— (Concepto de 21 de enero de 1971, sobre reajuste de pensiones de acuerdo con las leyes 4a. de 1966 y 5a. de 1969. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. José María Marmolejo)..... 17

Págs.

Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 805 de 22 de febrero de 1971, por el Sr. Ministro de Obras Públicas.

60. PENSION DE JUBILACION E INVALIDEZ

Trabajadores de los Ferrocarriles Nacionales. Liquidación del reajuste ordenado por las leyes 4a. de 1966 y 5a. de 1969.– En este caso específico la liquidación del reajuste deberá hacerse de la siguiente manera: sumar todos los valores (sueldos, primas, pagos por horas extras, remuneraciones extraordinarias, bonificaciones etc.) percibidos durante el año inmediatamente anterior al 23 de abril de 1966 por todas las personas que hubieren laborado en forma continua durante todo el año mencionado en las mismas actividades o funciones, dividir el resultado por ese mismo número de personas que trabajaron en forma continua durante todo el citado año, y luego dividir por doce (12) para obtener el promedio mensual, y el setenta y cinco por ciento (75o/o) de este promedio será el valor de la pensión reajustada.– (Véase el No. 58 del índice)..... 17

61. POSESION MINERA

Especies de posesión. Responsabilidad del Estado por el cierre intempestivo de una mina.– El artículo 290 del Código de Minas establece cuatro especies de posesión a saber: regular, violenta, clandestina y ordinaria. La posesión, ya sea regular u ordinaria, es un hecho del cual provienen derechos, y de ahí que, tanto en derecho civil como en derecho minero, existen los interdictos posesionarios en virtud de cuyo ejercicio se puede pretender el mantenimiento de la posesión o la recuperación de élla. La perturbación y el despojo de la posesión dan lugar a indemnizaciones de perjuicios, y por eso que así como en el artículo 442 del Código de Minas se establece que "la demanda para la indemnización de daños causados por la perturbación o despojo de la posesión, se intentará y seguirá ante el juez competente según su cuantía y por los trámites de un juicio ordinario", en el artículo 2342 del Código Civil se dispone que puede pedir indemnización no sólo el que es dueño de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, sino también el poseedor, el usufructuario, el habitador y el usuario. El cierre de una mina, mediante una vía de hecho, perturba la posesión y vulnera derechos que afectan el patrimonio.– (Sentencia de 12 de febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Arcadio Muñoz Zúñiga. Indemnizaciones)..... 349

62. PRECIOS EN EL MERCADO INTERNACIONAL

Efectos inmediatos producidos por los actos del Instituto de Comercio Exterior relativos a la averiguación de tales precios.– Dos efectos inmediatos se producen por los actos del Instituto de Comercio Exterior relativos a la averiguación de los precios en el mercado internacional, desde el punto de vista acogido por la sentencia. Ellos son: a) La limitación del reembolso y b) La investigación de carácter penal que adelante la Superintendencia de Control de Cambios y la eventual sanción. Si en la etapa final, la que compete a la Superintendencia de Control de Cambios, se establece que los valores declarados en el registro coincidían, dada la calidad del producto y la fecha de

Págs.

la adquisición, con los normales en el mercado internacional la consecuencia, como lo reconoce la misma sentencia, será la de obtener el reembolso adicional y demandar al Estado por los perjuicios ocasionados. Las consecuencias de esta interpretación tienen fundamento legal como el expuesto tan brillantemente en la sentencia de que disiento pero no son compatibles con el desarrollo normalmente fluído que tanto el comercio como la industria requieren con urgencia en cualquier país y con mayor razón en el nuestro que hace tan notables esfuerzos para superar su condición de su subdesarrollo. La ley no solo debería interpretarse según su tenor literal sino conforme con las circunstancias contemporáneas en las relaciones sociales en donde haya de aplicarse para evitar los obstáculos traumatizantes que sean evitables sin que con ello se auspicie el fraude. En mi opinión, aunque los delitos sean más frecuentes de lo tolerable, debe partirse del principio de que el común de la gente, es decir la mayoría, no está en permanente trance delictual sino al contrario procura ajustar su conducta a las reglas del derecho. Si eso puedo y debe predicarse con carácter universal, la experiencia enseña que los industriales y comerciantes, con las excepciones inevitables y obvias, tienen organizada su actividad conforme al derecho y les repugna su violación. Quizás no sea superfluo repetir que los daños provenientes de las severas penas previstas en la ley para quien proponga facturaciones excesivas suponen daño económico varias veces superior a las ventajas que pudieran derivarse del fraude. La reducción del valor del giro no tiene ninguna de las características que distinguen la pena. Simplemente es acto, en mi opinión arbitrario, que puede originar la obligación de indemnizar el perjuicio, como cualquiera otro acto o hecho de la administración pública que se produzca por fuera de las competencias legales.– (Ver el No. 15 del índice)..... 239

Cambios Internacionales y Comercio Exterior. Salvedad de Voto del Consejero: Dr. Miguel Lleras Pizarro.

63. PRESUPUESTO DE LAS ENTIDADES PUBLICAS

Naturaleza y Contenido.– La elaboración del presupuesto implica un cálculo o estimativo de los ingresos para acomodar el monto de los gastos e inversiones a las cifras que resulten de ese cálculo. El presupuesto de una entidad pública no es un acto creador de situaciones jurídicas generales o particulares sino que por su naturaleza propia es un esquema de los programas y proyectos que intentará realizar la entidad respectiva en un determinado ejercicio fiscal y la expresión en cifras de su probable estado financiero.– Su vigencia transitoria, circunscrita a un ejercicio anual determinado, impide que en él se incluyan preceptos que hayan de regir por plazo indefnido, como el creador de un impuesto, por ejemplo, y su calidad de mero esquema de unos programas que se proyecta realizar dentro de un plazo futuro y predeterminado, hace impropio que en el presupuesto se contengan actos que determinen en concreto la situación jurídica de una o varias personas respecto a la entidad pública de que se trate, como la liquidación de aquel impuesto a las dichas personas. El presupuesto es un estimativo de ingresos, pero no el medio directo e inmediato para recaudarlos de los presuntos deudores. (Sentencia de 29 de

Págs.

abril de 1971. –Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Cuarta–. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Osvaldo Rengifo. Acción de nulidad contra el Capítulo III del Acuerdo Número 1 de 1968 del Concejo Municipal de Paipa) 343

64. PRIMA DE ANTIGUEDAD

Procedimiento para su liquidación. Decreto 2285/68.– El Decreto Legislativo Número 2285 de 1968, fijó el régimen de clasificación y remuneración de los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, disponiendo en su artículo 1o. que tales empleos se clasificarían "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", y que "las clases que así se formen serían agrupadas en series". –En uso de las facultades conferidas en la ley 65 de 1967 y en desarrollo del artículo 3o. del Decreto 2285 antes citado, se estableció por el Decreto Legislativo 3191 de 1968 la nomenclatura para las series, clases, categorías y sueldos de ingresos de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, agrupándose las series "en clases ordenadas en formas ascendente o identificadas por números romanos, correspondiendo el número (I) a la clase inicial, excepto en las series integradas por una sola clase", e indicándose en números arábigos "la categoría de la escala de remuneración establecida en el artículo 5o. del Decreto 2285 de 1968". –Y mediante el Decreto 3184 de la misma fecha (diciembre 27), se señaló la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad con indicación de los cargos por su número, clase y categoría, encargados de ejercer las funciones propias de las distintas dependencias, según la reorganización dada a dicho Departamento por el Decreto Legislativo 3169 (diciembre 26).– Mas, diciendo proceder "en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 21o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y dentro de las normas previstas en los Decretos Leyes números 2285 y 3191 de 1968", el señor Presidente de la República, con las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Publico y de los Jefes de los Departamentos Administrativos de Seguridad y del Servicio Civil, dictó con fecha 27 de noviembre el Decreto 2031 de 1969, "por el cual se modifica la clase y categoría de algunos empleados del Departamento Administrativo de Seguridad".– Si los empleos se clasifican "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", como lo ordena el artículo 1o. del Decreto 2285 de 1968, es indudable que el cargo de la Clase "Oficial de Seguridad" no puede ser el mismo que se denomina "Secretario Privado", que el que se llama "Inspector General de Seguridad" no es el de "Jefe de Oficina VI", que el de "Abogado Especializado" no es igual al de "Jefe de Oficina V", porque las funciones de los unos y de los otros tuvieron que ser diferentes para que se les agrupara, como lo hizo el Decreto Legislativo 3191 de 1968, en series y clases distintas.– La reclasificación de empleos se hace "cuando las necesidades del servicio exijan la variación sustancial y permanente de las funciones de un empleo", según el parágrafo del artículo segundo del Decreto Legislativo 2285 de 1968, lo que quiere decir que no hay lugar a reclasificar un empleo cuando no

Págs.

