REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LII TOMO XCII

NUMEROS 453 – 454

PRIMER SEMESTRE

1977

RELATORES:

DR. ANTONIO JOSE ARCINIEGAS A. DRA. NUBIA GONZALEZ CERON

CONSEJO DE ESTADO - BIBLIOTECA
DONAC.
CANJE X
COMP.
VALOR $ No.
FECHA INGRESO AGOSTO 11-1988

CONSEJO DE ESTADO

1977

SALA PLENA

Presidente: Dr. MIGUEL LLERAS PIZARRO

Vicepresidente: Dr. Luis Carlos Sáchica Aponte

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

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

SECCION SEGUNDA

Dr. Nemesio Camacho Rodríguez
Dr. Alvaro Orejuela Gómez
Dr. Carlos Aníbal Restrepo S.
Dr. Rafael Tafur Herrán
(hasta mayo 15)
Dr. Samuel Buitrago Hurtado
(desde mayo 16)

SECCION TERCERA

Dr. Carlos Portocarrero Mutis
Dr. Osvaldo Abello Noguera
Dr. Jorge Valencia Arango
Dr. Carlos Betancur Jaramillo

SECCION CUARTA

Dr. Jorge Dávila Hernández
Dr. Bernardo Ortiz Amaya
Dr. Gustavo Salazar Tapiero
Dr. Miguel Lleras Pizarro

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Samuel Arango Reyes
Dr. Jaime Betancur Cuartas

Dr. Luis Carlos Sáchica Aponte
Dr. Mario Latorre Rueda

FISCALES

1º Dr. Carlos Ramírez Arcila
2º Dr. Gilberto Gartner Posada

3º Dr. Jorge Dangond Flórez
4º Dra. Haydée Anzola Linares

RELATORES

Dr. Antonio José Arciniegas Arciniegas

Dr. Camilo Vargas Ayala

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE COMUNICACIONES

CONTRATOS DE ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES RURALES Y URBANOS. — Si se trata de compra directa de inmuebles urbanos por entidades de derecho público, debe aplicarse el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, ya que las normas del 2895 de 1963 en nada contradicen, ni derogan o modifican, ni expresa ni tácitamente, su disposición sobre el requisito del avalúo del Instituto, porque son normas específica y exclusivamente aplicables a compra de bienes rurales. Y si se refiere a éstos, la compra debe hacerse de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2895.

RELATORIA: Con oficio número 578 de junio 28 de 1977 el Ministro de Comunicaciones autorizó la publicación. **Edné Cohen Daza**, Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., cuatro (4) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Consejero ponente: Doctor *Luis Carlos Sáchica.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 949

El señor Ministro de Comunicaciones en oficio número 03400 del 16 de enero del presente, formula a la Sala la siguiente consulta:

"La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, establecimiento público adscrito al Ministerio de Comunicaciones, desea conocer el criterio de esa honorable corporación en cuanto se refiere a la observancia que deben darle los establecimientos públicos a lo estatuido en el Decreto 2927 de octubre 1º de 1954, que exige el requisito del avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi para toda compra de inmuebles.

"Se ponen de presente las siguientes consideraciones:

"El Decreto 2927 de octubre 1º de 1954, en sus artículos 1º y 5º se refiere a las distintas formalidades y requisitos que deben llenar los contratos que celebre el Gobierno Nacional y concede autorizaciones a los Ministros y a los Jefes de Departamentos Administrativos para celebrar determinada clase de ellos.

"El artículo 6º del Decreto en mención, expresó que cuando se tratare de bienes inmuebles era necesario en todo caso el avalúo hecho por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi

"Existe el artículo 7º del Decreto 2895 de noviembre 26 de 1963 que obliga a las entidades de derecho público a obtener el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, únicamente cuando se tratare de predios rurales.

"Del texto del Decreto 2927 de 1954, no surge con claridad que las entidades descentralizadas, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado estén obligadas a obtener el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuando se tratare de compra de inmuebles.

"El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en circular número 06-1/7974 de octubre 3 de 1974, recuerda a los institutos descentralizados entre otros, que deben someterse al avalúo de esa entidad en todo acto de adquisición de bienes raíces, y señala como fundamento el Decreto 2927 de 1954.

"De conformidad con los planteamientos hechos, SE CONSULTA:

"1. ¿Debe la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en su condición de establecimiento público, observar lo estatuido en el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, en cuanto se refiere a la adquisición de bienes raíces, urbanos o rurales?".

En primer término, confrontemos las normas cuya interpretación motiva la consulta:

Artículo 6º, Decreto 2927 de 1954:

"*En todo caso* será necesario, cuando se trate de compraventa de bienes inmuebles, el avalúo hecho por el Instituto Geográfico de Colombia 'Agustín Codazzi' ". (Subraya la Sala).

Artículo 7º, Decreto 2895 de 1963:

"Las entidades de derecho público, *en los casos en que adquieran por negociación directa un inmueble rural,* no podrán pagar por éste un precio superior al que figure en el catastro conforme a las disposiciones de los artículos primero y sexto del presente Decreto". (Subraya la Sala).

Generalizándolo, el problema que plantea la consulta es el de si los establecimientos públicos del orden nacional, deben cumplir en los contratos de adquisición de bienes inmuebles, rurales o urbanos, con el requisito de ajustarse al avalúo que haga el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, o si, en virtud de lo que dispone el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, para estas adquisiciones solo obliga el avalúo en tratándose de predios rurales, como parece afirmarlo en uno de los apartes de su comunicación el Despacho consultante.

Con el fin de determinar el régimen legal de estos contratos, debe anotarse que el artículo 32 del Decreto 3130 de 1968 estatuye que los contratos de los establecimientos públicos deberán contener las cláusulas que la ley exige para los del Gobierno, en lo tocante a garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas. Disposición que ha hecho deducir que tales contratos son administrativos por la aplicación en ellos de esas prerrogativas propias del Poder Público, conclusión reforzada por la adscripción de las controversias que en su ejecución surjan al conocimiento de la justicia administrativa, como lo prescribe el artículo 36 del mismo Decreto, cuando se haya pactado la cláusula de caducidad.

Todo esto corresponde bien a la definición del establecimiento público como entidad descentralizada que desarrolla sus actividades conforme a las reglas del Derecho Público, según el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, y a la naturaleza de su actividad ordinaria que, de acuerdo con la misma definición, es primordialmente ejercicio de funciones administrativas.

De manera que si la tendencia legislativa observada en las normas que se citan es la de asimilar los actos de los establecimientos públicos a los de la Ad

ministración central, en cuanto a su régimen de derecho, en principio, no hay duda sobre la aplicación del artículo 6º del Decreto 2927 a los contratos a que se refiere la consulta, tanto más si se tiene en cuenta el carácter absoluto de sus términos, que no da lugar a excepción alguna, por razón de la naturaleza del ente contratante, ni por la del inmueble que se adquiere, ya que el texto no distingue sujetos ni tampoco la clase de bienes objeto de compraventa.

Pero la duda surge cuando se advierte que la norma posterior y especial, contenida en el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, podría haber modificado la del 6º del Decreto 2927, en el sentido de excluir la forzosidad del avalúo hecho por el mencionado Instituto para la compra directa de bienes urbanos, por entidades de derecho público, reservando tal requisito para los rurales.

Para dilucidar este punto ha de tenerse en consideración que, mientras el Decreto 2927 es un Decreto que regula aspectos generales propios de contratos administrativos y dentro de ellos, los de adquisición de inmuebles, sin diferenciar los rurales de los urbanos, el Decreto 2895 se refiere exclusivamente a bienes rurales, en cuanto al efecto de que sus avalúos inciden en aspectos tributarios y expropiaciones y, finalmente, compraventa de los mismos por entidades de derecho público, subordinándola a su precio catastral.

O sea que este segundo Decreto tiene el carácter de un estatuto especial en cuanto a su materia que es la de los fundos rurales en los aspectos anotados, y por ser especial y posterior prima en tales aspectos sobre las normas del Decreto 2927, siguiendo las reglas sobre interpretación dadas por la Ley 153 de 1887, artículo 2º, en aquellos puntos en que sus disposiciones sean distintas o incompatibles con las del primeramente citado, pero deja vigentes las normas que no pugnan con las de la nueva ley, al tenor del artículo 72 de la misma Ley.

Integrando, pues, los dos estatutos en el tema de la consulta se tiene que, si se trata de compra directa de inmuebles urbanos por entidades de derecho público, debe aplicarse el artículo 6º del Decreto 2927, ya que las normas del 2895 en nada contradicen, ni derogan o modifican, ni expresa ni tácitamente, su disposición sobre el requisito del avalúo del Instituto, porque son normas específica y exclusivamente aplicables a compra de bienes rurales. Y si se refiere a éstos, la compra debe hacerse de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2895.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Mario Latorre Rueda. Carlos Restrepo Piedrahita, Luis Carlos Sáchica.*

Rafael Acosta Guzmán, Secretario.

MINISTERIO DE GOBIERNO

VIAS DE HECHO. — De que trata el artículo 32 de la Ley 200 de 1936. — ¿Qué se entiende por tales? — Procedimiento especial para el caso de que se presenten. — Reglamentación de los órdenes policivo nacional y local. — Ocupación de hecho de terrenos baldíos y medidas policivas.

ACCIONES POLICIVAS: POSESORIA Y PENAL. — Procedimientos para su trámite.

POSESION. — Procedimiento sobre perturbación de la posesión.

RELATORIA: Febrero 14 de 1977. Con oficio 54 fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 1119.

Por cuanto existen criterios dispares entre el Ministerio de Gobierno, Procuraduría General de la Nación y Gobernaciones Departamentales, respecto a algunos asuntos de Policía, el Ministro de Gobierno formula a la honorable Sala de Consulta y Servicio Civil, las siguientes preguntas:

PRIMERA PREGUNTA. ¿Las autoridades de Policía, para evitar las vías de hecho de que trata el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, deben atenerse al Código Nacional o a los respectivos Códigos Departamentales de Policía?

RESPUESTA. Al respecto importa saberse:

A. — Dice el artículo 32 de la Ley 200 de 1936: "Las disposiciones de esta Ley no impiden que mientras actúa el juez de tierras, la policía evite las vías de hecho". Después la Ley 4ª de 1943 suprimió los jueces de tierras y quedaron adscritas sus funciones a los Jueces de Circuito, en virtud de la competencia del numeral 12 del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

B. — ¿Qué se entiende por VIAS DE HECHO? El artículo 86 del Decreto 59 de 1938, reglamentario de la Ley 200 de 1936, señala de manera enunciativa el concepto cuando dice:

"Para que, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 200, las autoridades de Policía puedan evitar las vías de hecho, es necesario que se trate de actos como cambio o destrucción de cercas, mojones o linderos, derivación de aguas y otros análogos, o hechos que impliquen destrucción de riqueza, como la

tala de bosques, y que la queja se presente dentro de los cinco días siguientes al primer acto de depredación o violencia, siendo entendido que las medidas que tome la policía tienen carácter de provisionales y, en consecuencia, no constituyen obstáculo para la intervención del respectivo juez de tierras".

C. — El término de cinco días a que se refiere el artículo anterior se amplió a treinta días en el Decreto 1999 de 1940;

D. — Por razón de vías de hecho aparece claro que es competencia de las autoridades de policía intervenir, trátese de predios urbanos como rústicos. Ello tiene respaldo en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, en el Decreto 1999 de 1940 y en el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía);

E. — Cabe preguntarse ya, ¿cuál será el procedimiento especial para el caso de que se presenten vías de hecho?

¿Qué aplicarán las autoridades de Policía cuando, en verdad, no está previsto ese procedimiento en el Código Nacional de Policía, y, en cambio, sí lo está en Códigos Departamentales de Policía, como, por vía de ejemplo, en el de Antioquia (Ordenanza 12 de 1927, artículos 648 a 654), y en el de Caldas (Ordenanza 018 de 1971)?

En este apecto es menester aseverar que corresponde al legislador, bien ordinario como al Gobierno en uso de facultades extraordinarias, dictar las normas con fuerza de ley acerca del orden policivo nacional. Esas normas son de jerarquía prevalente sobre las ordenanzas de las asambleas departamentales. Así las cosas, en materia policiva será aplicable el Decreto-ley 1355 de 1970. EMPERO, como en la reforma constitucional de 145 el artículo 187 de la Carta dejó a las asambleas la reglamentación de lo policivo local "en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley", es decir, que ya las asambleas SON SUBSIDIARIAS DE LA LEY, en ese aspecto, y así quedó también dicho en la Reforma Constitucional de 1968, y como en el citado Decreto no se regula el procedimiento cuando se trate de las aludidas "VIAS DE HECHO", RESULTA AFIRMABLE que en ello tendrá aplicación las normas que estén previstas en los Códigos de Policía de los respectivos Departamentos. Ello, se repite, si no hay leyes sobre la materia, porque si las hubiere, serán de prevalencia.

SEGUNDA PREGUNTA. ¿Pueden estas autoridades intervenir en la ocupación de hecho de terrenos baldíos y qué procedimiento deben seguir?

RESPUESTA. Esta resulta de las normas que a continuación se refieren:

A. — El artículo 1º del Decreto 992 de 1930, reglamentario del artículo 15 de la Ley 57 de 1905, dice: "Toda persona que se le hubiere privado de hecho de la tenencia material de una finca sin que haya mediado su consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad competente, podrá pedir por sí o por medio de apoderado debidamente constituido al respectivo alcalde municipal la protección consagrada en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905".

"Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando se trate de ocupantes de baldíos, ya sean demandantes o demandados. En estos casos, se estará a lo dispuesto en los artículos 78, 79 y 80 del Código Fiscal y el artículo 2º de la Ley 45 de 1917, según el caso". (Subraya la Sala).

El Código Fiscal expresa:

"Artículo 78. Las controversias que se susciten entre colonos que no hayan obtenido todavía título de adjudicación o entre éstos y extraños, que no exhiban resolución de adjudicación definitiva registrada, se tramitan y deciden como juicio de policía.

"Artículo 79. Las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos y éstos, con terceros, que reclamen dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente, por la vía ordinaria, bien entendido que los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores.

"Artículo 80. En los juicios de que tratan los artículos anteriores, en que sean parte cultivadores o colonos, que no hayan obtenido título de adjudicación, se debe citar y tener como parte al respectivo Agente del Ministerio Público".

La Ley 45 de 1917, artículo 2º, dice: "En los juicios o controversias que se promuevan o susciten entre los individuos colonos y adjudicatarios de tierras baldías, deberán observarse, además de las disposiciones que sobre procedimiento e intervención del Ministerio Público establecen los artículos 78, 79 y 80 de la Ley 110 de 1912, las siguientes:

"a) Los cultivadores de terrenos baldíos establecidos en ellos con casa y labranza serán considerados como poseedores de buena fe y no podrán ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio civil ordinario;

"b) En el caso de que el cultivador pierda el juicio de propiedad, no será desposeído del terreno que ocupa sino después de que haya sido indemnizado el valor de las mejoras hechas en él como poseedor de buena fé, tales como desmontes, cultivo y explotación de minas.

"La estimación de estas mejoras se hará por peritos, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Judicial, y

"Mientras no se haya cubierto al respectivo cultivador el valor de tales indemnizaciones, no habrá derecho alguno para pedir el lanzamiento".

EN CONSECUENCIA, las autoridades de policía intervienen en la ocupación de hecho de terrenos baldíos, en la medida y con el procedimiento que para las diversas situaciones contemplan las expresadas normas del Código Fiscal y el artículo 2º de la Ley 45 de 1917.

TERCERA PREGUNTA. En relación con la acción policiva que debe proteger el hecho de la posesión, a que se refieren los artículos 125 y siguientes del Decreto 1355 de 1970, ¿qué procedimiento hay que seguir: el establecido en el Código Nacional, en el Decreto 522 de 1971, o el indicado por los respectivos Códigos Departamentales?

RESPUESTA.

A. — Dice el artículo 125 del Código Nacional de Policía: "La policía solo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien, y en el caso de que se haya violado ese derecho, para restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación". En los procesos de Policía no se controvertirá el derecho de dominio ni se considerarán las pruebas que se exhiban para acreditarlo (artículo 126). Las medidas de Policía para proteger la posesión y tenencia de bienes se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa. (Artículo 127). La protección que la Policía preste al poseedor, se dará también al mero tenedor. (Artículo 128). Cuando se trate de diligencias tendientes a verificar el estado y tenencia de inmuebles frente a actos de perturbación se practicará siempre una inspección ocular con intervención de peritos, y se oirá dentro de tal inspección a los declarantes que presenten el querellante y el querellado.

B. — Conviene recordar que la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar o a nombre de él. El poseedor es

reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo. (Artículo 762, Código Civil). Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. (Artículo 775, Código Civil).

C. — A su vez, el artículo 105 del Decreto-ley 522 de 1971, modificatorio del Código Nacional de Policía, dice: "Que los procesos por los delitos de lesiones personales y contra la propiedad, en los casos atribuidos a la competencia de la Policía se tramitarán por el procedimiento previsto en el capítulo a que pertenece dicha norma".

D. — Por lo demás, el artículo 5º del Decreto 2461 de 1962, reglamentario de la Ley 135 de 1961 —sobre reforma graria— en su artículo 5º trae como una noción de perturbaciones posesorias: "...las individuales o colectivas, en la pacífica posesión de los predios rurales privados, esto es, los que se acompañen de amenazas o de violencia actual o inminente, u originen o puedan dar lugar a problemas de carácter social o susceptibles de alterar el orden público, todo ello a juicio de la autoridad que conozca el negocio...".

E. — ENTONCES, para responder esta pregunta hay que distinguir:

1. LA ACCION POLICIVA POSESORIA para proteger el hecho de la posesión se tramita según lo previsto en el artículo 125 y siguientes del Decreto-ley 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).

2. LA ACCION POLICIVA PENAL para proteger el hecho de la posesión se tramita por el procedimiento indicado en el Decreto 522 de 1971, modificatorio del Código Nacional de Policía (Decreto-ley 1355 de 1970), y que se refiere a contravenciones.

3. En lo no consignado en la ley, se estará al procedimiento señalado en los respectivos Códigos Departamentales de Policía, en gracia de su aplicación subsidiaria, por la competencia de las Asambleas Departamentales de "reglamentar lo relativo a Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal". (Artículo 187, Constitución Nacional), y conforme a lo expresado al responder la primera pregunta.

CUARTA PREGUNTA. ¿La acción policiva a que se refiere el artículo 130 del Decreto 1355 de 1970, en relación con los permisos y mercedes de aguas, por qué procedimiento se adelanta?

RESPUESTA.

A. — El artículo 130 aludido dice que "la Policía velará por la conservación y utilización de las aguas de uso público. En consecuencia, el jefe de Policía deberá evitar el aprovechamiento de dichas aguas cuando no se haya obtenido el correspondiente permiso y velará por el cumplimiento de las condiciones impuestas en él y en las mercedes de aguas".

B. — Según el artículo 677 del Código Civil "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la unión, de uso público en los respectivos territorios.

"Exceptúanse las vertientes que recaen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

C. — EL PROCEDIMIENTO para la acción de conservación y utilización de las aguas de uso público, está reglamentado en el Decreto-ley 2811 de 1974, llamado Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, y dictado en desarrollo de las facultades concedidas por la Ley 23 de 1973. En la parte III, de las aguas no marítimas, están las disposiciones generales; del dominio de las aguas y sus cauces; de los modos de adquirir el derecho al uso de las aguas; de la ocupación y explotación de los cauces, playas y lechos, y especialmente del uso, conservación y preservación de las aguas. Está la materia contenida entre los artículo 77 a 163, pero vale la pena transcribir algunos artículos:

Sección IV. — Procedimiento para el otorgamiento. — Artículo 76. El dueño o el poseedor de predio o industria podrá solicitar concesión de aguas. También podrá hacerlo el tenedor, a nombre del propietario o del poseedor.

Artículo 97. Para que pueda hacerse uso de una concesión se requiere:

"a) Su inscripción en el registro;

"b) La aprobación de las obras hidráulicas para servicio de la concesión".

CAPITULO III. Otros modos de adquirir derechos al uso de las aguas.

Artículo 98. Los modos de adquirir derecho a usar las aguas se regirán según lo previsto para los referentes al uso de los recursos naturales de dominio público.

D. — Desde luego, y con base en respuestas anteriores, en la materia en que no esté este aspecto regulado por la ley, se estará a la reglamentación y a lo dispuesto en los Códigos Departamentales de Policía.

QUINTA PREGUNTA. ¿El artículo 131 del Decreto 1355 de 1970, como norma procedimental sobre perturbación de la posesión, deroga todo el procedimiento que sobre la misma materia consagran los Códigos Departamentales?

RESPUESTA.

A. — El artículo 131 dice que "cuando se trate de diligencias tendientes a verificar el estado y la tenencia de inmuebles frente a actos de perturbación, se practicará siempre una inspección ocular con intervención de peritos y se oirá dentro de tal inspección a los declarantes que presenten el querellante y el querellado".