varían las funciones que se tuvieron en cuenta para asignarlo a una clase determinada. –Ahora bien, como la ley es la que fija "las escalas de remuneración", correspondiente a las distintas categorías de empleos", según el numeral 9o. del artículo 76 de la Constitución Nacional, y a ella se sujeta el ejercicio de la facultad que se confiere al Presidente de la República en el numeral 21 del artículo 120 de la misma Constitución, dictados los Decretos Legislativos 2285 y 3191 de 1968 en los cuales se fijó el régimen de clasificación de los empleos y las escalas de remuneración, dicha facultad presidencial quedó sujeta a esas normas legales.– En el caso del Decreto 2031 de 1969, a que se refiere la consulta no hay duda de que lo que se hizo fue un cambio de cargos con sueldos de ingreso diferentes y que, por consiguiente, le es aplicable el inciso final del artículo cuarto del Decreto 2285 mencionado, para el cómputo de la antiguedad en el servicio. La consulta reconoce que se hizo un cambio de denominación para mejorar los sueldos, pero "sin que tal hecho implique cambio o aumento de funciones o de responsabilidad". Mas, a esto debe observar la Sala que habiendo señalado el Decreto Legislativo 3191 de 1968 las series, clases, categorías y sueldos de ingreso de los empleos "con base en el análisis de sus funciones y en la determinación de las calidades exigibles para su desempeño", al hacerse el cambio de unos empleos por otros de diferentes clases y categorías, se ha pasado sencillamente a los empleados que los desempeñan, de unos cargos a otros con sueldos de ingreso diferentes, sometiéndolos para el reconocimiento de la prima de antiguedad a lo que dispone el inciso final del artículo cuarto del Decreto 2285 de 1968. (Concepto de Mayo 13 de 1971. –Sala de Consulta y Servicio Civil–. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina. –Consulta formula por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad y autorizada su publicación por Oficio No. 0.1570 de Julio 6 de 1971 del mencionado Departamento Administrativo). 52

65. PRIMA TECNICA

¿Puede el Presidente de la República señalar los cargos a los cuales deba corresponder Prima Técnica? .– De conformidad con el art. 120, ord. 21, de la Carta, corresponde al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa "crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del ministerio público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ord. 9o. del art. 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciables". Este precepto derogó en la reforma constitucional de 1968, el ord. 9o. del art. 76, que señalaba como función del Congreso la de "crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones". Al cambiar en 1968 el sistema y pasar al Ejecutivo la creación de empleos, el señalamiento de sus funciones especiales y la fijación de sus dotaciones y emolumentos, reservando al Legislador establecer la escala de remuneración y la nomenclatura de empleos que son normas generales que el Ejecutivo aplica en cada caso particular, el art. 8o. del

Págs.

Decreto 2285 de 1968 debe entenderse modificado en cuanto atribuía a la ley señalar los empleos a los que podía corresponder prima técnica por ser diferentes las atribuciones actuales del Presidente a aquellas de que gozaba antes de la reforma. Por tanto, dentro de su competencia para crear cargos y fijarles sus emolumentos, está comprendida la de determinar qué cargos pueden tener prima técnica, a partir de la escala de remuneración establecida por el Congreso, correspondiente a la estructura y categorías de empleos, sin sobrepasar las apropiaciones iniciales del respectivo servicio, y su otorgamiento se hará conforme lo disponen los incisos 2o. y 3o. del art. 7o. del Decreto 2285 de 1968. (Concepto de junio 16 de 1971 sobre la facultad del Presidente de la República de señalar los cargos a los cuales deba corresponder prima técnica. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Dr. Alberto Hernández Mora. Publicación autorizada con Oficio No. 178– S. R. de junio 21 del corriente año del Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil) 79

66. PROPIEDAD MINERA

Períodos en que puede dividirse la legislación. Primer período. La legislación que en materia de propiedad minera ha regido desde la Conquista hasta nuestros días, puede dividirse en tres períodos: 1o.– Desde la Conquista hasta la Confederación Granadina en 1858: 2o.– Desde la Confederación Granadina hasta la Constitución de 1886, y 3o.– De 1886 hasta la fecha. Durante el primer período rigió la legislación española en general, según la cual las minas eran de propiedad de la Corona o del Soberano y no del dueño del suelo, o sea que en todo este lapso rigió, con algunas excepciones, el principio de la división del suelo y el subsuelo. Consolidada la independencia y hasta 1858 continuó rigiendo esta legislación en virtud de diversas normas legales, como la Constitución de 1821, en cuanto no se opusiera a dicha Constitución o a las leyes que expidiera el Congreso. Entre las normas de carácter legal expedidas entonces es pertinente citar el Decreto dictado por el Libertador el 24 de octubre de 1829 denominado Reglamento sobre Minería, cuyo artículo 1o. decía: "las minas de cualquier clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto", con lo cual se reiteró la nacionalización del subsuelo minero. En síntesis, la jurisprudencia en cuanto a este lapso ha concluído: 1o.– Que en el derecho histórico español rigió como principio general el de la división del suelo y el subsuelo minero, y que las minas pertenecían a la Corona (Después de la República) quien las daba en concesión temporal para su beneficio mediante el pago de una regalía; 2o. Que eran del dominio privado, por excepción, las que habían sido cedidas expresamente por el rey en ley, ordenanza o cédula o nominativamente en carta de enajenación o merced; 3o.– Que pertenecen al dueño del terreno las que el Soberano no se había reservado en capitulación para el descubrimiento, conquista o población de nuevas tierras. (Sentencia de 28 de enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente: Dr.

Págs.

Alfonso Castilla Saiz. Actores: Alberto Arenas Días y otros. Juicios acumulados de Minas y Petróleos)..... 85

67. **PROPIEDAD MINERA**

Segundo período de la legislación.– Al organizarse la Confederación Granadina por la Constitución de 1858, la situación jurídica del subsuelo minero sufrió las modificaciones que pueden sintetizarse así: por el artículo 6o. se declaró que pertenecían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos nacionales o particulares; por el artículo 8o. se confirió a los Estados Soberanos la potestad de regular todos los objetos o asuntos no atribuídos a la competencia de aquélla. En desarrollo de esta disposición los Estados Soberanos procedieron a legislar sobre el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a la reserva federal, la cual fue ampliándose por leyes posteriores como la 13 de 1868 que incluyó las minas y depósitos de carbón en algunos Departamentos del Estado del Magdalena, y la 29 de 1873 que la extendió a todos los depósitos y minas de la misma sustancia. Por último el Código Fiscal expedido en 1873, ley 106 de ese año, la amplió en la siguiente forma: por el artículo 1116 se reservó la propiedad de las minas y depósitos de carbón, guano y cualquier otro abono semejante que se encuentre en los terrenos baldíos de la Nación, y por el artículo 1126 se declaró que pertenecían a la Unión las minas de cobre, hierro y demás metales no preciosos, las de azufre y otros no expresados en el título 14 del Código, entre los cuales figura el petróleo. De los Códigos de Minas expedidos por los Estados Soberanos el de Antioquia, ley 127 de 1867, que fue adoptado posteriormente para toda la República según la ley 38 de 1887, es pertinente mencionarlo aquí para el estudio que se viene haciendo, por cuanto por medio del artículo 1o. se definió la propiedad de las minas así: de la Nación las de esmeraldas y sal gema: al Estado las de oro, plata, platino y cobre; y al dueño del terreno todas las demás de cualquier clase que sean, lo cual quiere decir que, respecto de la reserva para el Estado y para la Unión estableció la división del suelo y el subsuelo y la accesión para las otras.– (Véase el No. 66 del Indice)..... 85

68. **PROPIEDAD MINERA**

Tercer período de la legislación.– Al expedirse la Constitución de 1886 varió fundamentalmente el sistema vigente hasta entonces, ya que por medio del artículo 202 se regresó a la nacionalización total de las minas que pertenecían a los Estados Soberanos y, obviamente, a las que se refería la reserva federal anterior, "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización". Es importante citar aquí la norma consagrada por el artículo 5o. de la ley 38 de 1887 mencionada anteriormente y que adoptó para la Nación el Código de Minas de Antioquia, que es del tenor siguiente: "En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un

Págs.

derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esa heredad serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley". Y también el artículo 11 que dice: "el titular de las minas que, pasando cinco años desde la fecha de la adjudicación, no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por mas de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito". En este lapso se expidió la norma que hoy es el artículo 5o. del Código de Petróleos, cuyo inciso 2o. confiere la propiedad del petróleo que se encuentre en terrenos que salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, al dueño del suelo. Cabe observar aquí, que esta norma es similar al precepto contenido en el artículo 1o. del Código de Minas de Antioquia, ley 106 de 1867, que luego fue el Código de Minas de la Nación, en cuanto atribuye al dueño del suelo la propiedad de las minas no reservadas por la Unión o por el Estado Soberano de Antioquia. E igualmente al caso del Tesoro no descubierto, el cual pasa a ser propiedad del dueño del suelo si éste mismo es quien lo descubre, sólo que este modo de adquisición del dominio lo sitúa el Código Civil en el Capítulo que trata de la ocupación. Y con la expedición de la ley 20 de 1969 se cierra este período, en cuanto a la legislación que interesa al presente estudio. (Véase el No. 66 del Indice)..... 85

69. **PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO**

Situación jurídica del subsuelo a la luz de los preceptos de la ley 20 de 1969.— Los elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolífero eran los siguientes: a) Título proveniente del Estado con el cual se acredite que las tierras materia del litigio salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873; b) Propiedad actual del actor en el período de la prescripción extraordinaria c) Determinación precisa del inmueble en que subyace el petróleo cuya propiedad se disputa; d) Identificación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; e) Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se halla el petróleo objeto de la declaración de propiedad particular. Sin embargo, la Sala considera necesario detenerse a estudiar previamente la situación jurídica del subsuelo petrolífero en virtud de la innegable influencia que en el panorama jurídico nacional tiene, respecto de la legislación sobre minas e hidrocarburos, la ley 20 de 1969. En efecto, según los artículos 1o. y 13 de esta ley todos los yacimientos de hidrocarburos pertenecen a la Nación, "sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros", y agrega; "esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos". De acuerdo con el artículo 3o. del decreto 1275 de 1970, "se entiende que únicamente reunen tales requisitos las situaciones individuales creadas con anterioridad a la citada fecha (22 de

Págs.

diciembre de 1969) por un título específico de adjudicación minera, por una redención a perpetuidad o por una sentencia definitiva, siempre que estos actos, de acuerdo con la legislación de la época, impliquen el otorgamiento, el reconocimiento o la declaración del derecho de una persona a la propiedad de las minas de que se trate, y que conserven su validez jurídica". Y el artículo 5o. del mismo decreto agrega que "se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezcan perspectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares". Según el mismo artículo 5o. "las disposiciones precedentes se aplican a las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con los derechos de la Nación sobre las minas y el subsuelo y que el 22 de diciembre de 1969 no han sido objeto de sentencia definitiva". Pues bien, en sentir de la Sala, el inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos en que se apoyan las presentes demandas, fue derogado por la ley 20 de 1969.– (Sentencia de 28 de enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3a. Consejero ponente: Dr. Alfonso Castilla Saiz. Actores: Alberto Arenas Díaz y otros. Juicios acumulados de Minas y Petróleos)..... 85

Q

70. QUIMICOS FARMACEUTICOS

Suspensión provisional del artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964 por medio del cual se reglamenta la Ley 23 de 1962, pero solamente en cuanto dice: "... se preferirá, en primer término...".– De la mera *comparación del artículo 7o. de la Ley 23 de 1962 y el artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964, surge lo siguiente: a) El artículo 7o. de* la ley 23 impone a la Administración Pública una obligación perentoria, cuando le ordena que, en la designación de su personal, exigirá al candidato estar legalmente autorizado para ejercer la profesión de químico farmacéutico en virtud de título universitario. Esto significa que la Administración no puede válidamente nombrar a una persona que no tenga un título universitario de farmacéuta reconocido por el Gobierno Nacional.– b).– En cambio, el artículo 27 del Decreto 1950 sólo exige que la Administración, al verificar un nombramiento, prefiera a la persona portadora de un título universitario de químico farmacéutico. Lo cual significa que también podría, llegado el caso, nombrar a una persona que no tenga título universitario en dicha profesión. A primera vista, pues, el decreto reglamentario cambió el imperativo de la ley por una mera preferencia.– Y de esta manera, prima facie, el artículo acusado viola la disposición del artículo 7o. de la ley reglamentada, el artículo 12 de la ley 153 de 1887 y el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional.– (Auto de Mayo 11 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera– Consejero Sustanciador: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez.– Actor: Jaime Arteaga Carvajal.– (Acción de nulidad contra el artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964)..... 297

Págs.

R

71. **REGIMEN DE ADUANAS**

Su modificación es atribución constitucional del Presidente, dentro de las normas generales que le señale el Congreso. Del estudio comparativo de los arts. 205, 76 Ord. 22 y 120 Ord. 22 de la Constitución Nacional y de los antecedentes de la Reforma de 1968, se deduce con absoluta claridad que es hoy el Presidente de la República al que tiene la facultad de hacer variaciones en los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, pero el Presidente no puede obrar por sí y ante sí en tal tarea porque concierne primero al Congreso dictar los estatutos generales dentro de los cuales puede moverse el Ejecutivo; sin esas leyes orgánicas, sin esas pautas generales o leyes cuadros para usar la terminología francesa, no puede actuar y por lo mismo si considera de urgencia proveer sobre cualquiera de las materias en que sean indispensables esos estatutos generales, debe pedir al Congreso que legisle o proponer las leyes convenientes en tal sentido, para que se le permita realizar esas actividades que en otra forma no puede hacer, así las condiciones sociales o económicas sean las más difíciles. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, lo cual significa que, el Consejo Nacional de Política Aduanera perdió la facultad de introducir modificaciones al arancel de aduanas que le conferían los artículos 6o. y 7o. del Decreto–Ley 3168 de 1964, desde el 17 de Diciembre de 1968 en que fué promulgada la Reforma Constitucional de ese año. –(Auto de junio 17 de 1971.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Cuarta.– Sala de Decisión.– Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía.– Actores: César Gómez Estrada y otros.– Acción de nulidad contra la Resolución No 1 de 26 de enero de 1971 del Consejo Nacional de Política Aduanera)..... 274

72. **REGISTROS ELECTORALES**

Nulidad por apocrifidad o falsedad en ellos o en sus antecedentes.– La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad como sinónimas que son, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.– Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para empañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2o., sanciona con la declaración de nulidad.– No se trata pues de la simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes sino de la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real.– Es entonces indispensable para que prospere una impugnación de esta naturaleza contra un resultado electoral, que se muestre plenamente, y no a base de inferencias o hipótesis, la existencia concreta y operante de uno de aquellos sistemas de maquinación fraudulenta ya mencionados.– De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que

Págs.

ampara los actos de las corporaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación.– (Sentencia de mayo 4 de 1971.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. –Actor: Timothy Britton Newbal y Gladys Barrios Villa.– Juicios electorales acumulados, acciones tendientes a la nulidad del Acuerdo 14 de 1970, expedido por la Corte Electoral, en la parte que atañe a la Circunscripción de San Andrés y Providencia). 401

73. **REGISTROS ELECTORALES**

Nulidad cuando los escrutinios no hayan sido presenciados por la mayoría de los miembros del jurado.– Así como el hecho de que el acta de escrutinio tenga las firmas de tres de, los miembros del jurado es indicio necesario de que aquella diligencia fue presenciada por el mínimo de personas que la ley exige para su validez, la simple falta de una o dos de las cuatro firmas que el acta debe tener no demuestra de modo incontrastable e inequívoco la ausencia de esta o de estas personas en el momento de contarse los votos, pues bien puede suceder, y a menudo acontece en la práctica, que uno o más de los jurados presentes omiten suscribir el acta, por olvido, ignorancia o intención manifiesta, dejando así planteada una duda sobre el valor o la nulidad del escrutinio de la mesa. Es entonces muy claro y explicable que cuando en todos los ejemplares originales del acta de escrutinio que la ley manda extender aparecen menos de tres firmas de los jurados, el art. 42 del Decreto 3254 de 1963 les ordene a los delegados de la Corte Electoral para el escrutinio departamental, y a la Corte, en caso de que aquellos no lo hagan, que excluyan de sus cómputos los registros que adolezcan de esta falla, por ser sospechosos de nulidad, aunque no puedan definitivamente anularlos.– Pero es muy claro también que si ya ante los tribunales de lo contencioso llega a despejarse el equívoco resultante de la falta de aquella firma en el acta, con la prueba fehaciente de que el escrutinio fue hecho y presenciado por la mayoría de los integrantes del jurado, el registro debe tenerse como válido, si los demás documentos de la mesa acreditan también que la elección se cumplió en legal forma y que los votos depositados en ella son reales y no ficticios, pues la simple omisión de un requisito formal, como es la firma del acta por uno de los jurados, no puede ser bastante por sí solo para que se desvirtúe por ese medio la voluntad soberana de un grupo de ciudadanos que, amparados por la ley y ajustándose a ella, ejercieron confiadamente en la mesa de que se trate el derecho al sufragio que la Constitución les reconoce y garantiza.– Por ello, muy sabiamente el artículo 195, ordinal 2o., del Código Contencioso Administrativo erige en causal de nulidad del registro no la falta de una firma sino el hecho de que el escrutinio se realice sin la presencia de la mayoría de los miembros del jurado.– (Sentencia de mayo 4 de 1971.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz.– Actor: Timothy Britton Newball y Gladys Barrios Villa.– Juicios electorales acumulados, acciones tendientes a la nulidad del Acuerdo 14 de 1970, expedido por la Corte Electoral, en la parte que atañe a la Circunscripción de San Andrés y Providencia). 401

Págs.