B. — Ya se dijo antes, en respuesta a la pregunta tercera, que por no existir en el Código Nacional de Policía todo un procedimiento para la acción de protección del hecho de la posesión frente a perturbaciones, se aplicará en subsidio el procedimiento establecido en los diversos Códigos Departamentales de Policía.

C. — Ahora bien: como en el artículo transcrito se impone una inspección ocular y oírse dentro de ella a los declarantes que presenten el querellante y el querellado, y esa norma es de jerarquía nacional, es claro que debe cumplirse, pero ello no implica derogación de las normas pertinentes de los Códigos Departamentales de Policía, sino que consigna unos medios probatorios que deben considerarse como complementarios para el desenlace jurídico de la controversia, para la mejor verificación de los hechos. La disposición que contiene esas específicas pruebas no dice que son exclusivas, sino que deben siempre realizarse, sin que ello implique exclusión de las demás.

D. — DE CONSIGUIENTE, el artículo 131 del Decreto 1355 de 1970, como norma procedimental sobre perturbación de la posesión, NO DEROGA el procedimiento que sobre la misma materia consagran los Códigos Departamentales de Policía.

SEXTA PREGUNTA. Me permito llevar ante ustedes otra consulta en relación con las acciones de Policía en los juicios posesorios, referente a la intervención de los Procuradores Agrarios.

RESPUESTA.

A. — Dice el artículo 110 de la Ley 35 de 1961 sobre reforma agraria: "Las acciones de Policía, posesorias o penales, a que haya lugar por razón de perturbaciones individuales o colectivas en la pacífica posesión de predios privados se tramitarán con preferencia a cualquier otro asunto por las autoridades respectivas con intervención de los Procuradores Agrarios, y éstos mantendrán informado al Instituto del curso de la actuación en cuanto sea pertinente".

B. — El Decreto reglamentario distinguido con el número 2461 de 1962 dice, en su artículo 5º: "Perturbaciones de la posesión. Tramitación preferente. Conforme al artículo 110 de la Ley 135 de 1961, las acciones de Policía, posesorias o penales a que haya lugar por razón de perturbaciones individuales o colectivas, en la pacífica posesión de los predios rurales privados, esto es, las que se acomapañan de amenazas o de violencia actual o inminente, u originen o puedan dar lugar a problemas de carácter social o susceptibles de alterar el orden público, todo ello a juicio de la autoridad que conozca del negocio, se tramitarán con preferencia a cualquier otro asunto. La misma tramitación preferente deberá darse a los negocios a que se refiere este inciso, cuando así lo solicitare expresamente el Procurador Agrario".

Y agrega el inciso 3º del artículo 5º: "En los casos a que se refiere el inciso primero, deberá provocarse la intervención del Procurador Agrario, mediante simple aviso telegráfico o escrito, dirigido por el funcionario del conocimiento al Procurador Agrario de la respectiva sede seccional, si lo hubiere, o al Procurador General de la Nación en caso contrario, pero la actuación deberá continuarse aunque el Procurador avisado no interviniere efectivamente".

C.—Se observa entonces que no pueden desligarse los casos de tramitación preferencial por perturbaciones de la posesión, a juicio del funcionario que conoce, y el de la intervención del Procurador Agrario. De igual manera, debe darse un trámite preferente cuando el Procurador Agrario lo solicita, circunstancia que también conlleva la intervención de este funcionario. Se busca en las situaciones contempladas que el Procurador Agrario, con su presencia, vigile el cumplimiento de los fines sociales señalados en el artículo 1º de la misma, entre ellos el de asegurar la conservación, defensa, mejoramiento y adecuada utilización de la posesión de la tierra, fines que por demás servirán de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución por expresa norma de la misma ley. Pero la intervención del Procurador Agrario se hará en esos expresos casos que dice la ley.

POR LO TANTO, puede decirse que la intervención del Procurador Agrario es requerida, para la materia de la consulta, solo en los casos perturbatorios de la posesión, que exijan TRAMITE PREFERENCIAL.

SEPTIMA PREGUNTA. Conforme a lo anterior, aun cuando no existan las circunstancias de violencia actual, ni se precise el trámite preferencial, ¿es de todos modos obligatorio el pedir la intervención del Procurador Agrario, so pena de quedar el juicio viciado de nulidad?

RESPUESTA.

El Capítulo IV —Procuradores Agrarios— artículo 13 de la Ley 135 de 1961, señala en su literal a):

Artículo 13. Son funciones de los Procuradores Agrarios:

"a) Tomar parte como agentes del Ministerio Público en actuaciones judiciales, administrativas y de Policía relacionadas con problemas rurales para los cuales la intervención de dicho Ministerio *esté prevista en las leyes vigentes*". (Subraya la Sala).

B. — Como se ve, la intervención de los citados funcionarios no es ilimitada sino circunscrita al mandato legal. Actúan en los casos que dice la ley, como acabamos de ver, cuando ocurren perturbaciones de la posesión de la tierra, en circunstancias que hacen preferencial el trámite, y en las demás ocasiones que haya previsión legal. No es, pues, de todos modos imprescindible la presencia de los Procuradores Agrarios, ni en todos los casos hay que provocar la intervención de dichos funcionarios, y por ello, no se constituye irregularidad alguna su ausencia cuando la ley no lo requiere. Más aún, la obligación del funcionario de Policía en los casos de trámite preferencial es la de "provocarse la intervención del Procurador Agrario, mediante simple aviso telegráfico o escrito, dirigido por el funcionario del conocimiento al Procurador Agrario de la respectiva sede seccional, si lo hubiere, o al Procurador General de la Nación en caso contrario, *pero la actuación deberá continuarse, aunque el Procurador avisado no interviniere efectivamente*". (Decreto reglamentario número 2461 de 1962, artículo 5º, inciso 3º).

C. — Por lo demás, las causales de nulidad, por implicar sanción legal a un acto jurídico deben estar consignadas en forma expresa, no se las presume, y por tener carácter excepcional son de naturaleza restrictiva, y en el aspecto que se estudia de la consulta, no está prevista nulidad alguna.

DE CONSIGUIENTE, no es de todos modos obligatorio el pedir la intervención del Procurador Agrario, ni ello implica la configuración de nulidad en la tramitación realizada.

En los anteriores términos quedan contestadas las preguntas del señor Ministro de Gobierno.

Cópiese y transcríbase.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE GOBIERNO

INHABILIDADES ELECTORALES. — Artículos 108 y 114 C. N. y artículo 1º Ley 17 de 1969. — Proyecto de acto legislativo número 4 de 1976, artículo 14, sobre cambio y separación de fechas para las elecciones de Presidente de la República y miembros del Congreso.

RELATORIA: Febrero 14 de 1977. Con oficio 126 fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza** Secretaria.

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

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación número 1124.

El señor Ministro de Gobierno hace la siguiente consulta:

"Cursa en el Congreso de la República el proyecto de acto legislativo número 4 de 1976, por el cual se reforma la Constitución Nacional, proyecto cuyo artículo 14 dice:

"Las elecciones de Presidente de la República y de miembros del Congreso se efectuarán en días distintos de la fecha que determine la ley.

"Parágrafo transitorio. Si no se hubiere expedido la ley de que trata el inciso anterior, las elecciones para miembros del Congreso, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Consejos Intendenciales y Comisariales y Presidente de la República que deberán efectuarse en el año de 1978, tendrá lugar el segundo domingo de febrero y el primer domingo de junio, respectivamente".

"Bien sabido es por ustedes que la Ley 17 de 1969, expedida en desarrollo del artículo 114 de la Carta, fija el tercer domingo de abril para las elecciones conjuntas de Presidente de la República y de miembros de las corporaciones públicas, fecha que en la actualidad es la vigente para no inhabilitarse, por quienes desempeñando los cargos enunciados en el artículo 108 de la Constitución, aspiran a formar parte del Congreso, Asambleas y Concejos.

"Ante la expectativa de ser aprobado el proyecto reformatorio de la Constitución y de manera especial el artículo transcrito, ¿la inhabilidad establecida por el artículo 108 de la Carta debe contarse con anterioridad al tercer domingo de abril o bien esa cuenta debe hacerse con anterioridad a la nueva y anticipada fecha de tales elecciones?

"Ciudadanos y parlamentarios de distintas tendencias han pedido al Ministerio opiniones sobre esta eventualidad y algunos Gobernadores desean también una definición al respecto, pues ellos deben cumplir con la obligación de publicar las listas de ciudadanos no elegibles de que trata el artículo 219 de la Ley 85 de 1916".

SE CONSIDERA:

1. En atención a la urgencia de la respuesta, la Sala, que acaba de recibir la consulta, de inmediato se ha ocupado de su estudio y respuesta.

2. Dice el artículo 114 de la Constitución que "el Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley.

"La elección de Presidente de la República y de miembros del Congreso, se hará en un mismo día, en la fecha que determine la ley, la de las corporaciones a que se refiere el inciso 3º del artículo 83 se efectuará el mismo día, cuando su renovación coincida con la del Congreso".

3. Por su parte el artículo 108 de la misma Constitución señala las personas inelegibles, así:

"El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o diputados, los gobernadores, los alcaldes de capitales de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los contralores departamentales y los secretarios de gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la Circunscripción electoral respectiva.

Dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido senador y representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones".

4. A su vez el artículo 1º de la Ley 17 de 1969 dice: "En desarrollo del artículo 114 de la Constitución Nacional, señálase a partir de 1970, el tercer domingo del mes de abril para elección de Presidente de la República, Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados a las Asambleas Departamentales, Consejeros Intendenciales y Concejales.

"Parágrafo. En las elecciones para Consejeros Intendenciales regirá lo dispuesto en el parágrafo transitorio, del artículo 172 de la Constitución Nacional sobre Asambleas y Concejos".

5. Como se dice en la consulta el aparte del Acto Legislativo número 4 de 1976 que se transcribe es un proyecto que, es de dominio público, apenas ha sido aprobado en su primera tramitación —llamada primera vuelta— y falta similar trámite —segunda vuelta—. Así, pues, como es un mero proyecto, no hay norma definida por el constituyente, es apenas una situación de expectativa, es una mera iniciativa, no ha nacido el contenido a la vida constitucional del Estado.

6. En tales circunstancias aparece la confrontación para su aplicación, de textos constitucionales y legales ciertos, válidos, vigentes, con meras situaciones de expectativa, de iniciativa, de normas en trámite de contenido reformatorio, pero aún sin su definitiva aprobación por el órgano competente que es el CONSTITUYENTE.

¿Qué sucede entonces? La respuesta es obvia: Tienen su plena aplicación las normas constitucionales transcritas y la Ley 17 de 1969 porque todavía conservan su existencia constitucional y legal, sin que por norma de igual categoría, emanada de la entidad competente, se le haya quitado del actual ordenamiento jurídico.

7. Es de observarse, que si llegare a darse aprobación al proyecto de acto legislativo a que se refiere la consulta, las fechas de las elecciones separadas serán las que se señalaren en la ley que se expida en su desarrollo, y SUBSIDIARIAMENTE lo serán las indicadas en el parágrafo transitorio, en caso de que no se alcance a dictar la dicha ley. El texto de esa iniciativa en esto es sumamente claro.

EN CONSECUENCIA, SE RESPONDE

1. En la actualidad, y en relación con la consulta, conservan plena aplicación los artículos 114 y 108 de la Constitución Nacional, así como el artículo 1º de la Ley 17 de 1969.

2. En el supuesto de aprobarse el proyecto de acto legislativo número 4 de 1976, las fechas separadas de elecciones serán las que se indiquen en la ley que se dicte en su cumplimiento, y SUBSIDIARIAMENTE, el parágrafo transitorio, si fuere aprobado.

3. Partiendo de la base de que tuviere aplicación el parágrafo transitorio del citado proyecto de acto legislativo, en su texto actual, porque no se dictare la ley, las inhabilidades respectivas empiezan a contarse un año antes de los días en él indicados para efectuar las correspondientes elecciones.

Transcríbase.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE COMUNICACIONES

CLAUSULA COMPROMISORIA. — Aplicación de la cláusula compromisoria consignada en contratos celebrados por establecimientos públicos, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 13 de la Ley 4ª de 1964.

TRANSACCION. — Los establecimientos públicos carecen de esa facultad.

RELATORIA: Con oficio 24 de marzo 30 de 1977, fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., marzo catorce de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Arango Reyes.*

Radicación número 1123.

El señor Ministro de Comunicaciones, en oficio de 9 de febrero pasado, distiguido con el número 00127, hace a esta Sala una consulta relacionada con la aplicación de la cláusula compromisoria consignada en contratos celebrados por establecimientos públicos, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 13 de la Ley 4ª de 1964.

Como antecedentes consigna el Ministerio en el oficio a que se hizo referencia, los siguientes, que se reproducen aquí para mejor entendimiento de la cuestión:

1º "Según los artículos 1º, 2º y 13 de la Ley 4ª de 1964, los establecimientos públicos están facultados para someter a arbitramento las diferencias que se presenten con los contratistas en los contratos de estudio, construcción, mejora y conservación de las obras que corresponde ejecutar a tales entidades.

2º "En un contrato de construcción de obra que uno de los establecimientos públicos adscritos a este Ministerio ha celebrado, bajo la vigencia de la Ley 4ª de 1964, se estipuló que se someterían a la decisión de árbitros las divergencias que llegaren a presentarse por razón del cumplimiento de las obligaciones en él contenidas, con excepción de las que se originaran en la declaratoria de caducidad administrativa".

La consulta comprende cinco cuestiones, a las cuales se referirá la Sala a continuación, en el mismo orden que vienen formuladas:

Primera cuestión. "¿En caso de incumplimiento por parte de la Administración de un contrato en el cual se estipuló la cláusula compromisoria, ¿pueden las partes llegar a un acuerdo sobre las pretensiones del contratista sin valerse de árbitros para el efecto?".

Respuesta. En primer lugar, es clara la facultad que tenían los establecimientos públicos para someter a arbitramento las diferencias que se presenten en los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964. Así lo establece el artículo 13.

Por otra parte, con fundamento en razones de carácter general, el fallo que profieran los tribunales de arbitramento convocados en virtud de la cláusula compromisoria incluida en contratos administrativos, debe ser en derecho.

A este respecto, es oportuno transcribir la opinión de esta misma Sala, expresada en concepto de 12 de julio de 1972, radicación número 656: "Es necesario determinar exactamente el alcance de la autorización contenida en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1964. Ella debe entenderse en el sentido de que las entidades a que se refiere dicha Ley que da facultades para convenir que en los contratos regulados por la misma ley, se utilice el procedimiento especial del arbitraje para solucionar las controversias surgidas con los contratistas en vez de acudir a la jurisdicción ordinaria. Tal autorización no implica más facultades. La innovación de la Ley 4ª de 1964 en esta materia no puede ir más allá de permitir que los organismos administrativos, al igual que los particulares, puedan derogar la jurisdicción ordinaria y constituir tribunales de arbitramento más expeditos o técnicos. Pero la Ley 4ª mencionada, al tomar esta institución de Derecho Privado y trasladarla al campo del Derecho Administrativo no puede tener como consecuencia que su aplicación sea idéntica en uno y otro sector, pues ello desnaturalizaría el carácter específico del Derecho Público. Quiere esto decir que por el hecho de que, con las restricciones vistas, los entes administrativos, puedan pactar en sus contratos de obras públicas la cláusula compromisoria, sin omitir la de caducidad administrativa, queden también autorizados para convenir libremente que el fallo arbitral sea en derecho o en conciencia. Porque la ley solo ha querido permitirles la posibilidad de cambiar el juez, mas no el régimen legal de sus actividades, interpretación extensiva que no es admisible, porque los actos de la Administración siempre deben tener por contenido y fin los que expresa y previamente les señala la ley para que sean válidos. Entonces las circunstancias de que las diferencias con los contratistas sean falladas por el juez ordinario o por árbitros, no implica que en el segundo caso el fallo se produzca sin sujeción al derecho, esto es, dejando la solución al buen criterio de los árbitros, porque la Administración no puede renunciar al régimen legal que justifica toda su actuación".

Establecido de acuerdo con lo anterior que aquellos entes públicos podían estipular en los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964, la cláusula compromisoria, y que el fallo del tribunal de arbitramento convocado de acuerdo con aquélla, debe ser fallo en derecho, cabe preguntar si sería posible acordar que el pronunciamiento de los árbitros fuera en conciencia.

En relación con esta cuestión parece suficiente transcribir otros apartes del mismo concepto de esta Sala, citado anteriormente, los cuales por su claridad y precisión, relevan a la Sala en esta oportunidad, de nuevos comentarios al respecto.

"...el arbitraje es, por regla general, en derecho. Es conciencia solo cuando, de modo expreso, lo acuerdan los contratistas, en tal caso, los árbitros deben gozar por manifestación de aquéllos de facultad para conciliar, exigencia lógica, porque este tipo de fallo, fundado en la equidad y no en el puro derecho, es imposible sin tal potestad. No se ve por qué no

pueda transigir la administración, puesto que como para cualquier sujeto sus derechos son controvertibles, por tal razón, es lógico aceptar que la ley podría autorizarlo para precaver y convenir la manera de solucionarlos. Por esto, dentro de las restricciones de la ley y de la jurisprudencia que la aplica, habiendo capacidad para transigir que supone facultad dispositiva sobre aquello que es materia de la transacción, la administración puede, sin sacrificar los privilegios del Poder Público ni comprometer los intereses sociales que representa, pactar arbitraje en los aspectos de sus relaciones contractuales no reglamentados por la ley imperativamente, si se le ha dado facultad para convenir tal estipulación. Pero, igualmente, en un estado de derecho, se procura mediante la regulación objetiva dada por la ley en forma previa, eliminar de la conducta y actividades de los gobernantes y administradores toda manifestación de arbitrio personal de los funcionarios, reducir las facultades discrecionales y a la apreciación subjetiva de las situaciones y la adopción caprichosa de las decisiones que deben tomarse. Así lo expresa la Constitución en su artículo 2º, cuando dice que 'los Poderes Públicos se ejercerán en los términos que esta Constitución establece', principio de la subordinación de toda la actuación del estado al derecho. Esta norma se traduce en que las actuaciones administrativas requieren norma previa y expresa que las faculte, con la consecuencia de que son irregulares y quedan sin efectos cuando contrarían la ley, no tienen base legal o exceden la autorización de la norma en que pretendan fundarse. Siendo esto así, es necesario concluir... que los entes públicos no pueden pactar en contratos de ejecución de obras para servicios públicos cláusula compromisoria para someter las divergencias que se tengan con los contratistas mediante arbitraje en conciencia, porque no existe autorización legal para que así lo convengan, ya que la del artículo 13 de la Ley 4ª de 1964 alcanza apenas para que puedan resolver los árbitros y no el juez ordinario; porque no habiéndola, el vacío no debe interpretarse como una facultad implícita para que convengan indistintamente el arbitraje en derecho o en conciencia, ya que para la administración solo es posible la primera de tales modalidades, teniendo en cuenta que toda su actuación debe ceñirse a derecho y no a la discreción por libre arbitrio del funcionario y, porque siendo de derecho público los contratos administrativos a que se refiere la consulta, es lógico que la definición de cuestiones de tal naturaleza no se resuelva por los modos propios del derecho privado, no cabiendo sobre aquellas cuestiones transacción ni renuncia". (Concepto de julio 12 de 1972, radicación número 656).

La doctrina contenida en la transcripción anterior, hace plena luz sobre la cuestión primera, sometida al estudio de la Sala por el señor Ministro de Comunicaciones. Basta tan solo recordar algunas disposiciones de la ley civil que refuerzan las anteriores razones de la Sala, en cuanto son aplicables a la transacción, que es la sustancia del punto primero de la consulta en estudio.

En efecto: dice el artículo 2469 del Código Civil: "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

El artículo 2470 establece: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

Y el artículo 2471 dispone: "Todo mandatario necesita de poder especial para transigir".

Finalmente, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil dice: "Transacción por entidades públicas. Los representantes de la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, no podrán transigir sin autorización del

Gobierno Nacional, del Gobernador, Intendente, Comisario o Alcalde, según fuere el caso. Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades, la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza".

De todo lo anterior se concluye que los establecimientos públicos no pueden transar sus diferencias ocasionadas u originadas en los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964, sin autorización expresa para ello. La transacción implica capacidad de disposición de los bienes o derechos objeto de ella y las entidades públicas no la tienen en principio. No sobra traer a cuento lo que pudiera llamarse un lugar común en la ciencia del Derecho Público; al contrario, de lo que les ocurre a los particulares, que pueden hacer todo lo que la ley no les prohibe, las entidades de derecho público tan solo pueden ejecutar o hacer aquello para lo cual están expresamente facultadas. Principio éste ratificado, por lo que hace a los establecimientos públicos, en el artículo 30 del Decreto 1050 de 1968: "...y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos a los allí previstos (en la ley o norma que los creó y en sus estatutos)...".

Todo lo que precede es suficiente para contestar así el punto primero de la consulta del señor Ministro de Comunicaciones: la Administración y el contratista no pueden llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de éste relacionadas con un contrato en el cual se estipuló la cláusula compromisoria, porque ese acuerdo no es ni puede ser cosa distinta de una transacción, que implica por definición renunciamientos o cesiones recíprocos, que a su vez requieren facultades dispositivas de las partes. Y la Administración, en este caso el establecimiento público respectivo, carece de esa facultad.

Segunda cuestión. "¿Es forzosa u obligatoria la convocatoria de tribunal de arbitramento siempre que se presenten desaveniencias, disputas o desacuerdos entre las partes que han celebrado un contrato en el cual se pactó la cláusula compromisoria?".

Respuesta. En concepto de la Sala es forzosa la convocatoria de tribunal de arbitramento en el caso propuesto. Ya se dijo antes que las diferencias, desacuerdos o disputas no pueden arreglarse entre la Administración y el contratista por vía de transacción, por carecer el establecimiento público, una de las partes, de esa facultad.

Tercera cuestión. "¿Pueden las mismas partes decidir por sí mismas sus propias diferencias mediante el recíproco abandono de una parte de sus pretensiones?".

Respuesta. Esta cuestión está resuelta en las contestaciones anteriores: "el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones", implica en las partes que lo convienen facultad dispositiva. Ahí es donde consiste precisamente la transacción, que en estos casos no puede celebrarse por las razones dichas atrás.

Cuarta cuestión. "¿Puede considerarse que las mismas partes precaven un litigio eventual cuando se otorgan concesiones recíprocas en lugar de someter a la decisión de árbitros las diferencias suscitadas en relación con un contrato?".

Respuesta. Evidentemente, uno de los fines de la transacción, de acuerdo con la definición del artículo 2469 del Código Civil, transcrito en uno de los apartes anteriores, es "precaver un litigio eventual". Y eso es precisamente lo que no puede hacer un establecimiento público porque carece de facultades que son esenciales para ello: no puede renunciar en favor del contratista a bienes o derechos que hacen parte del patrimonio público, porque los entes oficiales carecen en principio de esa atribución. Y sin esa renuncia o sin esa capacidad legal para

hacerla no se concibe ni puede existir la transacción, a través o en virtud de la cual "se precave un litigio eventual".

Cuestión quinta. "¿Están facultados los establecimientos públicos del orden nacional para celebrar contratos de transacción?".

Respuesta. No están facultados, como se ha dicho en las respuestas correspondientes a las distintas cuestiones que componen la consulta que ahora se absuelve por la Sala.

Finalmente, no está por demás advertir que los conceptos aquí emitidos, lo han sido con referencia a la situación existente durante la vigencia de la Ley 4ª de 1964, a la cual se refiere directamente la consulta. Hoy los Decretos números 3130 de 1968 y 150 de 1976 definen la cuestión de una vez por todas, en cuanto se refiere a la facultad de los establecimientos públicos para consignar en sus contratos la cláusula compromisoria y en cuanto a que el fallo arbitral debe ser en derecho. Por lo que hace a la incapacidad para transigir, son valederos, aun bajo la vigencia de los estatutos últimamente citados, los razonamientos contenidos en el estudio precedente.

En los términos anteriores se responde a las distintas cuestiones planteadas por el señor Ministro de Comunicaciones en su oficio distinguido con el número 00127.

Cópiese y transcríbase.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

TRIBUNALES DE ARBITRAJE COMUN Y TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO TECNICO. — Distinción de sus competencias. — Artículos 66 y 76 del Decreto 150 de 1976.

RELATORIA: Julio 19 de 1977. Con oficio 3891 fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza**, Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., 23 de mayo de 1977.

Consejero ponente: Doctor *Luis Carlos Sáchica.*

Referencia: Consulta. Radicación número 1143.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en oficio número 267 del 9 de los corrientes, hace la siguiente consulta:

"El artículo 76 del Decreto 150 de 1976 sobre contratos administrativos establece:

"En los contratos de obra podrá pactarse el arbitramento técnico. El tercer árbitro será designado por la entidad gremial que tenga el carácter de 'cuerpo consultivo del Gobierno'. La misma entidad escogerá el árbitro de la parte que se negare a hacerlo dentro del tiempo convenido.

"Según el caso, los árbitros deberán ser ingenieros o arquitectos que hayan cumplido con todas las normas vigentes para el ejercicio de la profesión".

"Al elaborarse un contrato de obra, y presentarse con posterioridad una polémica de orden técnico, se convoca un tribunal de arbitramento técnico, de acuerdo con los términos señalados en el Decreto 150 de 1976.

"De acuerdo con datos suministrados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, nunca antes en el país se había establecido un tribunal de arbitramento técnico, razón por la cual, es importante definir su competencia, ya que con base en el decreto que facultó a las entidades para convocarlo, serán muchos los casos en que se acuda al procedimiento en comento, para dirimir conflictos de orden técnico.

"De acuerdo con el artículo 664 del Código de Procedimiento Civil, cuando la sentencia del tribunal de arbitramento (no de arbitramento técnico) sea en derecho, los integrantes del mismo han de ser abogados.

"En la situación que nos ocupa consideramos que el fallo emanado de un tribunal de arbitramento técnico debe limitarse a aspectos estrictamente técnicos por las siguientes razones:

"1. Así lo dispone la norma que lo creó, al referirse exclusivamente a las controversias técnicas.

"2. La materia a decidir no abarca definición de responsabilidades, solo se pretende establecer bajo qué circunstancia de orden técnico debe realizarse la obra.

"3. La calidad de ingenieros o arquitectos de sus miembros, excluye la posibilidad de un fallo en derecho.

"Y por ello consultamos sobre la competencia.

"Dadas las circunstancias especiales del presente asunto, les solicito de la manera más atenta su pronunciamiento al respecto".

LA SALA CONSIDERA

El problema envuelto en la anterior consulta se sintetiza en distinguir las competencias de los tribunales de arbitraje común previstos en el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 de la de los tribunales de arbitramento técnico, regulados por el artículo 76 del mismo estatuto, para evitar colisiones, confusión y contradicción entre las decisiones de unos y otros.

La dificultad de la definición solicitada estriba en que las disposiciones citadas son escuetas y en la novedad y falta de antecedentes jurisprudenciales y de aplicación de estas normas.

Una primera y elemental anotación es la de que mientras el arbitraje ordinario del artículo 66 en mención es general, esto es, estipulable en cualesquiera de los contratos regulados en el Decreto 150, el arbitraje técnico es específico o exclusivo de los contratos de obra, como lo expresa el artículo 76.

Así mismo, ha de observarse que su estipulación no es obligatoria sino facultativa, quedando a la apreciación de la Administarción su necesidad o conveniencia.

Igualmente, parece que, en principio, no se excluyen ni son incompatibles las estipulaciones que prevean en el mismo contrato la intervención de tribunales de arbitraje ordinario y técnico si, como es lógico, tienen competencias que recaen sobre aspectos contractuales de diferente naturaleza.

En la misma línea de observaciones elementales, se cree que las competencias de los tribunales de arbitraje ordinario son más generales y amplias que las de los de carácter técnico. En efecto, tal amplitud y generalidad, para los primeros, resulta de la declaración del artículo 66, al decir que se puede pactar cláusula compromisoria "con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato", sin especificar la clase o materia de dichas diferencias. De lo que podría concluirse que, cuando no se pacta el arbitraje técnico, caben en la estipulación general de arbitraje aun las disparidades de criterio o interpretación sobre aspectos técnicos del contrato.

En cambio, cuando haya estipulación de arbitraje técnico la competencia del respectivo tribunal está, de suyo, restringida a ese objeto o aspecto contractual.

A lo que debe añadirse la retricción derivada del tipo de profesionales o expertos que pueden formar parte de tribunales técnicos, ya que el artículo 76 determina que los árbitros deben ser ingenieros o arquitectos, según el caso, y que el tercer árbitro será designado por las entidades gremiales que tengan por ley el carácter de cuerpos consultivos del Gobierno, en el respectivo campo de actividad estatal, y que son las Sociedades Colombianas de Ingenieros y Arquitectos reconocidas legalmente como tales.

Porque de esto se deduce que, si el contrato es de obra, y si el tribunal es compuesto por ingenieros o por arquitectos, sus competencias y decisiones solo pueden referirse a disparidades entre administración y contratista que tengan directa, especifica y exclusiva relación con los aspectos arquitectónicos y de ingeniería de la obra, o en conexión directa con los mismos.

Lo técnico tiene que ver con las aplicaciones prácticas de las ciencias, de los oficios, de las artes, en lo que de especial tiene cada uno; se refiere a métodos de trabajo, a la habilidad en el empleo de instrumentos, al desarrollo de fórmulas científicas, a la utilización de materiales, la instalación de equipos, a los cálculos, estudios, proyectos, planos, especificaciones, localización, cimentación, estructuras, etc., previos a la ejecución de una obra.

En la definición del Diccionario de la Academia de la Lengua Española, técnica es "el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte", y "la pericia o habilidad para usar esos procedimientos y recursos". De modo que ella es propia de expertos, de peritos, de especialistas, de quienes conocen esos procedimientos y saben aplicarlos.

Además, siendo el artículo 66 disposición general sobre la cláusula compromisoria ella se aplica a su estipulación en los contratos que regula el Decreto 150 de 1976, tanto para los tribunales de arbitraje común como técnico, en cuanto los árbitros deben ser nacionales, y a que "la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral", excluyendo así el arbitraje extranjero e internacional y sustrayendo lo relativo a caducidad de la competencia en ambos tipos de tribunal.

Por consiguiente, al excluir lo relativo a caducidad se excluye con ello el problema jurídico del incumplimiento del contratista, que debe ser pactado como causal de declaratoria de caducidad administrativa.

CON BASE EN ESTAS PRECISIONES, LA SALA ESTIMA

1º El arbitraje técnico, creado por el artículo 76 del Decreto 150 de 1976, no puede referirse a divergencias de índole jurídica derivadas de la estipulación y ejecución de un contrato, ni a su incumplimiento, ni a la definición de responsabilidad derivada de éste. Al calificar de "técnico" un tribunal de arbitramento, la ley restringe el sentido genérico del arbitraje a ese solo campo; de modo que un tribunal técnico es tal porque profiere decisiones técnicas, lo que exige que lo integren técnicos, mas no necesariamente a la inversa;

2º El calificativo "técnico" se predica propiamente de la naturaleza de las divergencias materia de la decisión del tribunal y del carácter mismo de esa decisión, por oposición al arbitraje jurídico que precave o desata litigios de este orden, y solo secundariamente se utiliza tal adjetivo en razón de la capacitación profesional de los árbitros;

3º El arbitraje técnico tiende a dirimir cuestiones objetivas y de hecho referentes al cumplimiento y ejecución física de la obra, esto es, lo atinente a las operaciones necesarias para la realización de las obligaciones resultantes de lo estipulado contractualmente, pero no puede extenderse al juzgamiento de las obligaciones mismas de su dimensión jurídica;

4º Las competencias de ambos tipos de tribunal no pueden ser idénticas, pues se trataría de una duplicidad normativa innecesaria de los artículos 66 y 76 del Decreto 150; y porque, cuando la primera de estas disposiciones establece que el fallo será siempre en derecho, y en la segunda se da una integración especial al tribunal, se está indicando que los arbitrajes técnicos no versarán sobre asuntos jurídicos en sí, y como tales, sino sobre los aspectos técnicos derivados de las estipulaciones contractuales;

5º La competencia concreta de los tribunales de arbitraje técnico resulta, como sucede en los de carácter jurídico, no de la declaración legal genérica de medio para precaver y resolver divergencias entre los contratantes, sino, en ambos casos, de la estipulación específica de la cláusula compromisoria. Siendo ésta facultativa y no habiendo la ley señalado en detalle los puntos objeto de dicha estipulación, quiere decir que la ley defirió a la voluntad de las partes contratantes la determinación particularizada de los asuntos concretos que pueden someter a la decisión arbitral, de carácter jurídico en un caso y de naturaleza técnica en el otro;

6º De la disposición legal de que los árbitros técnicos no sean abogados, ya que deben ser ingenieros o arquitectos, no puede deducirse que el fallo no se pronuncia en derecho sino en conciencia. El significado de esta circunstancia, es precisamente el de que los expertos que componen el tribunal, ciñéndose a la ley y a las estipulaciones del contrato que, también son ley para las partes, disponen con fuerza vinculante para éstas cuáles son los procedimientos y actuaciones que se deben aplicar y cumplir, para dar correcta ejecución técnica a las obligaciones jurídicas nacidas de la ley o del pacto contractual en estos aspectos, pero no sobre el contrato mismo, que es materia jurídica que no puede ser objeto de una decisión técnica, en el sentido en que venimos empleando este vocablo;

7º En definitiva, un laudo de arbitraje técnico debe ocuparse de las cuestiones técnicas que según la estipulación contractual respectiva deba dirimir, como sucede con las pruebas periciales. Simplemente, que en el caso del arbitraje su valor y fuerza jurídica son distintos. No se trata entonces de un dictamen controvertible y apreciable por el juez de derecho, como en la pericia, sino de una decisión judicial, proferida por un órgano jurisdiccional pactado convencionalmente, pero a la cual da la ley fuerza de sentencia, o sea obligatoria para los contratantes. Pero uno y otro acto tienen idéntico contenido o materia, y

8º Se podría afirmar, finalmente, que el arbitraje técnico parte del supuesto de la validez del contrato, de su debida estipulación, de que no existen dudas jurídicas sobre obligaciones y derechos de las partes, y que solo hay disparidades de criterio en cuanto a su aplicación en el orden técnico, en aspectos cuantitativos y cualitativos de ese orden.

La Sala comprende que lo técnico incide en lo jurídico, obviamente. Pero cree que ambos campos son distinguibles y separables, pudiendo configurarse con base en esa diferenciación la respectiva atribución de competencias.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO

EXENCIONES DE LOS IMPUESTOS ADICIONALES. PARA LA FINANCIACION DE "PROEXPO" Y REGULACION DEL MERCADO DEL CAFE, establecidas por el Decreto 444 de 1967 y el Decreto-ley 688 de 1967, dentro del sistema comercial de los países miembros de la ALALC. — El Decreto-ley 340 de 1968, artículo 4º y el Decreto-ley 68 de 1967.

RELATORIA: Con oficio 965 fue autorizada la publicación del concepto (abril 25 de 1977), Ministerio de Desarrollo Económico. **Edné Cohen Daza**, Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., 29 de marzo de 1977.

Consejero ponente: Doctor *Luis Carlos Sáchica.*

Referencia: Consulta. Radicación número 1133.

El señor Ministro de Desarrollo Económico, en oficio número 563 del 7 de marzo del año en curso, hace la siguiente consulta:

"En relación a la función que el artículo 141 de la Constitución Nacional y el artículo 24 del Código Contencioso Administrativo atribuyen a esa honorable corporación, para actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, en forma atenta y respetuosa me permito someter a su ilustrada consideración, por vía de consulta, una duda con la posible modificación que, en virtud del Decreto-ley 340 de 1968, haya podido tener el artículo 19 del Decreto-ley 688 de 1967, en los términos que expongo a continuación.

"Mediante el artículo 181 del Decreto-ley 444 de 1967 se creó el Fondo de Promoción de Exportaciones, y por el artículo 229 del mismo Decreto se le dotó de recursos con el establecimiento de un impuesto equivalente al 1½ del valor CIF de las importaciones que se realicen al país. Actualmente este impuesto es del 5%, en virtud del artículo 6º del Decreto legislativo 2366 de 1974.

"El artículo 230 del mismo Decreto 444 declaró exentas de este gravamen 6 clases de importaciones, relacionadas con las letras a), b), c), d), e) y f); y el artículo 19 del Decreto-ley 688 de 1967, dispuso: 'Adiciónase el artículo 230 del Decreto 444 de 1967, en la siguiente forma:

"'g) Las provenientes de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Libro Comercio'.

"Este mismo Decreto, en su artículo 20 creó, con las mismas exenciones del impuesto para Proexpo, otro impuesto del 1½% sobre el valor CIF de las importaciones, con destino a la solución de los problemas creados por las regulaciones sobre el mercado de café. Actualmente éste es un ingreso ordinario del Gobierno Nacional, con el mismo régimen de exenciones, en virtud del artículo 2º del Decreto legislativo 2374 de 1974.

"Entonces, la exención para las importaciones de la ALALC, objeto de la presente consulta, se refiere a los dos gravámenes.

"Indudablemente el espíritu que animó al Gobierno para crear esta exención adicional, no fue otro que el de preservar, libres de tributos adicionales, las importaciones de mercancías que habían sido objeto de las negociaciones que, en materia de rebajas arancelarias, hizo Colombia en desarrollo del Tratado de Montevideo para los productos incorporados en la llamada Lista Nacional Colombiana, aplicable a todos los demás países de la ALALC, y en las listas adicionales de concesiones otorgadas por Colombia a Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay como países de menor desarrollo económico relativo: y es de observar que en cada caso particular, para gozar de dichas rebajas arancelarias, es preciso acreditar los requisitos de origen establecidos en las resoluciones de la conferencia de las Partes Contratantes y en las decisiones del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC.

"Pero por la redacción del transcrito artículo 19 del Decreto 688, que no hace ninguna restricción, la exención se extendió a todas las importaciones *provenientes* de las países de la ALALC, aunque no se refieran a productos negociados por Colombia, y como tales incorporados en las mencionadas listas, y aunque no se trate de productos originarios de dichos países con lo cual es posible que gocen de la exención productos originarios de terceros países, cuya importación a Colombia se haga a través de uno de los miembros de la ALALC.

"Sin embargo, vale la pena considerar si esta situación anómala, quedó regularizada en virtud del Decreto-ley 340 de 1968, por el cual se consolidaron las rebajas arancelarias concedidas por Colombia para la importación de los productos *originarios* y *provenientes* de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

"Efectivamente, por este Decreto se sujetó la importación de los productos *originarios* y *provenientes* de los países de la ALALC, especificados en la Lista Nacional Colombiana (artículo 1º), y en las listas de concesiones especiales a Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay (artículo 2º), al pago de los gravámenes arancelarios y a la constitución de los depósitos previos señalados en dichas listas; y el artículo 4º, entre otras disposiciones, exoneró dichas importaciones de los impuestos para Proexpo y para el café, establecidos en el artículo 229 del Decreto-ley 444 de 1967 y en el artículo 20 del Decreto 688 de 1967, respectivamente.

"Entonces, el Decreto 340 de 1968, que reglamentó completamente el régimen de excepciones a los impuestos para Proexpo y para el café en relación con las importaciones de la ALALC, al parecer derogó tácitamente el régimen indiscriminado del artículo 19 del Decreto 688, limitando la exención a las importaciones de productos negociados por Colombia, que, por otra parte, sean *provenientes* y *originarios* de los países de la ALALC.

"Sin embargo, como no se trata de una derogatoria expresa, espero que la duda sea despejada por el ilustrado criterio de la Sala de Consulta del Consejo de Estado".

Esta consulta está centrada en los posibles efectos modificatorios o de derogatoria tácita sobre el sentido del artículo 19 del Decreto-ley 688 de 1967, por virtud de lo dispuesto con posterioridad en el Decreto-ley 340 de 1968, y especialmente en su artículo 4º, respecto de la clase de mercancías a que se aplica el régimen de exenciones de los impuestos adicionales para la finaciación de PROEXPO y regulación del mercado de café, establecidos por los Decretos 444 de 1967 y el antes mencionado 688, dentro del sistema comercial de los países miembros de la Alianza Latinoamericana de Libre Comercio.