74. **REGISTROS PRACTICADOS POR LOS JURADOS DE VOTACION**

Nulidad cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros del Jurado. —El ordinal 2o. del artículo 195 del C.C.A. dice: "Son nulos los registros practicados por los jurados de votación en los siguientes casos... 2o.) Cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". En dos ocasiones, pues, surge la nulidad según esta disposición, a saber: a). —Cuando en las elecciones, es decir en el acto de la votación, desde que principia hasta que termina, el jurado ha estado desintegrado por la ausencia de la mayoría de sus miembros, y b) —Cuando en el acto del escrutinio también esté desintegrado el jurado por la misma causa. Obviamente, la nulidad no resulta propiamente de la falta de las respectivas firmas en el acta de escrutinio, pues eso no es lo que dice la Ley, sino de la inasistencia de la mayoría absoluta, bien en el acto de la votación, o bien en el acto del escrutinio. Ciertamente, el Consejo de Estado ha dicho que basta establecer la omisión de las respectivas firmas para que se entienda que la mayoría de los miembros del jurado no presenciaron el escrutinio, pero ello, sin embargo apenas es un indicio, no necesario, desde luego, porque para que resulte la plena prueba, es necesario que la falla anotada aparezca en los siete ejemplares de las Actas de Escrutinio que deben hacer los jurados de votación, y que no sea posible tener en cuenta otros documentos con los cuales se pueda establecer no solamente que las elecciones y los escrutinios se realizaron legalmente, sino la normalidad del proceso electoral. Por eso, en el caso de la causal de nulidad taxativa consagrada en el ordinal 2o. del artículo 195 del C.C.A. hay necesidad de probar plenamente que el escrutinio o la elección, no fue presenciado por esa mayoría de jurados.— En el proceso electoral pueden considerarse dos etapas, una que se realiza ante las autoridades y corporaciones de la rama electoral, y otra ante el Contencioso Administrativo, y ambas se encaminan a buscar la verdad electoral. Ante las corporaciones electorales, los ciudadanos pueden formular reclamos por los motivos indicados en las leyes, y las corporaciones tienen la obligación de atenderlos y resolverlos de acuerdo con su competencia y según los preceptos legales. Entre estas reclamaciones está la consagrada en el artículo 41 del Decreto No. 3254 de 1963, según el cual "cuando los siete (7) ejemplares de las actas de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos", caso en el cual las comisiones escrutadoras se abstendrán de computar los votos correspondientes a estos registros, a petición de cualquier ciudadano (art. 42 ibídem). Pues bien, si ante una comisión escrutadora se solicita que no se computen los votos de determinada mesa por la falta de la firma, en los siete ejemplares del acta de escrutinio, de tres jurados, y tal cosa se comprueba, resultaría evidentemente la nulidad de ese registro, siempre, que, por otra parte, el escrutinio se haga sobre aquellas actas sin tener en cuenta otros elementos, y este no es el caso presente. La etapa ante el Contencioso Administrativo es bien diferente, pues se parte del principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, por lo cual, quien pretenda

Págs.

desconocer o impugnar uno de aquellos actos, debe principiar por desvirtuar aquella presunción con los medios de prueba idóneos, en cada caso, de acuerdo con la acusación que se haga.– (Sentencia de marzo 10 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saiz. Salvamento de Voto de los Drs. Gabriel Rojas Arbeláez. Andrés Holguín. Jorge Dávila Hernández. Humberto Mora Osejo. Alfonso Arango Henao. Nemesio Camacho R. Actores: Hugo Palacios M. y Hernán Berdugo B. Juicios Electorales Acumulados Exp. Nos. 1554 y 1559)..... 372

75. **REGISTROS PRACTICADOS POR LOS JURADOS DE VOTACION**

Nulidad cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación.– a) Según el ordinal 2o. del Art. 195 del C.C.A., que reproduce al Ord. 2o. del Art. 179 de la ley 85 de 1916, entre las causales de nulidad de "los registros practicados por los Jurados de votación" se comprende la de que "no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". Por tanto, se trata de causal de nulidad taxativamente señalada por la ley, con el objeto de garantizar la seriedad y pureza del sufragio, que obliga a los funcionarios administrativos y al juzgador al conocer y decidir de la legalidad del acto de elección, sin que puedan distinguirse, a este respecto, entre la actuación administrativa y la jurisdiccional para no aplicar en éste el referido precepto legal. Por el contrario, el Art. 127 de la ley 85 de 1916, adicionado por los Arts. 15 y 16 de la ley 31 de 1929, 9o. de la ley 187 de 1936, 31 y 42 de la ley 89 de 1948 y 23 del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963, prescriben a los Jurados de Votación la obligación de extender en siete ejemplares los correspondientes registros, con base en los cuales las Comisiones Escrutadoras deben practicar el escrutinio municipal, según los arts. 135, 136 y 137 de la ley 85 de 1916 31 y 32 del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963, de ahí que el Ord. 2o. del art. 195 del C.C.A. instituye en causal de nulidad, cuyo examen en este caso corresponde al Consejo, el hecho de que las elecciones o los escrutinios no se hayan efectuado con la presencia siquiera de la mayoría absoluta de la corporación, *como un control de la legalidad de la actuación administrativa mediante acción jurisdiccional.*– b) Según el ord. 7o. del art. 41 del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963, las comisiones escrutadoras deben abstenerse de computar los votos "cuando los siete ejemplares de las actas de los Jurados de Votación estén firmados por menos de tres (3) de estos", a causa de que ese número constituye la mayoría absoluta de los miembros de la corporación, de acuerdo con los arts. 9o. de la ley 29 de 1961, 10o. del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963 y 195, ord. 2o. del C C.A. c) El ord. 2o. del art. 195 del C.C.A. alude a la presencia en las elecciones o en los escrutinios de la mayoría de los miembros del jurado de votación; pero, por una parte, ella se comprueba con las actas de escrutinio de las mesas de votación, suscritas por lo menos por la mayoría absoluta de sus miembros, como un documento público que requiere, como prescribe la ley, tal solemnidad para su existencia y validez; además, no pueden disgregarse o separarse, *la presencia* en las elecciones o en los escrutinios de

Págs.

los miembros de los jurados de votación y los correspondientes *registros,* en cuanto éstos comprenden los escrutinios de las mesas de votación, con base en los cuales se deben efectuar los demás, para cuya realización se requiere *la presencia* de aquéllos: como se observa clara e inequívocamente, la solemnidad y la realidad de lo acaecido, a este respecto, constituyen *un todo indivisible.* d) Según el Inc. 2o. del art. 16 de la ley 31 de 1929, *sólo cuando los registros estén extendidos legalmente, "constituirán plena prueba en juicio sobre la verdad de los escrutinios y de las elecciones verificadas ante las mesas de votación".* e) Según los arts. 143 de la ley 85 de 1916 y 32 del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963, es evidente que el recuento de votos ahí previsto tiene por objeto, precisamente, *verificar los escrutinios realizados or los Jurados de Votación,* no suplir a éstos ni menos enmendar los yerros susceptibles de invalidarlos, pues, según el art. 179, ord. 2o. de la misma ley, que corresponde al ord. 2o. del art. 195 del C.C.A., las elecciones practicadas por los jurados de votación son nulas cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". f) El Art. 166 de la ley 85 de 1916 dispone que "sí no se consiguiere acta alguna, de escrutinio de una Circunscripción Electoral, pero si las papeletas o copia de lo conducente del acta de la sesión, practicará el Gran Consejo el escrutinio especial". Pero, en primer lugar, ello no atañe a los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras sino sólo, en la actualidad, al que corresponde a la Corte Electoral, en segundo lugar, "el escrutinio especial" a que alude la norma no se efectúa por el sistema de recuento de votos, sino como prescribe el art. 171 ibidem bajo el epígrafe "Disposiciones Generales para todos los escrutinios"; esta disposición reitera el principio esencial de la legislación electoral consistente en que los escrutinios se practiquen, sobre la base del recuento de votos efectuado por los Jurados de Votación, con fundamento en los registros o pliegos electorales, no en los votos.– (Salvamento de Voto de los Consejeros Drs. Jorge Dávila Hernández y Humberto Mora Osejo y del Conjuez Dr. Andrés Holguín, en la sentencia de marzo 10 de 1971, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en que fue Ponente el Consejero Dr. Alfonso Castilla Saiz. Actores: Hugo Palacios M. y Hernán Berdugo B. Juicios Electorales Acumulados Exps. Nos. 1554 y 1559). 372

76. **REPRESENTACION PROPORCIONAL**

De los partidos políticos en elección de concejales y diputados después de la Reforma Constitucional de 1968.– El artículo 50 del acto legislativo No. 1 de 1968, que corresponde al 172 de la Constitución Nacional, abolió para las elecciones que habrían de verificarse en 1970, la paridad en los Concejos y Asambleas y ordenó aplicar en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación de los partidos políticos. Ya allí no se menciona para nada a los partidos políticos tradicionales. De ahí pues que cualquier partido político podía inscribir listas de candidatos a estas corporaciones y obtener el favor popular. Ya los aspirantes a Asambleas y Concejos no necesitan postularse por el partido conservador o por el liberal; pueden hacerlo por cualquier partido político de otra denominación.–

Págs.