Su absolución exige primeramente un examen ordenado de las disposiciones pertinentes, así:

a) Mediante la Ley 88 de 1961, el Congreso Nacional autorizó al Gobierno para suscribir la adhesión de Colombia al Tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, en 1960. El artículo 43 de dicho Tratado, con el objeto de buscar su ejecución, dispuso que las partes contratantes, entre otras medidas, deberían: "...a) *Fijar los criterios que serán adoptados para la determinación del origen de las mercaderías,* así como su condición de materias primas, productos semielaborados o productos elaborados", refiriéndose a los artículos objeto de mercado intrarregional;

b) En desarrollo de tales prescripciones, la Conferencia de las Partes Contratantes, con fecha 23 de diciembre de 1973, dictó la Resolución número 82, cuyo artículo 1º define así lo que se entiende por mercancías originaria: "Primero Son originarias de la Zona, las mercancías elaboradas íntegramente en el territorio de cualquier parte contratante, cuando en su elaboración se utilicen exclusivamente materiales zonales", definición que se complementa con las de los artículos 2º y 3º de la misma Resolución. Además, ha de tenerse en cuenta la determinación del artículo 7º de dicho estatuto cuando declara negativamente que "no son originarios de la Zona... los productos que resulten de operaciones o procesos efectuados en territorio de una parte contratante por los cuales adquieran la forma final en que serán comercializados, cuando en dichos procesos utilicen exclusivamente materiales extrazonales y consistan solamente en montajes o ensamblajes, embalajes, fraccionamiento en lotes o volúmenes, selección, clasificación, marcación, composición de surtidos de mercancías u otras operaciones o procesos semejantes";

c) Por otra parte, el artículo 181 del Decreto 444 de 1967 creó el Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO, para el fomento de éstas y el fortalecimiento de la balanza de pagos, y en su artículo 229 dispuso: "Establécese un impuesto equivalente al uno y medio por ciento (1½%) del valor CIF de las importaciones que se realicen al país, para dotar de recursos al Fondo de Promoción de Exportaciones de que trata el presente Decreto", agregando que "ninguna importación podrá nacionalizarse sin el pago previo del impuesto aquí establecido";

d) El Decreto número 688 de 1967, modificatorio del 444 antes citado, en su artículo 20 estableció "con destino a la solución de los problemas creados por las regulaciones vigentes sobre el mercado de café, un impuesto equivalente al uno y medio por ciento (1½%) del valor CIF de las importaciones que se realicen al país", precisando que "en relación con él (este impuesto) regirán las mismas exenciones previstas en el artículo 230 del Decreto 444 de 1967". Después, el artículo 2º del Decreto número 2374 de 1974, dijo que este impuesto "constituirá un ingreso ordinario del Gobierno Nacional, sin destinación específica";

e) El artículo 230 del Decreto 444 en mención, determinó seis clases de importaciones exentas del impuesto destinado a financiar a PROEXPO, las cuales se aplican, igualmente, al impuesto del café creado en el Decreto 688 de 1967. Y

el artículo 19 de este último adicionó tal artículo 230, eximiendo también las importaciones "provenientes de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Libro Comercio";

f) Finalmente, el artículo 8º del Decreto 2366 de 1974 confirmó las exenciones que sobre los dos impuestos de que se trata habían concedido las referidas disposiciones.

En segundo lugar esta Sala considera:

1. Como lo hace notar el Despacho consultante, evidentemente lo que se quiso con estas exenciones fue liberar los tributos adicionales a las importaciones de mercancías objeto de las negociaciones que, para conceder rebajas arancelarias, celebró Colombia, en cumplimiento del Tratado de Montevideo, o sea, para otorgar esos privilegios a los productos de la llamada "Lista Nacional Colombiana", rebajas aplicables a los países de la ALALC, como también a los comprendidos en las listas adicionales aplicables a Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay, siempre que se acreditaran los requisitos de origen establecidos en las resoluciones dictadas al efecto por la Conferencia de las Partes Contratantes y en las decisiones del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC.

2. Pero es indudable así mismo, que el artículo 19 del Decreto 688 de 1967, al emplear respecto de las importaciones la expresión "provenientes" amplió las exenciones, pues dicha expresión es comprensiva no solo de los productos originarios, según las definiciones trauscritas atrás, sino de toda mercancía procedente de los países de la ALALC, sea o no originaria de dichos países.

3. Viene luego el Decreto 340 de 168, "por el cual se consolidan unas rebajas arancelarias para las mercancías originarias y procedentes de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y se conceden otras", enunciación que reitera el criterio extensivo que al régimen de exenciones de los impuestos de PROEXPO y del café dio el artículo 19 acabado de citar, y que hace parte del régimen general aplicable a las importaciones hechas entre países de la Zona. Pero no solo reitera el requisito general de procedencia de los productos exportados por países de la ALALC a Colombia, sino que exige, además, que tales productos sean originarios de esos países. En el mismo sentido, se advierte que en el texto de los artículos 1º y 2º del Decreto 340 se habla reiteradamente de "productos originarios y provenientes", con lo cual también resulta acogido el mismo criterio extensivo del artículo 19.

4. A su vez, el artículo 4º del Decreto 340, en relación con el interrogante de la consulta, dispone: *"La importación de los productos incluidos en las listas* de que tratan los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 11 estarán sujetos al pago del impuesto del uno por ciento (1%) sobre legalización de facturas consulares de que trata el artículo 332 del Decreto-ley 444 de 1967, con excepción de las importaciones de papel periódico de la partida Nabalalc números 48.01.1.01, pero estarán exentos del impuesto del uno y medio por ciento (1½%) establecido en el artículo 229 de este mismo Decreto-ley y del impuesto del uno y medio por ciento (1½%) de que trata el artículo 20 del Decreto-ley número 688 de 1967".

Al interpretar esta disposición, la Sala debe tener en consideración, en primer término, la filosofía misma del sistema creado en el Tratado de Montevideo, como resulta de la lectura de la parte motiva del mismo y del concepto de "mercado común" que se creó. Estima, así, que las disposiciones que exoneran de los dichos impuestos las importaciones de los países de la Zona, deben referirse a las mercancías originarias y procedentes de ellos, producidas integralmente por ellos, y por ellos exportadas, pues el logro del desarrollo económico dentro de un sistema de mercado común, debe alcanzarse con base en la produc-

ción nacional de cada uno, y no en un simple paso de la comercialización de productos no procedentes de la Zona. De lo que debe colegirse que las listas de los productos exonerados han sido elaboradas sobre la base de que son originarios de tales países, y solo son objeto de comercio entre los mismos, especificaciones que no es preciso expresar, porque son de la naturaleza del sistema comercial de la Zona.

Igualmente, debe considerarse que el *régimen de mercado común es un régimen de privilegio y*, por lo mismo, *de aplicación excepcional y restrictiva.* Y que, además, se trata de exenciones tributarias, esto es, de excepciones a la regla de la tributación, a la obligación tributaria, y por ello de aplicación estrictísima y limitada a los actos y objetos exentos.

Y siendo que el Tratado de Montevideo de 1960 indicó precisamente la necesidad de determinar los caracteres específicos de los productos que podían catalogarse como originarios para los efectos del mismo, y que la Resolución 82 en referencia, en una interpretación que se diría hecha por vía de autoridad, entendió que en materia de rebajas arancelarias entre los países de la ALALC, tales rebajas se debían referir únicamente a productos totalmente originarios de cualquiera de los países de la Zona, con materiales enteramente zonales, es decir, implícitamente provenientes de dichos países.

De modo que cuando el artículo 4º del Decreto 430 habla simplemente de "productos" para efectos de los impuestos adicionales y rebajas arancelarias, sin hacer discriminación alguna, debe ser entendido en relación directa con el texto del Tratado de Montevideo y el de la Resolución 82, textos que consignaron los principios expuestos.

Parece, en consecuencia, que dicho artículo 4º no solo comprende a los productos originarios sino también a los provenientes, aunque no hace uso de ninguna de tales expresiones. Por ello, se repite, al hacer la interpretación del concepto "productos", con el objeto de saber cuáles son los exentos de los impuestos para PROEXPO y del café, hay que entender lo referido a las mercancías que dan derecho a esas exenciones en el derecho comunitario y no en la legislación interna, la cual es simple desarrollo y cumplimiento de compromisos derivados de aquél.

Nótese, finalmente, que esta disposición —el artículo 4º del Decreto 340— forma parte de un sistema normativo que resume y sistematiza el régimen tributario especial aplicable a las mercancías del mercado interregional. Esto indica que el Decreto 430 regula íntegramente la materia y, por tanto, es subrogatorio y derogatorio de todas las disposiciones anteriores. De manera que, por esto, hay que tomarlo como un estatuto que consolida parte de la legislación anterior, pero que también establece disposiciones nuevas, enteramente desligadas de las anteriores, porque es desarrollo de facultades especiales dadas al Gobierno por la ley aprobatoria del Tratado creador de la ALALC. Precisamente, al no reproducir el artículo 4º la especificación "provenientes", utilizada en el artículo 19 tantas veces citado, permite al intérprete retrotraer el sentido de las normas de exención tributaria a su sentido original, inadecuada y transitoriamente modificado por dicho artículo 19.

Y todo lo anterior es así porque en el Tratado de Montevideo se atribuyó la competencia para determinar los criterios sobre el origen de los productos del mercado común a los organismos de la ALALC y no a las autoridades de los países miembros, los cuales solo tienen la atribución privativa de derecho interno de determinar la cuantía de las rebajas y exenciones, atribución que corresponde al cumplimiento de las obligaciones del Tratado y de las decisiones de los organismos de la ALALC.

Cabe finalizar lo hasta aquí considerado, para mayor precisión, que esta interpretación del texto del Decreto 430, lleva a concluir que donde dice "originarias y procedentes" indica que las exenciones solo se aplican a las mercancías que tengan origen y, a su vez, procedan de uno de los países de la ALALC o de cualquiera de ellos. Es decir, que la importación de un producto procedente de cualquiera de los países de la ALALC, pero no originario de algunos de ellos, no está exento. En cambio, si es originario de un país miembro de la ALALC y procedente de otro que también lo sea, sí goza de la exención.

En los anteriores términos se absuelve la consulta y se comunica al señor Ministro de Desarrollo Económico.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE AGRICULTURA

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. — Régimen legal. — Naturaleza jurídica. — Naturaleza y régimen jurídico de sus servidores. — Interpretación del literal b) del artículo 3º del Decreto 1848 de 1969, en conexión con los Decretos-leyes 1050, 3130 y 3135 de 1968.

DECRETO REGLAMENTARIO. — Su definición, unidad jurídica con la ley que reglamenta.

RELATORIA: En mayo 5 de 1977 fue autorizada la publicación por el Ministerio consultante en oficio número 2933. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., veintidós (22) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Luis Carlos Sáchica.*

Referencia: Consulta. Radicación número 1137.

El señor Ministro de Agricultura, en oficio número 01638 de 14 de marzo del año en curso, formula la siguiente consulta:

"Con el fin de obtener un criterio claro y definido sobre el particular, me permito formular a la Sala la Consulta siguiente, previas estas consideraciones:

"1º El Instituto Zooprofiláctico Colombiano se transformó en la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios por mandato de los artículos 52 a 56 del Decreto 2420 de 1968, dictado en ejercicio de las autorizaciones extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 65 de 1967. En las mencionadas normas se le clasificó de acuerdo a los Decretos 1050 y 3130 de 1968 como Empresa Industrial y Comercial del Estado.

"2º Como consecuencia de lo anterior, se consideró a sus trabajadores como oficiales al tenor del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y así se indicó en el artículo 37 de los estatutos aprobados por el Decreto 811 de 1969. Por igual razón se procedió a afiliar a Vecol al Fondo Nacional de Ahorro para dar cumplimiento al Decreto 3118 de 1968, y se consignó el saldo de las cesantías hasta el 31 de diciembre de 1968. Posteriormente se siguieron efectuando las consignaciones mensuales y los reajustes anuales ordenados por el precitado Decreto 3118.

"3º En desarrollo de nuevas autorizaciones otorgada al Ejecutivo por el artículo 50 de la Ley 5ª de 1973, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 615 de 1974, por el cual se dispuso la transformación de Vecol en sociedad de economía mixta y en cumplimiento del cual se procedió a la constitu-

ción de la misma conforme a las escrituras públicas números 4254 y 5790 de 1974, de la Notaría Novena de Bogotá, habiendo comenzado a operar como tal el día 27 de diciembre de 1974.

"4º Mediante oficio número 5520 del 4 de diciembre de 1974, Vecol solicitó al Fondo Nacional de Ahorro continuar como afiliada voluntaria al mismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto 3118 de 1968. Dicha comunicación no fue respondida por el Fondo, pero durante los años de 1975 y 1976 Vecol continuó depositando las cuotas-partes mensuales de cesantía, dando así cumplimiento al Decreto 3118 de 1968, las cuales han sido recibidas normalmente por el Fondo hasta la fecha.

"En vista de lo anterior, desea el Gobierno conocer el concepto de esa honorable Sala sobre estos puntos :

"a) Si de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, 1º a 5º del Decreto 1848 de 1969 y en armonía con la sentencia de la Sala Contencioso-administrativa —Sección Segunda— del 16 de julio de 1971 y en relación también con la Ley 151 de 1959 y los artículos 8º del Decreto 1050 de 1968, 31 y 34 del Decreto 3130 de 1968 y 461 del Código de Comercio, a partir de la fecha en la cual Vecol se transformó en sociedad de economía mixta, sus trabajadores continuaron siendo oficiales o pasaron a ser trabajadores particulares;

"b) Si Vecol puede desafiliarse del Fondo Nacional de Ahorro en cualquier momento por ser una sociedad de economía mixta y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 59 del Decreto 3118 de 1969;

"c) Si al producirse la desafiliación de Vecol del Fondo Nacional de Ahorro, las cesantías de los empleados causadas hasta el 27 de diciembre de 1974 (fecha de transformación la sociedad de economía mixta), deben ser entregadas directamente por el Fondo a los trabajadores cuando se produzca su retiro de Vecol, o si, por el contrario, el Fondo las debe reembolsar directamente a Vecol, quien las entregaría directamente a los empleados en el momento oportuno;

"d) Si de acuerdo a los artículos 22, 26, 27, 42, 43 y concordantes del Decreto 3118 de 1968, al haber hecho entrega Vecol de los valores acumulados por el concepto de cesantías al Fondo Nacional de Ahorro hasta el 27 de diciembre de 1974 (fecha hasta la cual fue empresa industrial y comercial del Estado), tales liquidaciones y pagos de cesantías tienen el carácter de definitivas para Vecol y, en consecuencia, para el futuro las liquidaciones de cesantía de sus servidores solo deben efectuarse con retroactividad al 1º de enero de 1975, de acuerdo a las normas de los trabajadores oficiales;

"e) En vista de que Vecol continuó voluntariamente afiliada al Fondo Nacional de Ahorro y éste ha aceptado tácitamente tal situación hasta la fecha, el Fondo estaría obligado a pagar a los trabajadores el valor de sus cesantías hasta el 31 de diciembre de 1976 con el carácter de definitivas, siendo de cargo de Vecol el pago de tal prestación únicamente a partir del 1º de enero de 1977;

"f) Si Vecol debe continuar pagando a sus empleados los intereses sobre cesantías a que se refiere el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Ahorro liquida mensualmente los intereses sobre las mismas o, si dichos intereses deben ser cubiertos conforme a las normas de la Ley 52 de 1975 y Decreto 116 de 1976;

"Se acompañan los siguientes documentos:

"1º Copia de los estatutos de Vecol como empresa industrial y comercial del Estado.

"2º Copia de los estatutos de Vecol como sociedad de economía mixta.

"3º Resumen de las disposiciones legales que dieron lugar a la actual Empresa Colombiana de Productos Veterinarios, S. A., como sociedad de economía mixta.

"4º Copia del Decreto 615 de 1974 por el cual se autorizó la transformación de Vecol en sociedad de economía mixta.

"5º Copia de los Decretos 811 de 1969 y 1715 de 1970, por los cuales se aprobaron los estatutos de Vecol".

EN ORDEN A LA ABSOLUCION DE LA CONSULTA, LA SALA CONSIDERA

La persona jurídica "Empresa Colombiana de Productos Veterinarios, S. A.", VECOL, a que se refiere el despacho consultante, es en la actualidad, sin duda alguna, como resulta de la reconstrucción de su proceso de transformación, una sociedad de economía mixta, de las previstas y reguladas en los Decretos 1050 y 3130 de 1968, y en el Código de Comercio vigente.

Tal naturaleza se desprende de la participación en la formación de su capital social de aportes de procedencia tanto estatal como privada y de la forma misma de sociedad comercial que adoptó en la última fase de su transformación. Siendo así, ese carácter determina, en principio, su régimen legal, esto es, el régimen legal de sus actos u operaciones comerciales y, también, el régimen legal de sus servidores, en cuanto al tipo de vinculación laboral que tenga con los mismos, e igualmente su sistema salarial y prestacional.

En efecto:

a) El artículo 8º del Decreto 1050, antes citado, dispone que las sociedades de economía mixta "desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del Derecho Privado", con las excepciones que consagre la ley;

b) El artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 hace una distinción: Si la respectiva sociedad de economía mixta es de aquellas en las que el Estado es titular del 90% o más de su capital social, su régimen es el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado y, se deduce, que sus servidores son, por tanto, trabajadores oficiales, al tenor del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968;

c) El artículo 34 del mismo estatuto, enseña que los contratos de estas sociedades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades exigidas por la ley para los del Gobierno y que sus cláusulas serán las causales para los contratos entre particulares, lo cual es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 31 de dicho Decreto, cuando prescribe que en el desarrollo de sus actividades están sujetas a las reglas del Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria;

d) En el mismo Decreto 3130, al tratar en el Capítulo VIII del personal de las entidades descentralizadas, para nada se menciona a las sociedades de economía mixta, en lo tocante a creación, supresión y fusión de cargos, precisamente porque su régimen es de Derecho Privado;

e) En el Decreto número 410 de 1971, que es el Código de Comercio, Título 7º, artículo 461, se repite que estas sociedades se sujetan a las reglas del Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo lo que disponga en contrario la ley, y se reitera que las sociedades en que el Estado tenga aportes de más del 90% tendrán régimen de empresas industriales o comerciales del Estado.

Avanzando en la solución del interrogante planteado, la Sala cree que la interpretación más acertada de lo dispuesto por el literal b) del artículo 3º del

Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, debe atender a este criterio: el decreto reglamentario forma una unidad jurídica con la ley o el decreto-ley que reglamenta; constituyen ambos un sistema normativo sobre la misma materia, que debe coincidir en todos los aspectos de su regulación; el acto reglamentado condiciona en un todo las prescripciones de su reglamento; éste tiene frente al primero un carácter instrumental u operativo que, simplemente, precisa, desarrolla y dota de efectividad a la norma que está reglamentando, sin que pueda en ningún caso rebasar, contrariar o restringir los efectos lógicos de la regla jurídica de cuya reglamentación se trata.

Aplicando estos criterios al caso en estudio resulta que el artículo 5º del Decreto 3135 en mención, declara que las personas que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, con las excepciones que los estatutos de tales entes establezcan para las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Y, por su parte, el Decreto 1050 de 1968, artículo 8º, enseña que las sociedades de economía mixta son entidades que rigen sus actividades conforme a las reglas del Derecho Privado, *"salvo las excepciones que consagre la ley"*. Además, el artículo 3º del Decreto 3130, también de 1968, estatuye que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social *"se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado"*, o sea, en el campo laboral, al estatuto de los trabajadores oficiales, según lo prescrito en los artículos anteriormente citados.

De modo que, cuando el literal b) del artículo 3º del Decreto reglamentario 1848 de 1969, establece que quienes sirven en las sociedades de economía mixta, como también en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, dicha disposición no tiene otro alcance que el de calificar como trabajadores oficiales a quienes laboran en sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 90% de su capital. Sin que los efectos de dicha norma puedan extenderse a quienes trabajan en las demás sociedades de economía mixta.

Porque, sostener lo contrario, implicaría que el reglamento estaría extendiendo dicho régimen laboral que, como lo dice el artículo 3º del Decreto 3130 transcrito, es *"un régimen especial para algunas sociedades* de economía mixta", carácter especial que este artículo otorga expresa y únicamente a las sociedades mixtas cuyo capital tiene la composición porcentual indicada. Extensión abusiva, decimos, porque comprendería bajo dicho *régimen especial* a todos quienes laboran en todas las sociedades de economía mixta, generalizando un sistema que la norma superior quiso tuviera una aplicación restringida.

El reglamento no es norma legislativa. No puede crear, como la ley, situaciones jurídicas objetivas no previstas en aquella. De donde, no habiendo en los decretos-leyes comentados disposición alguna que se ocupe de regular el régimen laboral de sociedades de economía mixta, distintas a las del 90% del aporte estatal, mal puede entenderse que el Gobierno, al dictar la letra b) del artículo 3º, reiteradamente citado, amplió sus efectos a situaciones no contenidas en las normas que estaba reglamentando.

Es así, por cuanto el reglamento no solo carece de competencia legislativa para estatuir situaciones no contenidas en la ley, sino, igualmente, porque su intérprete no puede considerar las disposiciones reglamentarias autónoma y separadamente de las disposiciones que reglamenta, para darles sentido, significación o consecuencias que no emanen de la ley. Por eso, el mentado literal debe considerarse en conexión con las normas de los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, que son fuente del régimen legal de las sociedades de economía mixta.

Respecto del segundo interrogante de la consulta, la Sala ha de expresar, siguiendo sus propios antecedentes interpretativos del artículo 4º, literal b), de la Ley 50 de 1967, que debe abstenerse de absolverlo, por cuanto plantea un asunto de carácter particular, singularizado, individualizado, en tanto se refiere a la opinión sobre si es posible adoptar una decisión concreta, como es la de si VECOL puede o no desafiliarse del Fondo Nacional de Ahorro. Esta materia, en la forma como fue formulada, no es un asunto administrativo de carácter general, por lo cual esta Sala carece de competencia para pronunciarse sobre él, dictaminando sobre su legalidad, cuestión que escapa a la función consultiva tradicional y es más bien propia de decisiones de naturaleza jurisdiccional.

Identificadas como están las partes del posible conflicto jurídico y el acto sobre cuya validez se consulta en concreto, la Sala excedería sus funciones si conceptuara sobre esa situación subjetiva.

Y, como las demás preguntas de la consulta, en la forma como fueron hechas, se repite, se desprenden de la segunda, y no están, además, planteadas como situaciones objetivas, abstractas, impersonales, la Sala se encuentra en igual imposibilidad de absoverlas.

En esta forma se da respuesta a la consulta de la referencia.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE AGRICULTURA

EXACCIONES. — ¿Qué son? — Su finalidad. — Impuestos tasas o tarifas y contribuciones.

CUENTA DE COBRO POR SERVICIOS PUBLICOS. — PROCESO EJECUTIVO. — Naturaleza del proceso. — Significación de la expresión "título ejecutivo o mérito ejecutivo".— La cuenta que, en desarrollo de un contrato, pase cada determinado lapso de tiempo una entidad pública a un particular y en la que conste la suma que éste debe pagar por razón del servicio que aquélla le prestó, no puede en manera alguna prestar mérito ejecutivo para iniciar contra el usuario acción ejecutiva.

RELATORIA: Con oficio 2933 del Ministerio de Agricultura, de mayo 5 de 1977, fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Samuel Arango Reyes.*

Radicación número 1131.

El señor Ministro de Agricultura, en oficio número 01351 de 7 de marzo pasado, dice a esta Sala lo siguiente:

"Con el objeto de esclarecer varias dudas que se presentan en algunos institutos descentralizados referentes a las tarifas que por servicios públicos cobran, me permito solicitar su concepto sobre los siguientes puntos, no sin antes anotar que dichas entidades puramente oficiales, están en la obligación, por sus normas orgánicas y estatutarias, a prestar determinados servicios públicos, algunos de los cuales, previa aprobación o autorización de la Junta Nacional de Tarifas, son gravados (D. 3069/68):

"Tales inquietudes son las siguientes:

"1ª Qué naturaleza jurídica ostenta esa tarifa.

"2ª Dichas tarifas causadas y no pagadas, ¿pueden constituir título ejecutivo y exigirse por vía coactiva?

"En caso afirmativo, ¿cuáles documentos serían los idóneos para ello: las liquidaciones, las resoluciones, la relación de servicios certificada por el funcionario que los prestó?

"3ª Si el acto administrativo que fija las tarifas, establece un determinado medio de publicación o notificación, para que entre a regir, ¿puede

la Administración utilizar otro diferente o es de obligatoria observancia el señalado en el cuerpo de la resolución para que sea oponible a terceros?

"4ª Si un instituto descentralizado tiene domicilio en Bogotá, sedes regionales en las capitales departamentales con jurisdicción en Intendencias y Comisarías y en los demás municipios otras oficinas, y en todos esos sitios presta el servicio tarifado y ha fijado la resolución respectiva en lugar público pero *en diferentes fechas*, se pregunta: la vigencia de la resolución y la exigibilidad de las tarifas será:

"a) ¿La de la fecha en que se fijó la resolución en el municipio?, ¿en la sede regional?, ¿en el domicilio del instituto?

"b) ¿En la última fecha en que se fijó la resolución en el último municipio del área regional?, ¿o la del último munipicio del territorio nacional?".

Para contestar al señor Ministro de Agricultura, la Sala se permite considerar:

En general las exacciones son prestaciones en dinero que las entidades de derecho público perciben de los particulares y que están destinadas a atender los gastos de la administración. El cuidado de la comunidad le implica al Estado cuantiosas erogaciones, y los particulares que disfrutan de los beneficios de la vida en sociedad, tienen obligación de contribuir para esos fines.

Aparte de lo que se pudiera considerar servicios de carácter general, la acción del Estado se ha ido extendiendo y tomando a su cargo actividades que antes se ejercían por particulares, pero que dada su importancia, se sustraen hoy del dominio de los negocios privados para convertirse en función de algunas entidades públicas.

Entre los primeros, o sea entre los servicios generales que el Estado presta a la comunidad, pueden mencionarse los de justicia, policía, asistencia social, etc., etc. Y entre los segundos, o sea aquellos destinados a satisfacer necesidades públicas de suma importancia, pero que en rigor de concepto no eran propios del Estado, dentro de la concepción primitiva de éste, pueden citarse los servicios de agua, energía eléctrica, teléfonos, etc. Como antes se insinuó, estos últimos se habían dejado tradicionalmente en manos de particulares, quienes los explotaban en su propio beneficio. Pero a medida que las complejidades de la vida contemporánea reclaman e imponen mayor intervención del Estado en beneficio general de la comunidad, entidades públicas han tomado a su cargo esos servicios a fin de mejorarlos y de hacer más equitativa su prestación, eliminando de ellos su antiguo carácter de negocio particular.

Cabe distinguir también otro tipo de exacción, cual es la de que se establece a cargo de los particulares que en un momento dado se benefician directamente de la construcción de una obra pública.

Los tres tipos de exacciones antes mencionados, se denominan generalmente impuestos, tasas o tarifas y contribuciones.

En el concepto de impuesto no entra ni juega papel alguno una contraprestación expresa en favor del particular, a cambio de la suma o sumas que éste deposita en las cajas oficiales. Ese gravamen es de carácter general y obligatorio, se determina unilateralmente por el Estado en consideración a la capacidad económica del individuo y está destinado a atender los gastos generales de la administración, de la cual se beneficia, también en forma general, quien está incorporado a la comunidad. Pero el particular no recibe contraprestación concreta alguna de parte del Estado.

Al contrario de lo que ocurre con el impuesto, la tasa o tarifa se establece para atender al costo de determinados servicios, que se prestan directamente a los asociados en particular. Esa tarifa corresponde o debe corresponder a un servicio y debe ser proporcionada o acomodarse estrictamente al costo real del mismo. El particular paga la tarifa establecida para el servicio de energía eléctrica, por ejemplo, que la entidad pública le presta. Pero puede exonerarse de ella, si en cualquier momento decide voluntariamente prescindir de ese servicio. A cambio de la tarifa establecida, el particular recibe un beneficio determinado y expreso.

Por lo que hace a la exacción que se conoce con el nombre de contribución, ella se da o tiene lugar por una sola vez, en los casos de construcción de determinada obra pública, con la cual se benefician directamente y en mayor grado que los miembros restantes de la comunidad, determinados propietarios situados en las proximidades de la obra. Se ha considerado justo que quienes se benefician más que el común de los individuos, contribuyan en forma especial a pagar los costos de la obra. (Sobre esto puede verse sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de noviembre de 1946, *Anales*, Tomo LVI, páginas 267 y ss.).

Cree la Sala que las nociones elementales expuestas en forma breve en los apartes anteriores, pueden satisfacer la primera pregunta del cuestionario propuesto por el señor Ministro de Agricultura. La tarifa corresponde a un determinado servicio que la entidad pública le presta a los particulares. Si éstos no lo utilizan, no están obligados a pagarla. Ella es la base de una cuenta que se pasa en oportunidad previamente acordada y que hace relación al servicio que se prestó en determinado lapso de tiempo. Sencillamente, la cuenta expresa el valor del agua suministrada, por ejemplo.

Pero para completar el concepto, acaso no esté de más observar en este punto que solicitado el servicio por el particular y aceptada por éste, por el mismo hecho de solicitarlo, la tarifa establecida, al iniciarse la prestación surge entre la empresa respectiva y el usuario una relación contractual: la primera se obliga a suministrar al particular determinado elemento, energía eléctrica, por ejemplo, en su casa de habitación, y el segundo se compromete a pagar cada cierto tiempo, el valor de dicho suministro a la tasa establecida previamente. Es este un contrato de adhesión y de él emanan para cada una de las partes, obligaciones y derechos.

Y la cuenta que por el servicio contratado pasa la empresa al usuario en desarrollo de aquel convenio, —y esta es la segunda cuestión propuesta en la consulta—, ¿constituye título ejecutivo y puede exigirse su pago por vía coactiva?

Breves nociones elementales relacionadas con la índole del proceso ejecutivo y con la significación de la expresión "título o mérito ejecutivo", permiten dar contestación a esta parte de la consulta.

El juicio o proceso ejecutivo, en oposición al ordinario, tiene o está sometido a tramitación especial mucho más breve, precisamente en razón de los fines que mediante él se persiguen y que no son otros que hacer efectiva una determinada obligación clara y precisa, proveniente del deudor y que tiene carácter de exigible. No se trata de promover una controversia judicial para establecer o definir quién tiene el derecho. Dentro del proceso ejecutivo el derecho está declarado de antemano en el título que proviene del deudor, en el cual está establecida claramente la obligación a su cargo y, como antes se dijo, su carácter de exigible. Las pretensiones encontradas que las partes someten en un momento dado a la decisión de los jueces para que éstos, en nombre de la República y por autoridad de la ley, declaren quién tiene la razón y a cuánto asciende la correspondiente prestación, son controversias propias del juicio ordinario, que no se compadecen con la índole del proceso ejecutivo. En éste no se trata de definir el derecho, sino de hacer efectivo o hacer cumplir el que ya está definido por el mismo deudor.

Como tesis general, el título que sirve de fundamento al juicio ejecutivo debe provenir del deudor. Pero esto tiene excepciones, obvias y muy lógicas por lo demás; una sentencia ejecutoriada, por ejemplo, presta mérito ejecutivo y con ella puede iniciarse el correspondiente juicio. Y esto porque esa providencia contiene precisamente la declaración de un derecho hecha por la autoridad judicial correspondiente y no se trata, por lo mismo, de entablar una controversia para establecerlo. Resta tan solo ejecutarlo, o hacerlo cumplir, que es exactamente el fin que se persigue dentro del juicio ejecutivo.

También, con base en las liquidaciones de impuestos, puede adelantar el Estado ejecución especial contra los particulares, sujetos pasivos de las mismas.

Lo anterior es suficiente para concluir que la cuenta que en desarrollo de un contrato, pasa cada determinado lapso de tiempo una entidad pública a un particular y en la que consta la suma que ésta debe pagar por razón del servicio que aquella le prestó, no puede en manera alguna prestar mérito ejecutivo o constituir título del mismo carácter para iniciar contra el usuario acción ejecutiva; ese documento, cuenta o recibo, no proviene del deudor, condición esencial para la viabilidad de la acción ejecutiva. La cuenta de que se trata ha sido formulada y proviene exclusivamente del acreedor y no establece, por lo mismo, una obligación aceptada expresamente por el presunto deudor. Es igual a la que cualquier persona puede pasar a otra en razón de cualquier clase de servicios y así, es susceptible de reclamos y puede dar lugar a una serie de objeciones y controversias que no solo no se compadecen, sino que están en abierta contradicción con la significación y con la índole de lo que en la ciencia del procedimiento civil se denomina proceso ejecutivo.

La cuenta que se pasa al particular por servicios del tipo de los que aquí se trata, puede estar equivocada, como de hecho lo está frecuentemente; puede haberse formulado por servicios que no se han prestado en el tiempo a que la cuenta se refiere; la obligación de pagarla puede no ser de la persona a quien está dirigida, etc., etc. En estas condiciones, mal puede la justicia, por los trámites del proceso ejecutivo, ordenar el cumplimiento o la ejecución de una obligación configurada unilateralmente, precisamente por la parte acreedora. Se repite: esa presunta obligación no proviene del deudor. Las cuentas de que se trata no prestan mérito ejecutivo.

Pasando ahora al ordinal tercero de la consulta en estudio, considera la Sala que la entidad encargada de prestar los servicios debe acatar lo dispuesto en el acto administrativo o resolución que fijó las tarifas, respecto a publicación o notificación de las mismas. Si quiere cambiarse el sistema de notificación, debe expedirse otra resolución. Pero teniendo en cuenta que la notificación no es otra cosa que el aviso que debe darse a los suscriptores sobre el precio del servicio, es obvio que para que esa información se cumpla cabalmente, deben emplearse los medios más apropiados y eficaces. Nada se opone a que, además del sistema de notificación indicado en la respectiva resolución, se utilicen simultáneamente sistemas de información al público que se consideren pertinentes. Esto último tiene apoyo en el parágrafo segundo del artículo 4º y en el literal a) del artículo 6º del Decreto 149 de 1976, en donde se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio, al recibir el aviso de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, procederá a difundirlas por los medios de comunicación o divulgación que se consideren pertinentes. Y esto es apenas obvio, ya que es de rigor y de elemental justicia hacer llegar oportunamente a los usuarios la información correspondiente, a fin de que resuelvan si prescinden del servicio o continúan haciendo uso de él.

En cuanto a la cuestión planteada en el ordinal cuarto de la consulta, considera la Sala que lo dicho inmediatamente antes es suficiente para contestarla.

Se trata de poner las tarifas en conocimiento de los usuarios y, por consiguiente, la notificación o publicidad de las mismas debe hacerse oportunamente en el lugar en donde se presta el servicio. Sin perjuicio, como ya se dijo, de poner en práctica lo dispuesto en la respectiva resolución en cuanto a ese punto se refiere. Es de simple equidad que el público esté debidamente informado de antemano sobre la carga económica que el servicio va a significarle. Ya se dijo que no solo nada se opone sino que, por el contrario, se acomoda mejor a las disposiciones del Decreto 149 de 1976, el hecho de que la información al público se haga en tiempo debido en el lugar del servicio, si así no lo dispone la resolución respectiva. Solo así podrá decirse con propiedad que se ha dado a los usuarios el aviso correspondiente.

En síntesis: además de dar cumplimiento a la resolución en cuanto establece el sistema de notificación, si ésta no cumple cabalmente los fines de la misma y se estima que el público no queda debidamente y en oportunidad, informado, la divulgación debe hacerse en forma que este requisito se satisfaga plenamente. Cree la Sala que lo esencial es hacer oportunamente la notificación en el lugar del servicio a fin de que quienes lo utilizan sepan ciertamente a qué atenerse en materia de tarifas.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura.

Cópiese y transcríbase al señor Ministro de Agricultura.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE JUSTICIA

CONTRATOS DE COMPRA Y PERMUTA DE INMUEBLES A NOMBRE DE LA NACION. — Titular actual de la facultad para celebrar esta clase de contratos.

RELATORIA: Mayo 5 de 1977. Con oficio 151 del Ministro de Justicia, fue autorizada la publicación. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., mayo tres de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación 1140.

El señor Ministro de Justicia eleva a la Sala la siguiente consulta consignada en los siguientes interrogantes:

Primero. — ¿Qué funcionario o entidad tiene hoy autorización legal para suscribir los contratos de compra o permuta de inmuebles a nombre de la Nación?

Segundo. — Debe entenderse que el Decreto 150 de 1976, por medio del cual el Gobierno Nacional dictó normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, derogó la función asignada al Fondo de Inmuebles Nacionales en el literal b) del artículo 1º de la Ley 47 de 1971, cuyo texto dice:

"Artículo 1º...

b) Construir y adquirir los inmuebles que requieran la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento"?

Tercero. — En consecuencia de lo anterior, ¿tienen hoy facultad legal para adquirir los inmuebles que requieran para su normal funcionamiento la Presidencia de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias, sujetos al procedimiento y cuantías señalados en el mismo Decreto 150 de 1976? ¿O se requiere previa ley especial de autorización, para comprar inmuebles en cada caso?

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1º Puede el Congreso Nacional, por medio de ley, conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional. (Constitución Nacional, artículo 76, numeral 11). Y aprobar o improbar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades públicas en los cuales tenga interés la Nación, si no se hubieren lle-

nado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso o si algunas de sus estipulaciones no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones. (Constitución Nacional, artículo 76, numeral 16).

2º Corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, celebrar contratos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias. (Constitución Nacional, artículo 120, numeral 13).

3º En cuanto a contratos de bienes inmuebles, la Ley 47 de 1971 creó el Fondo de Inmuebles Nacionales, como establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; y a éste le fijó, entre sus funciones sobre inmuebles, lo siguiente:

"Artículo primero, letra b). Construir y adquirir los inmuebles que requieran la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento.

"Parágrafo. Los inmuebles nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, hospitales y aquellos cuya adquisición y administración corresponden al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se exceptúan de las prescripciones contenidas en la presente Ley.

"Artículo segundo. Constituye el patrimonio del Fondo: a) Las apropiaciones que figuren en el Presupuesto Nacional destinadas a los fines de que trata el artículo anterior.

"Artículo tercero. Los inmuebles que el Fondo adquiera o construya ingresarán al patrimonio de la Nación.

"Artículo quinto. El Ministerio de Obras Públicas, a través de sus dependencias tendrá la administración del Fondo de Inmuebles Nacionales. El Ministro de Obras Públicas será su representante legal y el Tesorero del Fondo será el Tesorero General de la República.

"El Gobierno Nacional expedirá los estatutos del Fondo de Inmuebles Nacionales, observando los principios de esta Ley y las disposiciones sobre establecimientos públicos que le sean aplicables.

"El Fondo asumirá la administración de los contratos vigentes del Gobierno relativos a los inmuebles nacionales.

"Artículo décimo. Esta Ley rige desde su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

4º El Decreto 369 de 1972, reglamentario de la Ley 47 de 1971, preceptúa en el artículo 4º, letra b) que el Fondo de Inmuebles Nacionales tiene por objeto: "Construir y adquirir los inmuebles que requiera la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento".

5º En desarrollo de la Ley 2ª de 1973, que concedió facultades al Presidente de la República para Reforma Administrativa, se expidió el Decreto-ley 657 de 1974, que en su artículo 10 dispuso:

"Las adquisiciones a título de dominio de bienes inmuebles para el servicio público, su administración y enajenación siguen como funciones propias del Fondo de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas, pero éste podrá delegar su administración en los organismos usuarios de dichos bienes, si ello conduce a una mejor prestación del servicio correspondiente".

6º El Congreso Nacional dictó la Ley 28 de 1974, que concedió al Presidente de la República algunas facultades, entre ellas para:

"Artículo 1º a)...

b) ...

1. Modificar las normas vigentes sobre formalidades, cláusulas y demás requisitos que deban cumplirse para la celebración de contratos en la Administración Central y la descentralizada. Las normas que con este fin se dicten tendrán en cuenta el valor y objeto del contrato, así como la naturaleza de la entidad que los celebra".

7º Con fundamento en la Ley 28 de 1974 el Gobierno Nacional dictó el Decreto-ley 150 de 1976, el cual empezó a regir el 18 de febrero de ese año, fecha de su publicación en el "Diario Oficial" número 34492. Son algunas de sus disposiciones:

"Artículo 14. De la competencia del Presidente de la República. Conforme a la respectiva ley de autorizaciones y a la ley de apropiaciones corresponde al Presidente de la República celebrar los contratos en que sea parte la Nación.

"Artículo 15. De la delegación de funciones. De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional y la ley, el Presidente de la República podrá delegar en los Ministros, en los Jefes de Departamentos Administrativos y en los Gobernadores la celebración de contratos".

Esta delegación podrá hacerse en forma permanente o para casos concretos. La delegación conferida para un caso especial no podrá invocarse para celebrar contratos distintos.

El delegado no podrá subdelegar.

"Artículo 16. De la autorización para delegar. El Presidente de la República podrá delegar en las autoridades a que se refiere el artículo anterior, la celebración de contratos de cuantía inferior a diez millones de pesos ($ 10.000.000.00)".

Respecto de la adquisición de inmuebles por la Nación, y ubicados DENTRO Y FUERA del territorio nacional, el decreto-ley en referencia contiene los contratos de COMPRAVENTA Y PERMUTA DE INMUEBLES Y ADQUISICION Y ENAJENACION DE INMUBLES EN EL EXTERIOR, reglamentados del artículo 120 al 133.

Prescribe el artículo 121 sobre adquisición interna:

"Del procedimiento para perfeccionar el contrato. La compra de inmuebles se efectuará con arreglo al siguiente procedimiento:

"1º Acordadas con el propietario las condiciones de la compraventa, se celebrará una promesa de contrato sujeta al trámite administrativo previsto en la parte general del estatuto, y dentro de las condiciones de la autorización legal. A la promesa se acompañará un certificado de libertad actualizado...".

Dice el artículo 127 sobre la permuta: "La permuta de bienes inmuebles se sujetará a las reglas de la venta. El valor del bien de propiedad de la Nación no podrá ser inferior ni el del particular superior al señalado en el avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

Preceptúa el artículo 128 sobre adquisición en el exterior:

"De la adquisición de inmuebles. La adquisición de bienes inmuebles que haga la Nación en el exterior para sedes diplomáticas o consulares o para resi-

dencia de funcionarios, estarán exentas del requisito de licitación y los contratos correspondientes, una vez perfeccionados conforme a las leyes del respectivo país solo requerirán para su validez requisito presupuestal y aprobación del Consejo de Ministros.