(Sentencia de 3 de febrero de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actores: Valentín Moreno Salazar y otro. Juicio Electoral). 361

77. **REVISION OFICIOSA**

De las liquidaciones de impuestos.– Es bien sabido que la de revisión es una facultad concedida al Jefe de la División de Impuestos Nacionales de la cual puede hacer uso dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de cada declaración de renta y patrimonio y tiene por finalidad adicionar los bienes y rentas omitidos por el contribuyente, así como los errores en que se haya caído al hacer las liquidaciones y que hayan dado como consecuencia un impuesto menor; también debe ejercerse esa facultad para corregir errores u omisiones cometidos en contra del contribuyente. Bien entendido el Inc. 4o. del artículo 122 del decreto 154 de 1968, lo que significa es que por el hecho de que el jefe de la división de impuestos nacionales imponga una sanción relativa a libros de contabilidad, con ocasión del ejercicio de la facultad de revisión, no se agota su poder o potestad para examinar y definir los otros objetivos de la facultad de revisión oficiosa, pues se trata de dos materias bien distintas por cierto, motivo por el cual no se ve muy clara la razón de esa previsión máxime si se tiene en cuenta que las dos facultades deben ejercerse simultáneamente, como se deduce con toda claridad del artículo 122 del Decreto 154.– (Véase el No. 45 del índice)..... 129

S

78. **SITUACIONES JURIDICAS**

De qué están constituídas. Situaciones Jurídicas Generales e Individuales y sus caracteres.– Las situaciones jurídicas están constituídas por un conjunto de derechos y obligaciones. Cuando esas facultades y deberes se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, se tiene la situación jurídica general, impersonal, abstracta. En cambio cuando ese conjunto de derechos y obligaciones se predica de una persona o de varias que se pueden determinar facilmente, se tiene la situación jurídica individual, subjetiva, concreta. Anotan los tratadistas como caracteres de la situación jurídica general los siguientes: Es *impersonal* y *abstracta,* esto es, se refiere a un número indeterminado e indeterminable de casos; es *permanente,* esto es, no se extingue por el ejercicio de los derechos y obligaciones que por medio de ella se crean; es esencialmente *modificable* por la ley o por el reglamento. Por tanto no se puede alegar que la norma que crea la situación jurídica general constituya un derecho irrevocable. En la situación jurídica individual se encuentran precisamente los caracteres contrarios. Es *personal y concreta,* o sea que los derechos y obligaciones que la constituyen sólo existen para una persona determinada, o un grupo de personas determinable; es *temporal,* es decir, se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone; es *inmodificable* por un acto creador de situaciones jurídicas generales; y *no es revocable.*– (Sentencia de 20 de abril de 1971. Sala de lo Contencioso

Págs.

los miembros de los jurados de votación y los correspondientes *registros*, en cuanto éstos comprenden los escrutinios de las mesas de votación, con base en los cuales se deben efectuar los demás, para cuya realización se requiere *la presencia* de aquéllos: como se observa clara e inequívocamente, la solemnidad y la realidad de lo acaecido, a este respecto, constituyen *un todo indivisible.* d) Según el Inc. 2o. del art. 16 de la ley 31 de 1929, *sólo cuando los registros estén extendidos legalmente, "constituirán plena prueba en juicio sobre la verdad de los escrutinios y de las elecciones verificadas ante las mesas de votación".* e) Según los arts. 143 de la ley 85 de 1916 y 32 del Decreto Reglamentario No. 3254 de 1963, es evidente que el recuento de votos ahí previsto tiene por objeto, precisamente, *verificar los escrutinios realizados or los Jurados de Votación,* no suplir a éstos ni menos enmendar los yerros susceptibles de invalidarlos, pues, según el art. 179, ord. 2o. de la misma ley, que corresponde al ord. 2o. del art. 195 del C.C.A., las elecciones practicadas por los jurados de votación son nulas cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". f) El Art. 166 de la ley 85 de 1916 dispone que "sí no se consiguiere acta alguna, de escrutinio de una Circunscripción Electoral, pero si las papeletas o copia de lo conducente del acta de la sesión, practicará el Gran Consejo el escrutinio especial". Pero, en primer lugar, ello no atañe a los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras sino sólo, en la actualidad, al que corresponde a la Corte Electoral, en segundo lugar, "el escrutinio especial" a que alude la norma no se efectúa por el sistema de recuento de votos, sino como prescribe el art. 171 ibidem bajo el epígrafe "Disposiciones Generales para todos los escrutinios"; esta disposición reitera el principio esencial de la legislación electoral consistente en que los escrutinios se practiquen, sobre la base del recuento de votos efectuado por los Jurados de Votación, con fundamento en los registros o pliegos electorales, no en los votos.– (Salvamento de Voto de los Consejeros Drs. Jorge Dávila Hernández y Humberto Mora Osejo y del Conjuez Dr. Andrés Holguín, en la sentencia de marzo 10 de 1971, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en que fue Ponente el Consejero Dr. Alfonso Castilla Saiz. Actores: Hugo Palacios M. y Hernán Berdugo B. Juicios Electorales Acumulados Exps. Nos. 1554 y 1559). 372

76. **REPRESENTACION PROPORCIONAL**

De los partidos políticos en elección de concejales y diputados después de la Reforma Constitucional de 1968. – El artículo 50 del acto legislativo No. 1 de 1968, que corresponde al 172 de la Constitución Nacional, abolió para las elecciones que habrían de verificarse en 1970, la paridad en los Concejos y Asambleas y ordenó aplicar en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación de los partidos políticos. Ya allí no se menciona para nada a los partidos políticos tradicionales. De ahí pues que cualquier partido político podía inscribir listas de candidatos a estas corporaciones y obtener el favor popular. Ya los aspirantes a Asambleas y Concejos no necesitan postularse por el partido conservador o por el liberal; pueden hacerlo por cualquier partido político de otra denominación.–

Págs.

(Sentencia de 3 de febrero de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actores: Valentín Moreno Salazar y otro. Juicio Electoral). 361

77. **REVISION OFICIOSA**

De las liquidaciones de impuestos.– Es bien sabido que la de revisión es una facultad concedida al Jefe de la División de Impuestos Nacionales de la cual puede hacer uso dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de cada declaración de renta y patrimonio y tiene por finalidad adicionar los bienes y rentas omitidos por el contribuyente, así como los errores en que se haya caído al hacer las liquidaciones y que hayan dado como consecuencia un impuesto menor; también debe ejercerse esa facultad para corregir errores u omisiones cometidos en contra del contribuyente. Bien entendido el Inc. 4o. del artículo 122 del decreto 154 de 1968, lo que significa es que por el hecho de que el jefe de la división de impuestos nacionales imponga una sanción relativa a libros de contabilidad, con ocasión del ejercicio de la facultad de revisión, no se agota su poder o potestad para examinar y definir los otros objetivos de la facultad de revisión oficiosa, pues se trata de dos materias bien distintas por cierto, motivo por el cual no se ve muy clara la razón de esa previsión máxime si se tiene en cuenta que las dos facultades deben ejercerse simultáneamente, como se deduce con toda claridad del artículo 122 del Decreto 154.– (Véase el No. 45 del índice)..... 129

S

78. **SITUACIONES JURIDICAS**

De qué están constituídas. Situaciones Jurídicas Generales e Individuales y sus caracteres.– Las situaciones jurídicas están constituídas por un conjunto de derechos y obligaciones. Cuando esas facultades y deberes se aplican indistintamente a todos los individuos que se encuentran en igualdad de condiciones, se tiene la situación jurídica general, impersonal, abstracta. En cambio cuando ese conjunto de derechos y obligaciones se predica de una persona o de varias que se pueden determinar facilmente, se tiene la situación jurídica individual, subjetiva, concreta. Anotan los tratadistas como caracteres de la situación jurídica general los siguientes: Es *impersonal* y *abstracta,* esto es, se refiere a un número indeterminado e indeterminable de casos; es *permanente,* esto es, no se extingue por el ejercicio de los derechos y obligaciones que por medio de ella se crean; es esencialmente *modificable* por la ley o por el reglamento. Por tanto no se puede alegar que la norma que crea la situación jurídica general constituya un derecho irrevocable. En la situación jurídica individual se encuentran precisamente los caracteres contrarios. Es *personal y concreta,* o sea que los derechos y obligaciones que la constituyen sólo existen para una persona determinada, o un grupo de personas determinable; es *temporal,* es decir, se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone; es *inmodificable* por un acto creador de situaciones jurídicas generales; y *no es revocable.*– (Sentencia de 20 de abril de 1971. Sala de lo Contencioso

Págs.

Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia. Acción de Plena Jurisdicción contra el parágrafo del Art. 3o. del Acuerdo No. 38 de 1969 del Consejo Superior Universitario Nacional y contra el Decreto ejecutivo No. 574 Bis de 1969 originario de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Educación Nacional y del Departamento Administrativo de Servicio Civil, en la parte en que tal Decreto aprobó el Parágrafo del Art. 3o. del Acuerdo No. 38 de 1969 mencionado)..... 262

79. **SUBSUELO PETROLIFERO**

Es de propiedad de la Nación, con las excepciones contempladas en la Ley 20 de 1969.– De conformidad con la legislación nacional sobre petróleos, en ninguna época los propietarios de fundos, aún en el supuesto de que ellos hubieran salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, estaban facultados, por la ley, para ejercer por sí y ante sí sobre los yacimientos de hidrocarburos subyacentes, en el caso de que existieran, los mismos actos de señor y dueño que podían ejercer respecto del suelo, pues al paso que estos no tenían ninguna traba para su ejercicio, aquéllos estaban sometidos a una serie de requisitos sin cuyo cumplimiento ningún derecho podía materializarse sobre ellos. De lo expuesto se concluye que el inciso 2o. del artículo 5o. del Código de Petróleos no confirió a favor de los propietarios de terrenos salidos del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por sí, es decir, por ministerio de la ley, el derecho real de dominio sobre los presuntos yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en ellos, y que aquelloss propietarios que no tenían definida a su favor una situación jurídica concreta e individualizada en virtud de un título de adjudicación, de una sentencia definitiva, o una declaración administrativa conforme a los preceptos del Código de Petróleos, respecto de ellos, con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedaron comprendidos en la excepción consagrada en el artículo 1o. de la ley 20 de 1969, pues su situación con relación a aquellos presuntos yacimientos apenas configuraba una mera expectativa, de aquellas que, según el artículo 17 de la ley 153 de 1887, "no constituye derecho contra la ley nueva", en este caso la ley 20 de 1969. En consecuencia, son de propiedad de la Nación todos los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el territorio nacional y que no se hallen en los casos exceptivos que se acaban de enumerar, trátase de terrenos baldíos o de propiedad particular, así éstos hayan salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.– (Véase el No. 57 del Indice)..... 105

80. **SUELDOS O HABERES DE LOS MILITARES**

Son obligaciones de orden público protegidos por la Carta.– No pueden modificiarse sino por mandamiento de la Ley y no pueden derogarse por convenios particulares.– Excepción de ilegalidad de los Decretos Ejecutivos números 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965.– En relación con la norma contenida en los "parágrafos" de esos reglamentos la Sala estima lo siguiente: el texto de la regla cuya inaplicabilidad se impetra por los reclamantes, por considerar ilegal, por vía de excepción, de este tenor: *"Parágrafo.*– El

Págs.

personal destinado en comisión mediante el presente Decreto, devengará sus haberes y primas en pesos Colombianos, por haber renunciado expresamente a lo establecido en el art. 4o. literal b) del Decreto 253 de 1963" Y las normas positivas de derecho superior que se consideran quebrantadas en la demanda, son los Decretos– Leyes números 253 de 1963 y 1705 de 1960 y su Decreto Reglamentario 465 de 1961. La pretendida renuncia de sueldos consignada en el parágrafo de los actos ejecutivos impugnados, no puede considerarse como una manifestación seria ni legalmente admisible, porque la determinación de que el pago se haría en pesos Colombianos, fue tomada por la junta Asesora del Ministerio de Guerra, según Acta número 107 de fecha 2 de septiembre de 1964, visible al folio 3 del cuaderno de pruebas, donde expresamente se dejó establecido, como acto de administración unilateral, que para tener derecho a formar parte de la Comisión de Estudios quienes lo solicitaren, reuniendo las condiciones de idoneidad y calificaciones requeridas, deberían renunciar, previamente, al derecho de percibir en dólares el sesenta y cinco por ciento (65o/o) de su sueldo básico y gastos de representación y de exigir el pago de pasajes para su esposa e hijos, que es lo que se denominó también viaje voluntario de los comisionados en la misma Acta, siendo entendido que los sueldos o haberes de los militares son obligaciones de orden público y como tales están protegidos por la misma Carta, sin que puedan modificarse sino por mandato de la Ley, pero en ningún caso derogarse por convenios particulares como lo tiene claramente definido el artículo 16 del Código Civil. La Sola lectura de los textos hace evidente por sí misma, que los Decretos Ejecutivos cuya inaplicabilidad se demanda por vía de excepción, en beneficio de los derechos de los actores, son violatorios de las normas superiores establecidas en los Decretos Leyes o Extraordinarios, en cuanto a la disposición contenida en el parágrafo de aquellos, violación que de por sí afecta la propia esencia del mandato legal, si se considera que en armonía con el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, estos Decretos tienen completa fuerza de leyes. Y como de otra parte, los estatutos cuya inaplicabilidad se solicita, no son en el fondo sino actos ejecutivos del Gobierno, será forzoso admitir que deben someterse al precepto del artículo 12 de la Ley ultimamente mencionada que establece la aplicación jerárquica de las normas. Como los Decretos Ejecutivos acusados son violatorios de leyes no pueden ser aplicados. (Sentencia de 15 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela G. Actor: Francisco Carrillo García y otros. Acción de Plena Jurisdicción contra las Resoluciones 03223 de septiembre de 1967 del Director Gral. de la Policía Nal. y 613 de febrero de 1968 del Ministro de Defensa y contra los Decretos Ejecutivos 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965) 180

81. SUELDO O SALARIO DE EMPLEADOS PUBLICOS

A qué está condicionado el derecho a su pago? – La denominación de sueldo o salario, tratándose de empleados públicos, no está condicionada, como en el campo laboral privado, a la sola recompensa por servicios, sino que se halla sujeta a una relación estatutaria o legal entre el funcionario y el Estado que implica actos distintos y complementarios como son el de nombramiento,

Págs.

posesión y ejercicio, los cuales, reunidos, dan derecho al pago del salario, sueldo o *haberes,* como en el caso presente, en el cual está ampliamente comprobada la calidad de Oficiales en servicio activo, por lo que les da pleno derecho al sueldo o haberes, cualquira que sea la tarea a que el Gobierno los destine.– (Ver el número 80 del índice)..... 180

Sueldo o haberes de los militares son obligaciones de orden público protegido por la Carta.

82. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

Inspección de Gobierno sobre la sociedades anónimas.– Las normas legales que autorizan la inspección del Gobierno sobre las sociedades anónimas son desarrollo de la acusada característica intervencionista del Estado moderno, característica que ha venido acentuándose a lo largo de la evolución de nuestro derecho público y que se expresa, particularmente, en la reforma constitucional de 1968, en la cual se consagra el carácter de orientador y director general de la economía que tiene el Estado a fin de lograr el desarrollo integral con el objetivo principal de alcanzar la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular, según voces del art. 32 de la Carta. En cuanto a la vigilancia sobre las sociedades mercantiles el numeral 15 del art. 120 de la Constitución establece que el Presidente de la República ejercerá la inspección necesaria sobre ellas, conforme a las leyes, función que, como en el caso de la que ejerce el ejecutivo sobre las entidades que manejan fondos provenientes del ahorro privado, es de suma importancia dado el enorme desarrollo e incidencia en el orden público económico de la Sociedad Anónima, que reclama la salvaguardia tutelar del Estado tanto para proteger los propios intereses privados de los accionistas como los intereses más generales del cuerpo social.– (Ver el No. 83 del índice)..... 117

83. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

Permiso Especial de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para el funcionamiento y modificación del contrato social de las sociedades anónimas.– De acuerdo con el art. 9o. de la ley 58 de 1931 y el art. 15 del Decreto 2521 de 1950, el principio general que establece la ley es el de que las sociedades anónimas *antes* de funcionar deben tener permiso especial de la Superintendencia a fin de comprobar que cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley. La autorización impartida significa que la sociedad puede funcionar dentro de las condiciones y circunstancias establecidas en el contrato de constitución y que han sido materia y exámen y aprobación por parte de la Superintendencia. Si tales condiciones se modifican y la sociedad opera con arreglo a las modificaciones acordadas sin permiso previo de la Superintendencia, es evidente que en tal hipótesis su funcionamiento no estaría cubierto por la autorización o permiso

Págs.

inicialmente impartido, con lo cual se estaría desconociendo el principio que informa al art. 9o. de la ley 58 de 1931. Más aún: si las modificaciones introducidas fueren contrarias a la ley, la ausencia de normas como las acusadas daría margen para que no fuera "cumplida", como lo ordena la Constitución, la ejecución de las leyes que gobiernan la creación y funcionamiento de las sociedades anónimas, puesto que se daría lugar a la posibilidad de que una sociedad actúe en forma irregular. De ahí que guarda más estrecha lógica con las finalidades que persigue el legislador al regular las sociedades anónimas, que el reglamento imponga la revisión y permiso previo de la Superintendencia del ramo a la adopción de modificaciones del contrato social para garantizar en mejor forma la cumplida ejecución de las leyes. El mismo control ejercido a posteriori puede tornarse insuficiente y aún inoperante cuando se esté frente a situaciones ya cumplidas o agotadas en sus efectos jurídicos. Lo anterior conduce a concluir que las normas reglamentarias acusadas son necesarias para la debida ejecución de las leyes a que están sujetas las sociedades anónimas y por tanto que están dentro del límite (necesidad) y finalidad (ejecución cumplida de la ley), propios de la potestad reglamentaria. De otra parte, el texto de las normas acusadas no es contrario a las disposiciones reglamentadas puesto que en éstas no existe prohibición alguna para que el control que ejerza la Superintendencia de S.A. no pueda ser previo a la solemnización de las reformas que se desee introducir al contrato social. (Sentencia de 18 de enero de 1971 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Consejero Ponente Dr. Jorge Dávila Hernández Actor: James W. Raisbeck. Acción de nulidad contra algunos artículos del Decreto Reglamentario 2521 de 1950)..... 117

84. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

Potestad Reglamentaria para la cumplida ejecución de las normas sobre sociedades anónimas.– La circunstancia de que las normas sobre sociedades anónimas reglamentadas por el Decreto 2521 de 1950 no señalen el requisito de la previa autorización de la Superintendencia de Sociedades Anónimas para efecto de que una sociedad pueda aumentar su capital o introducir otras reformas a sus estatutos, por sí sola no significa que las disposiciones acusadas violen tales normas, pues, resulta obvio que el reglamento no ha de limitarse a ser simple reproducción de los textos reglamentados, caso en el cual caracería de importancia y razón de ser la potestad reglamentaria. Por el contrario, según lo establece el ordinal 3o. del artículo 120 de la C.N., tal potestad se ejerce mediante la expedición de "las órdenes, decretos, y resoluciones *necesarios* para la *cumplida ejecución* de las leyes", de suerte, que el análisis que procede llevar a cabo para determinar si una norma reglamentaria desborda o no la finalidad y límites que señala la Carta, es determinar si es o no *necesaria* para la *cumplida ejecución* de la norma reglamentada, asumiendo que en ningún caso puede ser contraria a ella. El concepto de "cumplida ejecución de la ley conlleva la necesidad de amoldar su aplicación a las cambiantes condiciones de desarrollo económico y social de donde cabe afirmar que el reglamento ha de ser dinámico por esencia al paso que la norma superior reglamentada es, por lo general, estática. Por ésto la potestad

Págs.

reglamentaria no se agota y de ella puede hacerse uso cuantas veces lo requiera la cumplida ejecución de la ley.– (Ver el No. 83 del índice)..... 117

Super de S.A. permiso Especial de la Superintendencia de S.A. para el funcionamiento y modificación del contrato social de las S.A.

T

85. **TIEMPO DOBLE DE SERVICIO**

Agentes de la Policía Nacional no tienen derecho a su cómputo bajo estado de sitio. Prima de "orden público". Los Agentes de la Policía tienen su propio estatuto y según él a éllos no se les computa como tiempo doble el servicio bajo estado de sitio. Así el Decreto No. 3187 de 1968 que reorganizó la carrera profesional de los Agentes de la Policía Nacional, solo estableció en su art. 13 en favor de los Agentes de la Policía Nacional que presten servicios en zonas donde se desarrollen operaciones especiales para restablecer el orden público, una prima mensual que se denominará de "orden público", correspondientes al 10o/o del sueldo básico. El mismo Decreto establece que el Ministerio de Defensa Nacional determinará los lugares y circunstancias en que deba pagarse esta prima. No puede aplicarse por analogía a los agentes de la Policía Nacional la norma que sería aplicable para los miembros del ejército.– (Sentencia de Febrero 1o. de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2a. Consejero Ponente Dr. Nemesio Camacho R. Actor: Isaías Cuca Robles y otros. Acción de Plena Jurisdicción contra una Resolución del Ministerio de Defensa). 177

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Págs.

1. (Ministerio de Obras Públicas). Consulta sobre reajuste de pensiones de acuerdo con las Leyes 4a. de 1966 y 5a. de 1969. (Concepto de 21 de Enero de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. José María Marmolejo. Su publicación fué autorizada mediante Oficio No. 805 de 22 de Febrero de 1971, por el Señor Ministro de Obras Públicas)... 17

2. (Ministerio de Desarrollo Económico). Consulta sobre control fiscal de las entidades de derecho público. (Concepto de 11 de Febrero de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fué autorizada mediante Oficio No. 411 de 12 de Febrero de 1971, por el Señor Ministro de Desarrollo). 22

3. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre el caso de que los Concejos Municipales no aprueben el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el Alcalde. (Concepto de Abril 22 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fué autorizada por Oficio No. 632 del 26 de Abril de 1971, por el Señor Ministro de Gobierno)..... 31

4. (Ministerio de Educación Nacional). Consulta sobre las competencias del Congreso y del Presidente de la República para reglamentar la Educación Nacional. (Concepto de Mayo 4 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Salvedades del Consejero: Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fué autorizada por Oficio de Mayo 6 de 1971, por el Señor Ministro de Educación Nacional)..... 38

5. (Departamento Administrativo de Seguridad). Consulta sobre el procedimiento para liquidar la prima de antiguedad. Decreto 2285 de 1968. (Concepto de Mayo 13 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina. Su publicación fué autorizada por Oficio No. 01570 de Julio 6 de 1971, por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad)..... 52

Págs.

6. (Ministerio de Desarrollo Económico). Consulta sobre clasificación de los servidores del Estado y naturaleza del vínculo que tienen con sus distintas entidades. Naturaleza del vínculo jurídico de los servidores del IFI. (Concepto de Mayo 26 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fué autorizada por Oficio No. 1770 de Junio 21 de 1971, por el Señor Ministro de Desarrollo Económico)..... 57

7. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre las facultades de las Asambleas y de los Gobernadores para crear, suprimir y fusionar los empleos del orden departamental. (Concepto de Mayo 31 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Mario Latorre Rueda. Su publicación fué autorizada por Oficio No. 05–956 de Junio 17 de 1970, por el Señor Ministro de Gobierno)..... 65

8. (Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil). Consulta sobre la facultad del Presidente de la República de señalar los cargos a los cuales deba corresponder prima técnica. (Concepto de Junio 16 de 1971. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fué autorizada por el Oficio No. 178–S.R. de Junio 21 de 1971 del Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil)..... 79

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

JUICIOS DE MINAS Y PETROLEOS

Págs.

1. Dominio Privado del subsuelo Petrolífero. Situación jurídica del subsuelo a la luz de los preceptos de la Ley 20 de 1969, (Sentencia de 28 de Enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Alberto Arenas Díaz y otros. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saíz)..... 85

2. Minas. Pertenecen a la Nación todas las minas de cualquier clase que sean, que se encuentren en el territorio nacional que no se hallen en los casos exceptivos consagrados en el Art. 1o. de la Ley 20 de 1969 en armonía con el Art. 3o del Decreto 1265 de 1970, situadas en terrenos baldíos o de propiedad privada aun cuando éstos hayan salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de Octubre de 1873. (Sentencia de Mayo 11 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Estrella Marina Padrón de Laage y otro. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saíz)..... 105

CAPITULO SEGUNDO

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra los artículos 45, inciso 2o., 46, 47 en sus ocho primeras palabras, 251, 272 inciso 2o., y 273 del Decreto Reglamentario 2521 de 1950. (Sentencia de Enero 18 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Actor: James W. Raisbeck. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández)..... 117

2. (Decretos Ejecutivos). Acción de nulidad contra el artículo 2o. y en lo pertinente contra el artículo 4o. del Decreto 552 de 1969. (Sentencia de 1o. de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Juan Manuel Jaramillo. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 122

3. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra los incisos 3o. y 4o. y parágrafo del artículo 122 del Decreto Reglamentario 154 de 1968. (Sentencia de 12 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo.

Págs.

Sección Cuarta. Actor: Alberto Martínez. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 129

4. (Decretos Leyes). Acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 8 de Agosto de 1969. (Auto de Marzo 2 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Consejero Sustanciador: Dr. Humberto Mora Osejo)..... 135

5. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 70 del Decreto Reglamentario 154 de 1968. (Sentencia de Marzo 18 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Gustavo López Jaramillo. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 142

6. (Decretos Ejecutivos). Acción de Plena Jurisdicción contra el Decreto Ejecutivo 133 de 1969. (Sentencia de Abril 14 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Reinaldo Mosquera Guzmán. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán)..... 152

7. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 4o. del Decreto Reglamentario 2049 de 1968 y el artículo 23 del Decreto Reglamentario 1881 de 1966. (Sentencia de Abril 22 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Cayetano Betancour. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz)..... 156

8. (Decretos Leyes). Acción de nulidad contra el Decreto 1245 de 1969 (Auto de Junio 5 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala de Decisión. Actor: Francisco Eladio Gómez Mejía. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao). 161

9. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 7o. del Decreto Reglamentario 2531 de 1970. (Sentencia de Junio 17 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Vicente Amaya Mantilla. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro). 164

CAPITULO TERCERO

ACTOS DEL GOBIERNO DE CARACTER INTERNACIONAL

1. (Ministerio de Relaciones Exteriores). Acción de nulidad contra el acto del Gobierno Nacional de 22 de Noviembre de 1952 referente al Archipiélago de "Los Monjes". (Auto de Marzo 30 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala Unitaria. Actor: Alfonso Romero Aguirre. Consejero Sustanciador: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez)..... 169

Págs.