"Artículo 129. De la adquisición por entidades distintas de la Nación. Cuando la Nación colombiana no pudiere adquirir en países extranjeros el derecho de dominio o propiedad, otras entidades colombianas podrán adquirir inmuebles para los fines señalados en el artículo anterior.

"En estos casos, entre la Nación y la entidad que vaya a contratar en el exterior se suscribirá el convenio a que hubiere lugar y el contrato de adquisición, que estará exento de licitación, se celebrará conforme a las leyes del respectivo país y para su validez requerirá registro presupuestal y aprobación del Consejo de Ministros".

"Artículo 133. De la delegación de funciones. El Presidente de la República podrá delegar en el Ministro de Relaciones Exteriores la celebración de los contratos a que se refieren los artículos anteriores".

"Los actos y documentos que para la tramitación de los mismos contratos firmen los trabajadores y otros agentes diplomáticos o consulares de la Nación, requerirán para su validez la firma posterior del Ministro de Relaciones Exteriores o del Presidente de la República, según fuere el caso".

En las normas especiales para los organismos de la Defensa Nacional establece el artículo 172:

"De la enajenación de bienes inmuebles. Por delegación del Presidente de la República, la enajenación de bienes inmuebles destinados al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional podrá efectuarla directamente el Ministro de Defensa Nacional cuando, con el producto de la operación se vayan a adquirir otras para el mismo servicio. En estos casos no se podrá vender o permutar por valor inferior al del avalúo que practique con tal fin el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ni adquirir por suma mayor a la del mismo avalúo".

Por lo demás, sobre derogatoria el mismo Decreto-ley consagró:

"Artículo 204. Este Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y, por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o particular, vigentes sobre los contratos de que trata, en las entidades a que el mismo se refiere, en especial los Decretos 1670 y 2449 de 1975".

8º En ejercicio de la misma Ley de facultades, 28 de 1974, fue hecha la reestructuración del Ministerio de Obras Públicas por Decreto-ley 154 de 1976 que empezó a regir en la fecha de su publicación en el "Diario Oficial" número 34497 de febrero 25 de dicho año, y que en relación con lo que se estudia preceptúa:

A. — "Artículo 2º Corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º del presente Decreto, las siguientes funciones:

"...d) Adquirir, diseñar y construir los inmuebles que requiera la Nación para su servicio...".

B. — "Artículo 3º Como organismos ejecutores de la política del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, dentro de sus respectivos campos de acción, le están adscritos los siguientes establecimientos públicos:

"...Fondo de Inmuebles Nacionales...".

C. — "Artículo 15. Son funciones de la División de Estudios y Diseños:

"...VIII. Estudiar las necesidades de fuentes de materiales e inmuebles y derechos requeridos para las obras y solicitar a la Dirección General de Inmuebles Nacionales su adquisición...".

D. — De la estructura del Ministerio de Obras Públicas y Transporte hace parte la Dirección General de Inmuebles Nacionales, y el Decreto mencionado alude a éste así:

"Artículo 34. Son funciones de la Dirección General de Inmuebles Nacionales, dentro de los términos señalados por la Ley 47 de 1971:

"...IV. Tramitar, en coordinación con las dependencias respectivas, la adquisición de inmuebles".

"V. Tramitar, en coordinación con las dependencias respectivas, la adquisición de las zonas e inmuebles y el reconocimiento de perjuicios a terceros por razón de la ejecución de las obras a cargo del Ministerio, Fondo Vial Nacional, Fondo de Inmuebles Nacionales o el Fondo Rotatorio Nacional de Valorización...".

E. — El artículo 60 del Decreto-ley en referencia creó como dependencia del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la Unidad Carretera del Darién, para construir ésta, y entre sus funciones está:

"Gestionar ante la Dirección General de Inmuebles Nacionales la adquisición, construcción, conservación y administración de los inmuebles indispensables para la ejecución de las obras, así como la adquisición de los derechos necesarios para la construcción de la vía y la reglamentación del uso de los terrenos aledaños a la misma...".

F. — En cuanto a derogatoria el artículo 67 dice:

"El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el 'Diario Oficial' y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

9º El Decreto ejecutivo 496, de marzo 12 de 1976, dictado en desarrollo del Decreto-ley 150 de 1976, "por el cual se delegan algunas funciones sobre contratos", dice:

"Artículo 1º Delégase en los Ministros y en los Jefes de Departamentos Administrativos la facultad de celebrar contratos en nombre de la Nación colombiana, cuando la cuantía sea inferior a diez millones de pesos ($ 10.000.000.00).

"Artículo 4º No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, delégase en el Ministerio de Relaciones Exteriores la facultad de celebrar, cualquiera que sea la cuantía, contratos de adquisición y enajenación de inmuebles, destinados a sedes diplomáticas o consulares o a residencias de funcionarios en el exterior así como la facultad de celebrar otros convenios para el mismo objeto, cuando dicha adquisición o enajenación no fueren posibles".

Los referidos antecedentes, procurando un orden ilustrativo y cronológico, sirven de fundamentación para hacer ALGUNAS PUNTUALIZACIONES, en relación con los interrogantes de la consulta, circunscritos a la indicación del actual titular de la facultad para adquirir o permutar bienes inmuebles a nombre de la Nación, y otros aspectos de esta clase de contratos:

A. — De conformidad con la Constitución y el Decreto-ley 150 de 1976, es competente el Presidente de la República para celebrar los contratos administrativos a que ese decreto se refiere, conforme a la respectiva ley de autorizaciones y a la ley de apropiaciones y el lleno de los demás determinados requisitos, contratos entre los cuales están la adquisición y permuta de los bienes inmuebles;

B. — El Presidente de la República está autorizado, constitucional y legalmente, para delegar, dentro de límites indicados, en forma permanente o para casos concretos, la facultad de celebrar esos contratos, en los Ministros, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores. Esta delegación está concretada en el Decreto ejecutivo 496, de marzo 12 de 1976;

C. — En discrepancia con lo anterior está el Decreto-ley 154 de 1976, reestructura del Ministerio de Obras Públicas, expedido también como el 150 de 1976, con base en las facultades de la Ley 28 de 1974, porque atribuye en forma directa la competencia a dicho Ministerio, para adquirir, diseñar y construir los inmuebles que requiera la Nación para su servicio...", y adscribe al mismo Ministerio el Fondo de Inmuebles Nacionales, creado por la Ley 47 de 1971, como organismo ejecutor de la política de obras públicas, que es un establecimiento público que tiene como representante legal al Ministro de Obras, y que ejerce, por conducto de la Dirección General de Inmuebles Nacionales, oficina del Ministerio, sus señaladas atribuciones de "construir y adquirir los inmuebles que requiera la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento", con excepción de "los inmuebles nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, los hospitales y aquellos cuya adquisición y administración correspondan al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores".

D. — ¿Cuál, así planteado el conflicto de normas, podría ser la interpretación adecuada?

La Sala aprecia, en principio y por vía de análisis, que el Decreto-ley 154 de 1976, parece contrario a la disposición constitucional que atribuye al Presidente de la República la facultad de celebrar contratos administrativos, con sujeción a la respectiva autorización legal, bien en forma directa, o por conducto de dichos Ministerios, Departamentos Administrativos y los Gobernadores, pero mediante la delegación autorizada en nuestro orden jurídico, sujeta ésta en su ejercicio a los requisitos legales.

De otra parte, parece que el indicado Decreto-ley rebasa la Ley de facultades —la 28 de 1974—, porque concede la atribución en estudio al Ministerio de Obras Públicas y Transporte por fuera de las autorizaciones, que, en lo pertinente, están circunscritas a "modificar la estructura de los Ministerios y Departamentos Administrativos, suprimiendo cargos y redistribuyendo funciones".

Así mismo, es notorio que el Decreto 154 de 1976 quebranta la definida estructuración contractual para la Nación que se propuso el Gobierno Nacional cuando, como legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 150 de 1976.

Podría pensarse, por lo anterior, que la indicada incompatibilidad con la Constitución haría inaplicable el Decreto-ley 154 de 1976, en lo que concierne a la adquisición que sobre inmuebles se contempla, al tenor del artículo 215 de dicha Carta cuando establece que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Consecuencia sería, desde luego, la aplicación en los contratos en alusión de las normas del Decreto-ley 150, estatuto contractual, los decretos ejecutivos que se han dictado en su desarrollo, y tenerse de presente que ese decreto-ley "por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o particular vigente sobre los contratos de que trata...".

E. — Sin embargo, aparecen también para la Sala otras razones de especial consideración que permiten afirmar, como en efecto lo hace, la aplicación en lo pertinente, del Decreto-ley 154 de 1976. Se trata de una regulación especial para los contratos de adquisición de inmuebles. El Decreto empezó a regir el 25 de

febrero de 1976, con vigencia posterior al 150 de 1976, que la inició el 18 de los mismos mes y año. El citado Decreto-ley derogó "las disposiciones que le sean contrarias", contenidas incluso en el reciente Decreto 150 de 1976 y sus desarrollos correspondientes. El decreto, en definitiva, está vigente y por su naturaleza, tiene jerarquía equivalente a la ley dictada directamente por el Congreso Nacional. Así mismo, no parece impropio creerse que, el legislador extraordinario, quiso, al dictar el decreto en referencia, aprovechar la experiencia y especialidad en obras públicas del Ministerio del Ramo, centralizando en el mismo la adquisición de los inmuebles que ya se han indicado para el buen servicio público.

F. — Es importante anotar, que aunque aparezca por la Ley 47 de 1971, concedida la facultad de celebrar algunos contratos de adquisición de inmuebles al establecimiento público Fondo de Inmuebles Nacionales, cuando, como se dijo, es atribución según la Constitución Nacional concedible al Presidente de la República y delegable por éste en un Ministro, Jefe de Departamento Administrativo y Gobernadores, esa situación resulta meramente formal y aparente porque es lo real y cierto que, por mandato de la misma ley, el Ministerio de Obras celebra los contratos como representante legal de dicho Fondo, éste tiene que realizar sus funciones por conducto de la Dirección General de Inmuebles Nacionales de ese Ministerio, al que está también adscrito y constituye uno de los organismos ejecutores de la política del mismo. Estas últimas circunstancias indican una innegable dependencia jerárquica del Fondo al Ministerio, y hacen que sea el Ministerio el que, en definitiva, dirige, encauza y ejerce las funciones del mencionado Fondo, cuestiones a las que concede la Corte Suprema de Justicia especial énfasis y relievancia, en sentencia de enero 22 de 1970, cuando al analizar el alcance de la adscripción acepta la dependencia de las Superintendencias al respectivo Ministerio a que la ley le ha adscrito.

G. — Aceptado que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte es el competente para celebrar contratos de adquisición de inmuebles para la Nación, cabe precisarse que éstos tienen que celebrarse con sujeción a la respectiva autorización legal, porque es sabido que en nuestro derecho público una persona o entidad no puede realizar sino lo que expresamente le esté permitido o encomendado por la Constitución o la ley. En cuanto se carezca de esa facultad legal no existe la competencia especial para esos contratos, que deberán regirse por el Decreto-ley 150 y sus decretos complementarios.

H. — Como respecto del contrato de permuta de inmuebles nada dispone el Decreto-ley 154 de 1976 sobre la persona o entidad facultada para celebrarlo a nombre de la Nación, en tal situación habrá de estarse a lo establecido en el Decreto 150 de 1976.

I. — De la misma aplicación del Decreto-ley 154 de 1976, surge que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte puede, con base en la Ley 47 de 1971, que es de autorización general y permanente, y su Decreto reglamentario 369 de 1972, como representante legal del establecimiento público Fondo de Inmuebles Nacionales, celebrar contratos por conducto de su oficina la Dirección General de Inmuebles Nacionales, para "construir y adquirir los inmuebles que requieran la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento". El indicado decreto precisa la existencia del Fondo, lo adscribe al Ministerio de Obras Públicas y prescribe que sus funciones las realiza por conducto de ese Ministerio, oficina Dirección General de Inmuebles Nacionales.

CON BASE EN LO ANTERIOR, la Sala RESPONDE:

1. En la actualidad tiene el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por atribución legal directa, la facultad de celebrar los contratos de adquisición de

inmuebles a nombre de la Nación, según el Decreto-ley 154 de 1976, y con sujeción a la autorización y prescripciones legales.

2. Subsiste la existencia legal del Fondo de Inmuebles Nacionales, y está vigente la función atribuida al mismo en el literal b) del artículo 1º de la Ley 47 de 1971; EN CONSECUENCIA, tiene el Ministerio de Obras Públicas y Transporte la facultad de celebrar, en representación de dicho Fondo y CON BASE EN ESA MISMA LEY DE AUTORIZACIONES, los contratos de adquisición de inmuebles con destino a la Presidencia de la República, al Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento, "CON EXCEPCION de los inmuebles nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, los hospitales y aquellos cuya adquisición y administración correspondan al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores".

3. Como consecuencia del numeral anterior, para la adquisición de los inmuebles COMPRENDIDOS EN LAS CITADAS EXCEPCIONES, habrá de observarse, respecto de la persona o entidad competente para celebrar los contratos, lo que establezca el Decreto-ley 150 de 1976 y sus decretos de desarrollo, en armonía con la respectiva ley de autorizaciones.

4. En relación con la persona o entidad competente para celebrar los contratos de permuta de inmuebles a nombre de la Nación, debe cumplirse lo prescrito en el Decreto-ley 150 de 1976 y los decretos dictados para su realización.

Comuníquese al señor Ministro de Justicia.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

DESTITUCION: — En toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe forzosamente determinarse un período de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, el cual puede oscilar entre un día y un año.

RELATORIA: Con oficio 348 de junio 20 de 1977 el Ministro de Hacienda y Crédito Público autorizó la publicación. **Edné Cohen Daza,** Secretaria.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., junio primero de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Samuel Arango Reyes.*

Radicación número 1139.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en oficio número 209 de fecha 24 de marzo pasado, recibido el 25 del mismo mes, repartido el 1º de abril y entrado al despacho el 11 siguiente, hace a la Sala la siguiente consulta:

"El artículo 160 del Decreto 1950 de 1973 reza así: "En los casos de destitución, en el mismo acto administrativo que la imponga, se determinará el tiempo de la inhabilidad para el desempeño de cargos públicos, que no podrá ser mayor de un año".

"Se pregunta si en toda providencia que disponga la destitución de un funcionario público, debe determinarse así mismo un período de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, el cual obviamente puede oscilar entre un día o un año, o si puede darse el caso de una sanción equivalente a destitución sin que por otra parte se imponga ninguna sanción que inhabilite al funcionario para el ejercicio de cargos públicos".

SE CONSIDERA

De acuerdo con el artículo 160 del Decreto 1950 de 1973, citado por el señor Ministro en su consulta, el jefe o autoridad nominadora a quien corresponde imponer la sanción de destitución, cuando a ella hubiere lugar (artículo 13 del Decreto 2400 y 142 del Decreto 1950), debe determinar en la providencia respectiva el tiempo de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos.

De aquel texto es forzoso concluir que la sanción principal, la de destitución, debe ir acompañada de la accesoria de inhabilidad. Esto es obligatorio y no simplemente potestativo de la autoridad encargada de imponer las sanciones.

En concepto de la Sala, la aplicación forzosa de la sanción accesoria a que antes se aludió, es consecuencia obvia de lo dispuesto en el literal c) del artículo 4º del Decreto 2400 de 1968, reformado por el artículo 1º del Decreto 3074

del mismo año. En esta última disposición se establece que para ejercer un empleo en la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere, entre otras cosas, "no haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción, se determinará el tiempo de la inhabilidad, que no podrá ser mayor de un año". Y apunta aquí la Sala: Si para desempeñar un cargo en la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere no haber sido retirado del servicio por destitución, esto último no quiere decir cosa distinta de que la sanción en referencia lleva aneja la accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos, inhabilidad que va de un día hasta un año como máximo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2400 y en el 160 del Decreto 1950.

Para los efectos indicados anteriormente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 146 y 166 del Decreto 1950, varias veces mencionado, las sanciones disciplinarias de multa, suspensión y destitución, cuando no pudieren hacerse efectivas por cesación definitiva de funciones del empleado, se anotarán en la hoja de vida del sancionado para que surtan sus efectos como antecedente o impedimento para el ejercicio de empleos públicos, según se lee en la primera de las disposiciones últimamente citadas. Y copias de las providencias mediante las cuales se impongan sanciones disciplinarias, se archivarán con la hoja de vida del empleado para efecto de registro de antecedentes e información, según dispone el artículo 166.

De lo dicho antes es forzoso concluir que cuando la autoridad nominadora, a quien corresponde imponer la sanción disciplinaria de destitución, como ya se dijo, dicte la correspondiente providencia, debe forzosamente imponer la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos. Esto constituye mandato inequívoco de la ley y, como antes se anotó, es consecuencia obvia de lo dispuesto en las disposiciones legales que establecen los requisitos para ingresar al servicio público en la Rama Ejecutiva del Poder.

Así, pues, a la primera parte de la pregunta del señor Ministro de Hacienda se responde que en toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe imponerse la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y determinarse, igualmente, la duración de dicha inhabilidad. Como ya se insinuó, esto no es facultativo de la autoridad a quien compete imponer la sanción: es imperativo legal.

En cuanto hace a la segunda parte de la pregunta, observa la Sala que por las faltas disciplinarias, enumeradas en el artículo 132 del Decreto 1950, no es posible aplicar sanciones distintas de las contempladas en el artículo 140 del estatuto en mención. Por lo mismo no se ve cuál pueda ser la sanción "equivalente" a destitución, a que se refiere la segunda parte de la cuestión en estudio. A menos que pudiera considerarse "equivalente" alguna otra de las sanciones previstas en el artículo 140. Pero si se tratare de esto último, no puede hablarse propiamente de equivalencia. Se habría aplicado sencillamente sanción distinta de la de destitución, caso en el cual no habría lugar a la sanción accesoria de inhabilidad, que no está prevista en la ley sino para los casos de destitución.

Es obvio que las faltas disciplinarias son susceptibles de calificación en cuanto se refiere a su gravedad y de acuerdo con ella deben graduarse las sanciones. Y para ello los funcionarios a quienes tal función corresponde y la Comisión de Personal, deben tener en cuenta las disposiciones contenidas en los Capítulos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del Decreto 1950 de 1973, en donde se establecen normas y se fija el criterio que debe presidir aquella calificación y la determinación de las correspondientes sanciones. Y es claro que ahí puede jugar con cierta amplitud el sentido de justicia del funcionario a quien el

mismo Decreto 1950, atribuye la facultad de imponer las sanciones dentro del proceso disciplinario. Así puede concluir que la sanción para determinado caso no debe ser la de destitución sino otra de las enumeradas en el artículo 140. Y como ya se dijo, si la aplicable no es la de destitución, no hay lugar a la accesoria de inhabilidad.

En síntesis: en toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe forzosamente determinarse un período de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, el cual puede oscilar entre un día y un año.

No puede darse, dentro de la técnica del Decreto 1950, el caso de una sanción equivalente a destitución. Pueden aplicarse sanciones distintas a esta última, según el caso y de acuerdo con la gravedad de la falta, sin que entonces haya lugar a imponer la inhabilidad, pues como se ha dicho y repetido, ésta no está prevista en la ley sino como sanción accesoria a la de destitución.

En la forma vista absuelve la Sala la consulta en cuestión.

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

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. — Se declara la nulidad de la posición 87-02-05-29 del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2810 de 1974, solo en cuanto por ella se incluyeron como sujetos de gravamen los vehículos de diez mil libras americanas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.—

Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Radicación 3860. Nulidad del artículo segundo del Decreto reglamentario 2810 de 1974 del Gobierno Nacional. Actor: Jaime Quintero Acosta.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Se resuelve sobre la nulidad comenzando por transcribir los argumentos de la demanda:

"La posición 87 del artículo mencionado, establece la tarifa del impuesto sobre las ventas para los vehículos automóviles, tractores, velocípedos y otros vehículos terrestres. La posición 87-02-05 fija la tarifa de los chasises cabinados, de acuerdo con su peso bruto vehicular, y la posición demandada 87-02-05-29 dice textualmente así:

"29 'los demás de peso bruto vehicular (G. V. M.) superior a 5.000 y hasta 10.000 libras americanas,...15%.

" '99. Los demás... exentos'.

"DISPOSICIONES VIOLADAS

"Artículo 6º del Decreto 2368 de 1974 y ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"El artículo 6º del Decreto legislativo 2368 de 1974, dice:

"Están sujetos a la tarifa del quince por ciento (15%) del impuesto sobre las ventas los vehículos para el transporte de mercancías, con o sin tracción en las cuatro ruedas cuyo peso bruto vehicular (G. V. M.) sea mayor de cinco mil libras americanas (5.000 Lb.) y menor de diez mil libras americanas (10.000 Lb.) y los chasises, chasises cabinados y carrocerías para los mismos vehículos.

"Como se puede observar de la atenta lectura de la norma transcrita, la tarifa del 15% del impuesto sobre las ventas de los vehículos, chasises, chasises cabinados y carrocerías para los mismos, es aplicable de acuerdo con su PESO BRUTO VEHICULAR. Si éste está comprendido entre 5.001 y 9.999 libras americanas estarán sujetos a la mencionada tarifa.

"Lo anterior resulta suficientemente claro, ya que la ley dice: *sea mayor de 5.000 libras americanas,* por consiguiente se excluye el que pese 5.000.

"Igualmente, al decir el decreto legislativo *y menor de 10.000* libras americanas, nos indica que se excluye el que pese 10.000.

"No obstante que lo anterior es de una nitidez absoluta, el Decreto reglamentario 2810 de 1974 en la posición 87-02-05-29 de su artículo 2º, establece que la tarifa del 15% se aplica a los chasises cabinados cuyo peso bruto vehicular sea superior a 5.000 y *hasta 10.000 libras* americanas.

"Al emplear la palabra 'HASTA' indica que el chasis que pese 10.000 está incluido en la tarifa del 15%.

"De las anteriores consideraciones se desprende la ilegalidad de la norma reglamentaria demandada, toda vez que incluye los vehículos y chasises que pesen 10.000 libras americanas, cuando el decreto que pretende reglamentar establece la tarifa para los que pesen menos de 10.000 libras americanas.

"Al gravar la disposición demandada estos vehículos con la tarifa del 15% claramente se excedió la letra y el espíritu de la ley, porque gravó un artículo con el impuesto de ventas, con evidente extralimitación de la potestad reglamentaria".

Al resolver sobre la solicitud de suspensión provisional se dijo:

"A primera vista el empleo de la preposición *'hasta'* parece derivar de inadvertencia del redactor del precepto, porque de acuerdo con la norma superior indicada en la demanda como excedida por el reglamento, el 15% del impuesto sobre las ventas de los vehículos incluye los de 9.999 libras con decimales indefinidos de 9, circunstancia numérica de exactitud que posiblemente no podría determinarse en las balanzas disponibles en los puertos, hasta el punto de que sea legítimo pensar que el empleo de la preposición 'hasta' no fue intencional porque sus consecuencias no son relevantes desde el punto de vista de la ejecución de la regla.

"Es cierto que la preposición sobre que versa la discrepancia jurídica sirve para expresar el término de cantidades, continuas o discretas, dice el diccionario de la Academia Española y don Manuel Seco en su diccionario de dudas de nuestra lengua admite que es también adverbio de cantidad que equivale a incluso, de donde resultaría que, estrictamente hablando, es decir, ateniéndose con rigor al alcance único de la letra, el demandante tendría razón pero, si se compara la precisión semántica con la infinitud matemática a que ya se aludió, tal vez no sea excesivo aceptar a primera vista que la impropiedad gramatical del reglamento es de grado minúsculo tan a primera vista, como para concluir que la suspensión provisional sería más sorprendente que la violación por diez millonésimas de millonésimas de miligramo".

En el alegato de conclusión el demandante explicó lo siguiente:

"Tanto en la demanda como en el recurso de súplica, he insistido en demostrar que el decreto reglamentario posición 87-02-05-29 del artículo 2º del Decreto 2810 de 1974, amplió el alcance del artículo 6º del Decreto legislativo 2368 de 1974.

"En efecto: vuelvo a repetir que conforme al artículo 6º del Decreto legislativo 2368 de 1974, están sujetos a la tarifa del impuesto de ventas del 15% los vehículos para el transporte de mercancías, cuyo peso bruto vehicular sea MAYOR de cinco mil libras americanas (5.000 Lb.) y MENOR de diez mil libras americanas (10.000 Lb).

"El decreto reglamentario dispuso que quedan sujetos a la tarifa del 15% los vehículos cuyo peso bruto vehicular sea superior a 5.000 y HASTA 10.000 libras americanas.

"Es evidente, no cabe la menor dura, que el decreto reglamentario excedió el alcance de la ley, al gravar con la tarifa del 15% los vehículos cuyo peso bruto vehicular sea de 10.000 libras americanas, los cuales, de acuerdo con la ley reglamentada, son exentos, pues la tarifa del 15% únicamente se aplica para los vehículos cuyo peso sea superior a 5.000 y MENOR de 10.000 libras americanas.

"El honorable Consejo de Estado en las dos providencias dictadas en el juicio: el auto admisorio de la demanda y la sentencia que resolvió el recurso de súplica, parece que ha reconocido la violación, pero negó en ambas oportunidades la suspensión provisional.

"En el auto el doctor Lleras Pizarro dice en uno de sus apartes:

"Es cierto que la preposición sobre que versa la discrepancia jurídica sirva para expresar el término de cantidades continuas o discontinuas, dice el diccionario de la Academia Española y don Manuel Seco en su diccionario de dudas de nuestra lengua admite que es también adverbio de cantidad que equivale a incluso, *de donde resultaría que estrictamente hablando, es decir ateniéndose con rigor al alcance único de la letra el demandante tendría razón, pero* si se compara la precisión...".

"Del análisis de este aparte del auto, se desprende que el honorable Consejero acepta la violación de la norma superior, pero por la infinidad matemática de diez millonésimas millonésimas (sic) de miligramo, que haría aplicable al decreto reglamentario para los vehículos cuyo peso exacto sea 10.000 libras americanas, negó la suspensión.

"Es necesario volver a repetir lo expresado en el recurso de súplica, que no obstante la infinidad matemática puesta de presente por el honorable Magistrado ponente, esa infinidad tiene una importancia decisiva, ya que precisamente ella define si un vehículo está sujeto a la tarifa del 15% del impuesto a las ventas, o por el contrario, queda exento de pagar ese impuesto. Desde el punto de vista económico equivale a definir si el precio de un vehículo para el consumidor final es de $ 300.000.00, si se considera exento, o de $ 345.000.00 con el impuesto de ventas.

"Por lo que hace a la duda respecto a la circunstancia numérica de exactitud, igualmente repito lo expresado en el memorial del recurso de súplica, que los catálogos de las empresas productoras de vehículos dan cuenta del peso exacto de los mismos y que para efectos de la tasación del gravamen los funcionarios de impuestos se atendrán a ellos antes que al peso que señalen las básculas. Nuevamente destaco el hecho de que en el país existen por lo menos dos clases de vehículos cuyo peso bruto vehicular exacto es de 10.000 libras americanas —el Dodge D-300 y el Ford F-3—.

"Como simple ilustración presento un catálogo de Dodge D-100 que respalda mi afirmación.

"En la providencia que resolvió el recurso de súplica el doctor Ortiz Amaya dijo:

"En realidad la preposición 'hasta' es limitativa pero no necesariamente tiene que interpretarse como noción de que el límite allí fijado está incluido, *pues por encima de la norma mal redactada está la disposición legal que determina ese límite.*

"Del análisis cuidadoso de este aparte podemos concluir, que en él se reconoce que hay un error en la redacción de la norma demandada, y que no podría aplicarse por la existencia de la norma superior reglamentada.

"En este párrafo se está reconociendo que el decreto reglamentario es ilegal y por tanto no puede aplicarse y que en su lugar se debe aplicar la norma superior.

"En el aparte siguiente de la mencionada sentencia, se dice que por cuanto se pide la suspensión de toda la posición no es posible acceder, pues se quedaría sin reglamento toda una gama de vehículos de peso superior a 5.000 e inferior a 10.000 libras americanas.

"Al anterior argumento podría contestarse con el mismo argumento de la sentencia del anterior aparte transcrito, o sea que esto no ocurre por la *'existencia de la norma legal que determina esos límites'*.

"Lo que sucede, a mi entender, es que el artículo 6º del Decreto legislativo 2368 de 1974 es tan completo, claro y nítido que no necesita ninguna reglamentación para su cabal y perfecta interpretación y aplicación, y que si se insistió en hacerlo, debió respetarse su contenido y texto y no ampliar o extender el gravamen a un artículo excluido del mismo.

"Por más sutilezas que se quieran decir, dos cosas están perfectamente claras:

"1. Que al decir la norma superior: inferior a diez mil, significa que se excluyen los que pesan diez mil, y

"2. Que al decir el reglamento: hasta diez mil, significa que se incluyen los que pesan diez mil.

"No podría ser de otra forma, porque de lo contrario sería negar el principio filosófico de que una cosa puede ser y no ser al mismo tiempo.

"Respecto a la afirmación de la sentencia que resolvió el recurso de súplica, de que no podría por parte del funcionario que haya de aplicar el decreto reglamentario incluir a los vehículos con peso de 10.000 libras americanas como sujetos a la tarifa del 15%, se encuentra en abierta oposición con lo que nos enseña la experiencia, que no es otra cosa, que los funcionarios administrativos se limitan a aplicar los decretos reglamentarios atendiendo al alcance único de su tenor literal, entre otras cosas en obedecimiento a la reiterada jurisprudencia de ese honorable Consejo de Estado, de que los funcionarios administrativos no pueden dejar de aplicar los decretos reglamentarios, mientras no se produzca su derogatoria o su declaración de nulidad. Precisamente, en esta circunstancia, ha dicho el honorable Consejo, se encuentra la diferencia entre las facultades otorgadas por la ley a los funcionarios del Poder Judicial y a los funcionarios del Poder Ejecutivo.

"Como en este memorial, así como en el de la demanda de nulidad y suspensión provisional y en el del recurso de súplica, a los cuales me remito, ha quedado ampliamente demostrado que la posición 87-02-05-29 del artículo 2º del Decreto reglamentario 2810 de 1974, viola el artículo 6º del Decreto 2368 de 1974, toda vez que amplía el alcance de éste, con evidente extralimitación de la potestad reglamentaria, respetuosamente solicito se declare su ilegalidad y como consecuencia la nulidad de la norma demandada".

El auto que no accedió a la suspensión provisional fue confirmado por la Sala de Decisión tal como resulta de los apartes que se incluyen en la transcripción precedente.

El señor Fiscal de la corporación considera que sería excesivo decretar la nulidad.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La fuerza de los argumentos del demandante más las pruebas que adujo, conducen a concluir que evidentemente se causaría daño de permitir que subsista el equívoco gramatical que podría crear el impuesto de 15% para los vehículos que pesan 10.000 libras americanas cuando la disposición sustancial evidentemente excluye del gravamen a tales vehículos. Como lo advierte el demandante, la norma principal es lo suficientemente clara como para que pueda aplicarse sin necesidad de la existencia de un reglamento que, infortunadamente, en este caso realmente origina ambigüedad.

En consecuencia, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nula la posición 87-02-05-29 del artículo segundo (2º) del Decreto reglamentario número dos mil ochocientos diez (2810) de mil novecientos setenta y cuatro (1974) solo en cuanto por ella se incluyeron como sujetos de gravamen los vehículos de diez mil (10.000) libras americanas. En consecuencia la posición 98-02-05-29 quedará así:

"29. Los demás de peso bruto vehicular (G. V. M.) superior a cinco mil (5.000) y menor de diez mil (10.000) libras americanas, quince por ciento (15%)'.'

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministro de Hacienda, a la Dirección General de Aduanas. Archívese el expediente. Cúmplase.

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

Los Consejeros: *Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Radicación 3860. Aclaración de la sentencia sobre nulidad parcial del artículo 2º del Decreto 2810 de 1974 del Gobierno Nacional. Demandante: Jaime Quintero Acosta.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Dentro del término legal el actor advierte que en la parte resolutiva de la providencia se incurrió en error mecanográfico cuando se mencionó como anulada la posición 98-02-05-29 del artículo 2º, cuando lo correcto, según resulta del propio texto del fallo es 87-02-05-29.

Como el error es manifiesto se aclara la aludida sentencia en el sentido de que la parte resolutiva queda así:

Es nula la posición ochenta y siete cero dos cero cinco veintinueve (87-02-05-29) del artículo segundo (2º) del Decreto reglamentario número dos mil ochocientos diez (2810) mil novecientos setenta y cuatro (1974) solo en cuanto por ella se incluyeron como sujetos de gravamen los vehículos de diez mil (10.000) libras americanas. En consecuencia la aludida posición ochenta y siete cero dos cero cinco veintinueve (87-02-05-29) quedará así:

"29. Los demás de peso bruto vehicular (G. V. M.) superior a cinco mil (5.000) y menor de diez mil (10.000) libras americanas, quince por ciento (15%)".

Así se resuelve.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Hacienda, a la Dirección General de Aduanas. Archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, no asistió; *Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. — Vinculados económicos. — Queda sin efecto la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 1975 del Gobierno Nacional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. Bogotá, tres de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Radicación 3620. Demanda de nulidad del artículo 4º del Decreto reglamentario 2803 de 21 de diciembre de 1975 del Gobierno Nacional. Impuestos sobre las ventas. Vinculados económicos. Demandante: Guillermo Gómez Téllez.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

La norma demandada es del siguiente tenor:

"En el caso contemplado por el inciso 1º del parágrafo del artículo 5º, del Decreto 1988 de 1974, y por el inciso 2º del literal b), del artículo 4º, del Decreto 2815 de 1974, se considera que subsiste vinculación económica cuandoquiera que la enajenación se produce entre vinculados económicos, a través de terceros no vinculados".

Se señala como violados los artículos 5º y 11 del Decreto legislativo 1988 de 1974, e, indirectamente, el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución en cuanto que excedió el límite de la potestad reglamentaria.

Sustenta su argumentación en varios argumentos entre los cuales se reproduce lo siguiente:

"Este artículo cuarto del Decreto 2803 de 21 de diciembre de 1975 extiende la figura de la vinculación económica a unas operaciones no previstas en el decreto legislativo que pretende reglamentar, lo cual, indudablemente, hace más onerosa la situación del contribuyente ante el Fisco. Dicho artículo 4º rebasa las previsiones de la norma reglamentada y va más allá de las obligaciones que ella impone a los contribuyentes. En efecto, crea una nueva figura de la vinculación económica en materia del impuesto a las ventas. Ya la vinculación económica no solamente existe cuando las operaciones o actos que causan el impuesto se realizan directamente entre las personas que prevé expresamente el Decreto legislativo 1988 de 1974, sino que también existe y subsiste cuando la operación que causa el impuesto a las ventas se realiza entre una persona y otra que, al tenor de las normas respectivas, no tiene la calidad de vinculado económico de aquélla.

"De conformidad con lo ordenado por el artículo 4º del Decreto 2803 de 1975, si un importador, persona responsable del recaudo del impuesto, enajena la mercancía importada a un tercero que no es su vinculado económico, subsiste y existe la vinculación económica para el caso de que ese tercero, luego de ser

dueño absoluto de la mercancía por tener a su favor un título traslaticio de dominio y habérsele efectuado la entrega conforme lo dispone el Código Civil para la enajenación de los bienes muebles, enajena la misma mercancía a otra persona que pueda tener la calidad de vinculado económico del importador.

"En otros términos, si 'A', importador, vende la mercancía a 'C' con quien no tiene ningún vínculo económico de conformidad con las normas del impuesto a las ventas y a su vez 'C' enajena esa misma mercancía a 'Z' que no es vinculado económico de 'A', nada sucede en lo tocante con el impuesto a las ventas; pero si 'C' vende esa mercancía a 'J', que sí es vinculado económico de 'A', subsiste y existe la vinculación económica, al tenor de lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto reglamentario 2803 de 1975, y, en consecuencia, 'J' sería responsable del recaudo del impuesto a las ventas que ya fue causado en la operación efectuada entre 'A' y 'C'.

"O sea, que el hecho de que la mercancía o los bienes hayan pasado por el patrimonio de un tercero no vinculado económicamente al enajenante, no rompe la vinculación económica de éste con otra persona, si el comprador o adquirente —tercero no vinculado—, la enajena a quien pueda tener la calidad de vinculado económico del primer enajenante.

"Esta figura de vinculación económica creada en el artículo 4º del Decreto 2803 de diciembre de 1975 no se encuentra prevista en el parágrafo del artículo 5º del Decreto legislativo 1988 de 1974 ni en su artículo 11; tampoco lo está en los artículos 260 y subsiguientes del Código de Comercio, invocados por el mismo Decreto 1988, ya que todas estas normas del Decreto legislativo 1988 y del Código de Comercio, se refieren a operaciones generadoras del impuesto (compraventa, permuta, etc.), celebradas directamente, sin intermediación, entre vinculados económicos.

"Es más aún. El parágrafo del artículo 5º del Decreto legislativo 1988 de 1974 es de un texto sumamente claro cuando dispone que *'en el caso de vinculación económica, tal como adelante se define* (artículo 11), el impuesto se causa tanto en el momento de la primera entrega como en toda otra entrega posterior'. Pero lógicamente, de acuerdo con el texto de este artículo, esas entregas posteriores deben realizarse siempre dentro de vinculados económicos. Por eso dice la norma comentada: 'EN EL CASO DE VINCULACION ECONOMICA'. No tendría ningún sentido y sería forzar el significado claro y preciso del parágrafo del artículo 5º, tratar de establecer la interpretación de que en el caso de vinculación económica el impuesto se causa tanto en la primera entrega como en toda entrega posterior, realizada entre vinculados y no vinculados económicos, tal como lo pretende establecer el artículo 4º del Decreto 2803 de diciembre de 1975.

"Y es tan correcta la interpretación anterior de que únicamente en caso de vinculación se causa el impuesto tanto en la primera entrega como en todas las posteriores, que el artículo 4º del Decreto 2815, al reglamentar el Decreto 1988, dice en el inciso 2º del literal b):

"En el caso de vinculación económica el impuesto se causa no solo en la entrega del productor o importador al vinculado sino en la entrega de éste a sus propios vinculados y así sucesivamente, inclusive, *'hasta cuando la enajenación se produzca en favor de un tercero no vinculado'*.

"O sea, que al tenor del régimen vigente por el Decreto legislativo 1988 y su Decreto reglamentario 2815 de 1974, en el evento de que exista vinculación económica el impuesto a las ventas se causa no solo en la entrega del productor o importador a un vinculado económico suyo, sino que ese impuesto sigue causándose si las enajenaciones continúan efectuándose entre sus vinculados econó-

micos. Esa causación del impuesto deja de producirse hasta cuando se efectúe enajenación en favor de un tercero no vinculado económico. Existe entonces un límite muy preciso para la causación del impuesto a las ventas entre vinculados económicos: el impuesto deja de causarse cuando la operación de enajenación se efectúa en favor de un tercero extraño, no vinculado.

"Pero vino el Decreto reglamentario 2803 de 1975 y en su artículo 4º extendió la figura de la vinculación económica a campos mucho más amplios de los previstos taxativa y precisamente en los artículos 5º y 11 del Decreto legislativo 1988 de 1974. Ya la enajenación en favor de un tercero extraño, no vinculado, no es suficiente para que el impuesto se deje de causar, lo cual, clarísimamente, viola el Decreto legislativo 1988 de 1974 en sus artículos citados, violación que, obviamente, afecta de nulidad el artículo 4º del Decreto reglamentario 2803 de 1975".

Las disposiciones de jerarquía superior que están implicadas en el asunto son así:

"El artículo 5º del Decreto legislativo 1988 de 1974:

"El impuesto se causa:

"a) En las ventas, incluidas las de mercancías importadas, en la fecha de emisión de la factura u otro documento equivalente y, a falta de éstos, en el momento de la entrega; aunque se haya pactado reserva de dominio o condición resolutoria; en la del retiro de los bienes propios, mencionado en el ordinal b), del artículo 3º, y a tiempo de la nacionalización, en el caso de las importaciones;

"b) En la prestación de servicios, en el momento de la emisión de la factura u otro documento equivalente y, a falta de éstos, en el de terminación de los servicios.

"Parágrafo. En el caso de vinculación económica, tal como adelante se define, el impuesto se causa tanto al momento de la primera entrega como en toda entrega posterior.

"En el caso de fabricación por encargo, el impuesto se causa tanto al momento de la entrega por parte del fabricante al comitente como al de la entrega que éste hiciere luego a otro.

"El literal b) del artículo 4º del Decreto reglamentario 2815 de 1974 es así:

"El impuesto sobre las ventas se causará:

.....

"b) En el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía a cualquier título traslaticio de dominio y en general en los pagos de cualquier obligación, hechos en especie por parte del productor o importador o por parte de un vinculado económico de éstos, al intermediario, al consumidor o a otro responsable, aunque se convenga reserva de dominio, pacto de retroventa o condición resolutoria.

"En el caso de vinculación económica, el impuesto se causa no solo en la entrega del productor o importador al vinculado sino en la entrega de éste a sus propios vinculados y así sucesivamente, inclusive hasta cuando la enajenación se produzca en favor de un tercero no vinculado".