CAPITULO CUARTO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. (Ministerio de Defensa). Acción de plena jurisdicción contra una Resolución del Ministerio de Defensa. (Sentencia de Febrero 1o. de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Isaías Cuca Robles y otros. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez..... 177

2. (Ministerio de Defensa). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 03223 de Septiembre de 1967 del Director General de la Policía Nacional y 613 de Febrero de 1968 del Ministro de Defensa y contra los Decretos Ejecutivos 2670 y 2311 de 1964 y 41 de 1965. (Sentencia de 15 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Actor: Francisco Carrillo García y otros. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez)..... 180

3. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución 0176 de 14 de Enero de 1970 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Sentencia de Junio 15 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Empresa Siderúrgica S.A. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez)..... 193

CAPITULO QUINTO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 196 de 22 de Junio de 1970 de la Junta Directiva del Incora y contra la Resolución 0251 del 25 de Junio de 1970 del Director del proyecto "Valle No. 2". (Auto de 21 de Enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Alberto Vega Andrade. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez)..... 205

2. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Revisión de las Resoluciones 25704 de 21 de Octubre de 1968 del Incora y la de 21 de Octubre de 1968 de la Junta Directiva del Incora. (Sentencia de 22 de Enero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Manuel de Vengoechea. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis)..... 209

3. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Acción de nulidad con suspensión provisional del ordinal 4o. de la Circular 0077 de 15 de diciembre de 1970 expedida por el Director General y el Subdirector de Impuestos Nacionales. (Auto de 18 de Febrero de 1971. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Carlos Ramírez Guerrero. Consejero Sustanciador: Dr. Hernando Gómez Mejía)..... 215

Págs.

4. (Administración Postal Nacional). Petición de aclaración del fallo de 24 de noviembre de 1970. (Auto de Febrero 24 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Alfredo Cadena Copete. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez)..... 218

5. (Instituto Colombiano de Comercio Exterior). Acción de Plena Jurisdicción contra las Resoluciones 337 de 1969 y 74 de 1970 expedidas por el Incomex. (Sentencia de Marzo 9 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: "E.R. Squibb and Sons Inter–American Corporation". Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Salvamento de voto del Consejero: Dr. Miguel Lleras Pizarro)..... 222

6. (Superintendencia de Regulación Económica). Acción de nulidad de las Resoluciones 4 y 15 de 1968 de la Superintendencia de Regulación Económica y del Auto de 23 de Febrero de 1968 de la misma. (Sentencia de Marzo 25 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: "Productora Tabacalera de Colombia S.A.". Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Salvamento de voto del Consejero: Dr. Miguel Lleras Pizarro)..... 244

7. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución 361 de Mayo 4 de 1970 del Incora. (Auto de 2 de Abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Jorge Montes Durán. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez)..... 258

8. (Consejo Superior Universitario Nacional). Acción de plena jurisdicción contra el parágrafo del artículo 3o. del Acuerdo 38 de 1969 del Consejo Superior Universitario Nacional y contra el Decreto ejecutivo 574 Bis de 1969 originario de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Educación Nacional y del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en la parte en que tal decreto aprobó el parágrafo del artículo 3o. del referido Acuerdo. (Sentencia de 20 de Abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional de Colombia. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez..... 262

9. (Junta Central de Contadores) Acción de nulidad contra el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 1462 de 1961, el artículo 68 de la Resolución 3 de 1962 dictada por la Junta Central de Contadores y el artículo único de la Resolución 1288 de 1962 proferida por el Ministerio de Educación Nacional. (Sentencia de 10 de Mayo de 1971 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Augusto Ramírez Moreno y otro. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández)..... 268

10. (Consejo Nacional de Política Aduanera). Acción de nulidad contra la Resolución 1 de 26 de Enero de 1971 del Consejo Nacional de Política Aduanera. (Auto de Junio 17 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sala de Decisión. Actor: César Gómez Estrada y otros. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía)..... 274

Págs.

CAPITULO SEXTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DE AUTORIDADES JUDICIALES

1. (Tribunal Administrativo de Caldas). Acción de Plena Jurisdicción contra la Resolución 002 del 16 de Febrero de 1967 y los Autos consiguientes relacionados con ésta de fechas 27 de Febrero y 16 de Marzo de 1971 expedidos por el Tribunal Administrativo de Caldas. (Sentencia de 25 de Marzo de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Ricardo Arias Jaramillo. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 287

CAPITULO SEPTIMO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad con suspensión provisional contra el artículo 7o. del Decreto 2531 de 1970. (Auto de 25 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Unitaria. Sección Cuarta. Actor: Vicente Amaya Mantilla. Consejero Sustanciador: Dr. Miguel Lleras Pizarro)..... 295

2. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad con suspensión provisional contra el artículo 27 del Decreto Reglamentario 1950 de 1964. (Auto de 11 de Mayo de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Unitaria. Sección Primera. Actor: Jaime Arteaga Carvajal. Consejero Sustanciador: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 297

3. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 591 de 1971. (Auto de 26 de Junio de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Unitaria Sección Cuarta. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. Consejero Sustanciador: Dr. Juan Hernández Sáenz)..... 299

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

1. (Asamblea Departamental de Santander). Acción de nulidad contra la Ordenanza 98 de 12 de Diciembre de 1968 expedida por la Asamblea Departamental de Santander. (Sentencia de Mayo 19 de 1971. Sala de lo

Págs.

Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Fernando González Mutis. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía)..... 305

2. (Asamblea Departamental de Antioquia). Acción de nulidad contra la Ordenanza 4 de 28 de Noviembre de 1967 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia. (Sentencia de Junio 8 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Actor: Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez)..... 312

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Oficina de Valorización del Departamento de Antioquia). Acción de nulidad contra las Resoluciones 92 de 1966 y 50 de 1967 de la Oficina de Valorización del Departamento de Antioquia. (Sentencia de 15 de Abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Rafael Trujillo y otros. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro)..... 333

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. (Concejo Municipal de Paipa. Boyacá). Acción de nulidad contra el capítulo 3o. del Acuerdo 1o. de 1968 del Concejo Municipal de Paipa. (Sentencia de 29 de Abril de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Actor: Osvaldo Rengifo. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz)..... 343

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO UNICO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. (Responsabilidad del Estado). Indemnización por el cierre intempestivo de una mina y el despojo de la posesión. (Sentencia de 12 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Arcadio Muñoz Zúñiga. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez)..... 349

Págs.

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1. (Concejales del Municipio de Buenaventura). Nulidad del acto de escrutinio y la declaratoria de elección de los Concejales del Municipio de Buenaventura, que aparece en el acta suscrita el 28 de abril de 1970. (Sentencia de 3 de Febrero de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Valentín Moreno Salazar y otro. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez)..... 361

2. (Secretario del Concejo Municipal de Alpujarra). Nulidad de la elección de secretario hecha por el Concejo Municipal de Alpujarra (Tol). (Auto de Marzo 9 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Francisco Sefair López. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez)..... 367

3. (Circunscripción Electoral del Atlántico). Nulidad de las elecciones realizadas el 19 de Abril de 1970, en la Circunscripción Electoral del Atlántico. (Sentencia de Marzo 10 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Hugo Palacios M. y otro. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Saíz. Salvamento de Voto de los Consejeros: Drs. Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge Dávila Hernández, Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Nemesio Camacho Rodríguez y del Conjuez Dr. Andrés Holguín)..... 372

4. (Secretario del Concejo Municipal de Armenia). Nulidad de la elección de Secretario hecha por el Concejo Municipal de Armenia. (Auto de 13 de Marzo de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Fabio Hincapié Castaño. Consejero Ponente. Dr. Osvaldo Abello Noguera)..... 398

5. (Circunscripción Electoral de San Andrés y Providencia). Nulidad del acuerdo 14 de 1970, expedido por la Corte Electoral en la parte que atañe a la Circunscripción de San Andrés y Providencia. Sentencia de Mayo 4 de 1971. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Timothy Britton Newball y otro. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz)..... 401

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO UNICO

IMPUESTOS NACIONALES

1. (Impuesto de Renta). Acción de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios. (Sentencia de Enero 28 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Elías Pineda Marchena. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T.)..... 415

Págs.

2. (Impuesto de Registro). Acción de revisión de la liquidación del impuesto de registro contenida en las Resoluciones 625, 1004 y 129 de la Beneficencia y de la Gobernación de Cundinamarca. (Sentencia de Junio 9 de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Actor: Banco Panamericano. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz)..... 417

TITULO VII

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO UNICO

EXCEPCIONES Y TERCERIAS

1. (Tesorería de Medellín). Juicio por jurisdicción coactiva del Tesorero de Medellín contra la Compañía "Hotel Nutibara S.A." (Auto de 4 de Febrero de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro)..... 427

La Edición de ésta Obra se Terminó de imprimir en los Talleres de Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en el mes de junio de 1973.

BOGOTA, D.E.