"El artículo 11 del Decreto legislativo 1988 de 1974 reza así:

"Para efectos de dicho impuesto (el de las ventas) se entiende que existe vinculación económica, en los casos contemplados en el Capítulo XI del Título

Primero del Libro Segundo del Código de Comercio. También existe vinculación económica:

"1. Entre las empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un cincuenta por ciento (50%) o más a la misma persona.

"2. Entre las empresas cuyo capital pertenezca en un 50% o más a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentezco hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad o primero civil.

"3. Entre la empresa y el socio, accionista o comunero que posea el cincuenta por ciento (50%) o más del capital social y entre aquélla y los socios que tengan derecho a administrarla".

"Los artículos pertinentes del Código de Comercio rezan así:

"Artículo 260. Las sociedades subordinadas pueden ser filiales o subsidiarias. Se considerará filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz. Será subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta.

"Artículo 261. Se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros, en los siguientes casos:

"1º Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas;

"2º Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta directiva, si la hubiere, y

"3º Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales. Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia".

El señor Fiscal concluye así su concepto:

"En el caso de vinculación económica, el impuesto sobre las ventas se causa tanto al momento de la primera entrega como en toda otra entrega posterior.

"La Fiscalía cree que de esa norma se puede deducir la causación del gravamen cuando una entrega posterior se realiza entre vinculados económicos por intermedio de una tercera persona ajena a la relación contemplada en la ley. Y eso quiera decir que el reglamento, dictado para la cumplida ejecución de la norma superior no traspasó los límites de la autorización constitucional".

El doctor Héctor Raúl Corchuelo Navarrete, en su condición de Jefe de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales, explica así el fenómeno que es objeto de controversia:

"Me opongo a las peticiones de la demanda y fundamento mi oposición en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

"a) De conformidad con las normas de carácter legal, Decretos 1988 de 1974 y 2368 del mismo año, el hecho generador del impuesto sobre las ventas se encuentra conformado básicamente por tres elementos que se deben conjugar:

"I. Un determinado bien (corporal mueble procesado o uno de los servicios expresamente gravados).

"II. Un determinado acto que se debe cumplir sobre ese bien (entrega a cualquier título que implique enajenación, retiro del bien para uso del propio responsable, o prestación misma del servicio gravado).

"III. Que el acto previsto por la ley, ejecutado sobre el bien igualmente previsto por la ley, lo sea por una de las personas también previstas por la ley, a saber:

"El productor.

"El importador.

"El que presta un servicio gravado;

"El que efectúa un contrato gravable de obra, y

"Quienes estén económicamente vinculados a dichas personas.

"b) Al tenor del artículo 11 del Decreto 1988 de 1974 hay vinculación económica en los casos allí contemplados.

"En parte alguna la ley establece como condición de vinculación económica que la enajenación se produzca directamente de un productor o de un importador a persona económicamente vinculada a él. Lógicamente que si la enajenación es entre vinculados, existe el fenómeno y el comerciante vinculado es sujeto pasivo del gravamen;

"c) Por lo tanto no es elemento de la institución de la vinculación económica, la enajenación entre personas previstas por el artículo 11 del Decreto 1988;

"d) De tal manera que para que el impuesto se genere, como se dijo atrás, se requiere:

"1. Que se trate de bienes corporales muebles procesados o de servicios expresamente gravados. (Artículo 2º, Decreto 1988).

"2. Que se preste el servicio, o que se enajene el bien o que se consuma el bien. (Artículos 2º y 3º, Decreto 1988).

"3. Que, en el caso de enajenación de bienes procesados, la ejecute el productor, el importador o un vinculado económico de éstos.

"e) Supongamos que las empresas A y B pertenecen, cada una en un 70% a la misma persona Z.

"Por mandato expreso del artículo 11 las empresas A y B son vinculados económicos.

"Supongamos, igualmente, que A importa vinos, los vende a un tercero X, quien a la vez los revende a B y éste los revende a terceros.

"La venta de los vinos por parte de A genera el impuesto por cuanto se dan todos los elementos del hecho generador:

"1. Un bien corporal mueble procesado: el vino.

"2. Sobre él se ha ejecutado un acto previsto por la ley (enajenación a título de compraventa).

"3. El acto sobre el bien lo ejecutó la persona prevista por la norma: el importador del vino: la empresa A.

"En cuanto a X, el impuesto no se genera por faltar un elemento: no importó el vino ni es vinculado económico de A.

"En cuanto a la empresa B, el impuesto se genera por llenarse los tres elementos:

"1. Se trata de un bien corporal mueble procesado, importado por el importador A, vinculado económico de B.

"2. Lo enajena a título de compraventa.

"3. Es una de las personas previstas por la ley como sujetos del impuesto: (B, vinculado económico del importador A).

"En esta forma se cumple no solo con las disposiciones ya enunciadas sino con lo previsto en el parágrafo del artículo 5º del Decreto 1988.

"f) Por ser lo anterior lo previsto y querido por la ley, precisamente los dos incisos del parágrafo del artículo 5º, del Decreto 1988 de 1974 tienen una redacción completamente diferente. Mientras que en la fabricación por encargo, obviamente, se requiere la entrega del fabricante al comitente, en la vinculación económica no necesariamente para que el vinculado no productor ni importador sea sujeto del impuesto, se requiere que éste reciba el bien directamente del productor o importador con quien exista vinculación.

"Lo importante es que exista tal vínculo y que el acto de enajenación se produzca sobre un bien corporal mueble procesado.

"g) Lo previsto en la norma acusada, sencillamente constituye un caso más que está implícito en la ley, pero que no había sido tocado por el reglamento. Estando en la ley el reglamento es perfectamente legal".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Aunque se accedió al decreto de suspensión provisional, después de escuchar a los interesados el Consejo llega a la conclusión de que evidentemente las razones expuestas por el representante de la dirección de impuestos convencen en el sentido de que lo que se propone el acto demandado es evitar que valiéndose de un tercero no vinculado pueda soslayarse la obligación que establece el precepto sustancial sobre la causación del impuesto cuando intervienen en las operaciones de compraventa personas vinculadas económicamente entre sí. En otras palabras el decreto reglamentario simplemente aclara lo que ya está establecido en el decreto legislativo, o sea que si la trasferencia se hace entre vinculados económicos el impuesto se causa en el momento de tal transferencia aunque ella ocurra por interpuesta persona que es lo que el diccionario llama testaferro o sea aquella persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.

Muy bien lo resumió el señor representante del Ministerio de Hacienda durante la audiencia cuando explicó:

"1º De acuerdo con la legislación anterior a la de emergencia económica, Decreto 3288 de 1963, se dispuso que entre los sujetos pasivos del impuesto sobre las ventas quedaron incluidos los vinculados económicos de los productores e importadores.

"El reglamento, artículo 3º del Decreto 377 de 1965 introdujo como uno de los elementos de vinculación económica, la venta directa del bien entre el productor o importador y el vinculado.

"2º La legislación de emergencia en lo referente al impuesto sobre las ventas (artículo 11, Decreto 1988 de 1974), no establece como condición para que exista vinculación económica, que el bien se transfiera directamente, sin interpuesta persona, entre productor o importador y el vinculado económico. No es, por lo tanto, elemento de vinculación, la enajenación entre las personas previstas por tal artículo.

"3º Lo que exige la ley, para que el impuesto se genere cuando un vinculado económico enajena, es:

"I. Que el artículo, producto, mercancía o bien corporal mueble procesado objeto del negocio del vinculado, sea el mismo que haya producido o importado su vinculado.

"II. Que se sucedan los demás elementos del hecho generador con respecto al vinculado".

En consecuencia, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º No se accede a las súplicas de la demanda.

2º Queda sin efecto el decreto de suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala, de fecha tres de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

PENSIONES DE JUBILACION, INVALIDEZ, VEJEZ Y DE SOBREVIVIENTES DE LOS SECTORES PUBLICO, OFICIAL, SEMIOFICIAL Y PRIVADO. — SE DECLARA LA NULIDAD DE LOS ARTICULOS 4º, en cuanto señaló una fecha distinta a la fijada en la Ley 4ª de 1976, es decir la del 1º de enero del mismo año, para la efectividad de los reajustes pensionales, y 10 del Decreto 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4ª de 1976. — Se revoca la suspensión provisional de los artículos 5º y 9º del Decreto antes citado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., cuatro (4) de febrero de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Alvaro Orejuela Gómez.*

Ref.: Juicio número 0404. Demandante: Asociación Nacional de Pensionados de Bavaria, S. A., y sus filiales.

Procede la corporación a decidir el juicio instaurado por el apoderado de la Asociación Nacional de Pensionados de Bavaria, S. A., y sus filiales, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en demanda de nulidad de los artículos 4º, 5º, 9º y 10 del Decreto reglamentario número 732 del 22 de abril de 1976, expedido por el Gobierno Nacional.

Como HECHOS que sustentan la correspondiente acción, el actor expuso los que en seguida se transcriben:

"Por medio de la Ley 4ª de 1976, el Congreso Nacional ordenó el reajuste de oficio, cada año, de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial.

"La norma anterior fue consecuencia del justo clamor de uno de los sectores menos favorecidos por la legislación social como lo es el de los pensionado quienes lograron, con la colaboración de destacados parlamentarios se les hiciera un merecido reconocimiento de alivio a las ínfimas pensiones que devengan, reajustándolas en la forma prevista en la misma ley.

"El Gobierno Nacional, so pretexto de reglamentar la ley en mención, expidió el Decreto número 732 de 1976, en el cual se arrogó facultades que no le habían sido otorgadas en la norma reglamentada, rebasando en exceso el alcance de la misma y haciendo nugatorio el reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez y vejez que habían sido ordenadas en forma oficiosa, a partir del 1º de enero de 1976.

"Los artículos 4º, 5º, 9º y 10 pertenecientes al decreto reglamentario que se acusa, ordenan el reajuste de las pensiones a partir de una fecha distinta a la señalada en la ley que reglamenta, impone condiciones no previstas en la misma e interviene en el funcionamiento de las organizaciones de pensionados que funcionen en el país, sin tener competencia para ello".

Como disposiciones violadas por los artículos del decreto acusado se señalaron por el apoderado de la Asociación demandante el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, la Ley 4ª de 1976 y el Decreto 3136 de 1968, de las cuales se hace un completo y razonado estudio para demostrar que los preceptos impugnados en el libelo excedieron la potestad reglamentaria.

La Fiscalía del Consejo de Estado, en su oportunidad, emitió concepto de fondo siendo de opinión que debe accederse a las peticiones de la demanda, en el sentido de que la corporación decrete la nulidad de los artículos impugnados, por considerar que éstos quebrantaron las normas superiores invocadas.

El apoderado del actor presentó su alegato de conclusión y posteriormente la Empresa Colombiana de Petróleos, "Ecopetrol", pidió que se le reconociera como parte impugnadora en este juicio, lo cual se hizo en la misma fecha en que se citó a las partes para sentencia.

Ha llegado el momento de proferir el fallo correspondiente, por haberse surtido el trámite legal y sin que se observe nulidad alguna que invalide lo actuado, procede a ello la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Mediante providencia del 10 de agosto de 1976, se decretó en Sala Unitaria la suspensión provisional de todos los artículos acusados, por considerarse que éstos habían excedido la potestad reglamentaria en forma ostensible, quebrantando así los ordenamientos establecidos en la Ley 4ª de 1976.

Este estatuto ordenó, en su artículo 1º, el reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial y semioficial en todos sus órdenes y en el sector privado, habiendo señalado para hacer efectivo el reajuste, dos situaciones o modalidades, a saber: la primera de ellas, cuando se eleve el salario mínimo legal más alto, se procederá con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, aplicado a la correspondiente pensión. Por la segunda, se dispuso en la misma norma que transcurrido un año sin que fuera elevado el salario mínimo legal más alto, se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios, registrado durante los últimos doce meses, el cual debe establecerse por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

El artículo 12 de la ley en mención ordenó que ella regiría a partir del 1º de enero de 1976, y derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias.

En ejercicio de la facultad constitucional el Gobierno reglamentó la Ley 4ª de 1976 por medio del Decreto 732 del 22 de abril del mismo año, impugnado en la demanda, el cual, en su artículo 4º, prescribió:

"Cuando se trate de reajuste de pensiones con base en la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, el reajuste tendrá vigencia a

partir de la fecha de modificación de dicho salario mínimo y hasta el 31 de diciembre del año siguiente, salvo que en el mencionado siguiente año se produzca un nuevo aumento del salario mínimo legal más alto".

Sostiene el apoderado de la parte actora en la demanda y en el alegato de conclusión, que de acuerdo con el citado Decreto reglamentario, el reajuste de las pensiones con base en la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, ya no sería efectivo de oficio cada año, a partir del 1º de enero de 1976, como lo expresa la ley reglamentada, sino desde la fecha de modificación del salario mínimo y hasta el 31 de diciembre del siguiente año, quedando, entonces, a opción del Gobierno hacer efectivo el aumento de las pensiones de jubilación, contraviniendo así, ostensiblemente, la norma superior y excediéndose, de consiguiente, la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional, al expedir dicho decreto.

En la providencia de suspensión provisional, se expuso lo siguiente, en relación con el artículo 4º de la norma enjuiciada:

"Como bien puede observarse, el decreto reglamentario, en su artículo transcrito determina que el reajuste no se hace efectivo a partir del 1º de enero de 1976, sino desde la fecha de modificación de dicho salario mínimo, cuando se trate de reajuste de pensiones, con base en la elevación del salario mencionado. Y como la norma reglamentada dispuso que ésta tendría vigencia a partir del 1º de enero de 1976, es claro, que en tal forma, se excedió la potestad reglamentaria, como lo anotó en el libelo el apoderado de la Asociación demandante, razón por la cual deberá decretarse la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto reglamentario, puesto que la Ley 4ª de 1976 ordenó que aquélla comenzaría a regir a partir del 1º de enero de 1976 y que el aumento sería efectivo, de oficio, cada año y no desde la modificación del salario mínimo mensual legal más alto, como lo expresó el precepto reglamentario".

La Sala estima pertinente tener en cuenta para la decisión del asunto controvertido, que el carácter de orden público que revisten, por lo general, las leyes de trabajo, de claro contenido social, requiere su aplicación inmediata, esto es, su imposición desde el momento mismo en que la norma tiene vigencia. De allí que el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo establece el principio según el cual las disposiciones sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato.

Este criterio indudablemente debe aplicarse en relación con la Ley 4ª de 1976, expedida por el Congreso Nacional, comoquiera que sus ordenamientos benefician a los jubilados pertenecientes a los sectores público, oficial, semioficial y privado, en lo concerniente al reajuste de sus pensiones de jubilación y demás prerrogativas sociales consagradas en el referido estatuto.

Ciertamente, el decreto del Gobierno Nacional ordenó el reajuste de las pensiones con base en la elevación del salario mínimo legal más alto, es decir, cuando se configura la primera situación a que se aludió anteriormente, "con vigencia a partir de la fecha de modificación de dicho salario mínimo y hasta el 31 de diciembre del año siguiente, salvo que en el mencionado siguiente año se produzca un aumento del salario mínimo mensual legal más alto", cuando, en cambio, la norma reglamentada había determinado que el reajuste de las pensiones de jubilación tendría lugar a partir del 1º de enero de 1976, de manera que resulta claro que con ello el decreto mencionado sobrepasó la potestad reglamentaria como lo expone la demanda, en criterio que comparte la distinguida colaboradora Fiscal, al haberse señalado una fecha distinta a la fijada en la ley, pues de acuerdo con ésta, el reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, tanto en el sector público, oficial o semioficial, como en el pri-

vado, debe hacerse efectivo cada año, de oficio, a partir del 1º de enero de 1976 y no en fecha posterior a ésta.

Como lo asevera la Fiscalía en forma acertada, no fue por simple fenómeno de casualidad que el legislador ordenara que la ley entraría a regir a partir del 1º de enero de 1976 en todas sus partes y concretamente en lo que respecta al reajuste de las pensiones de jubilación tanto en el sector público como en el privado. Sobre este aspecto observa la corporación que para hacer efectivo el aumento debe distinguirse necesariamente entre la fecha en que éste entra a regir y las bases que deben tomarse en cuenta para que sea procedente. En relación con lo primero la norma reglamentada dispuso que el reajuste de las pensiones debería hacerse efectivo cada año, a partir del 1º de enero de 1976 (artículos 1º y 12 de la Ley 4ª de 1976) y en cuanto a lo segundo, o sea respecto al sistema que debe emplearse para fijar dicho aumento, se señalaron dos alternativas, a saber: cuando se eleve el salario mínimo legal más alto y cuando transcurriere el año sin que sea elevado el salario mínimo legal más alto (artículo 1º), pero en ambos casos, bajo el entendimiento de que los reajustes pensionales sean efectivos desde el 1º de enero de 1976, que es el primer año del reajuste pensional, como lo determinó la ley reglamentada.

En el caso sub-lite se tiene que en el año de 1976, el Gobierno Nacional aumentó el salario mínimo en el país a partir del 1º de agosto de aquel año, o sea, que se configuró la primera alternativa a que antes se aludió. De esta manera, elevado el salario mínimo, debía procederse al reajuste de las pensiones, teniendo en cuenta dicha base, como lo ordena el artículo 1º de la citada ley y con efectividad al 1º de enero del mismo año, en la forma prevista en su artículo 12.

Igualmente, en relación con los antecedentes legislativos que dieron lugar a la expedición de la Ley 4ª de 1976, el apoderado de la Asociación demandante sostuvo lo siguiente, para reforzar el criterio de los reajustes pensionales a partir del 1º de enero de 1976:

> "Pero vale la pena tener en cuenta que esta situación también quedó determinada en el Congreso Nacional en el sentido de que las pensiones de jubilación serían reajustadas de oficio, cada año, con vigencia al 1º de enero de 1976, como se lee en las correspondientes ponencias presentadas en el Senado por el Senador doctor Marco Aurelio Hormiga. Precisamente, la fórmula presentada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a la subcomisión encargada de estudiar el proyecto de ley número 120 de 1974, 'por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones', en el sentido de que las pensiones de jubilación fueran reajustadas solamente cuando se eleve el salario mínimo legal más alto, no fue acogida por el Congreso, quien determinó en la ley aprobada por esa corporación que las pensiones se reajustaran de oficio, cada año, a partir del 1º de enero de 1976, como lo expresa el artículo 12 de la misma".

Sintetizando los razonamientos precedentes se concluye:

Es fundada la acusación porque, en primer lugar, por tratarse de una ley laboral, es ella de inmediata aplicación, de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo; y en segundo término, por cuanto si la ley que estableció el reajuste "cada año y de oficio", modificando el anterior sistema, se le fijó como fecha de su vigencia el 1º de enero de 1976 (artículo 12) y con expresa derogatoria de todas las disposiciones anteriores que le sean contrarias, no cabe duda de que el estatuto en su contexto, está proclamando la vigencia y efectividad del reajuste de las pensiones a partir de la misma fecha 1º de enero de 1976.

No sobra agregar que no deben confundirse estos dos extremos: la efectividad del aumento de las pensiones a partir de una fecha determinada que en el querer de la ley —se repite— fue el 1º de enero de 1976, para determinar el incremento de aquéllas, que será de aplicación en la forma y términos contemplados en el citado estatuto, y que es cuestión diferente.

Se acusa también en la demanda el artículo 5º del Decreto 732 de 1976, el cual prescribe que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con base en los datos que para el efecto deben suministrar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social, fijará, mediante resolución, los porcentajes de los reajustes pensionales.

La inconformidad de la parte actora radica en que la Ley 4ª de 1976, no facultó al Ministerio de Trabajo para que fijara, mediante resolución, los porcentajes de reajustes pensionales, sino que, por el contrario, lo que ordena la norma es que en aquellos casos en que no se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, debe procederse al reajuste de las pensiones conforme a lo previsto en el inciso 2º del artículo 1º de la misma ley, en la que no se incluyó el requisito de establecer mediante resolución los porcentajes de los reajustes pensionales.

En la providencia que decretó la suspensión provisional del precepto mencionado, se afirmó que en él se había introducido un requisito para el reajuste de las pensiones que no estaba contemplado en la disposición reglamentada, consistente en asignarle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de fijar, mediante resolución, los porcentajes respectivos, no obstante que el estatuto legal ordena el reajuste de oficio, sin otros mecanismos adicionales.

Sin embargo, considera la Sala que el artículo acusado no hace sino dar efectividad a lo preceptuado en la norma reglamentada, puesto que para fijar el porcentaje de aumento debe determinarse un adecuado y único procedimiento, a fin de evitar que se produzcan diferentes formas de porcentajes dentro de la aplicación de la ley, cuyo cumplimiento en su liquidación quedaría al criterio y arbitrio de cada empleador, patrono o entidad obligados al pago del reajuste pensional.

De allí que en el decreto reglamentario se le hubiese dado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la atribución de que con fundamento en los datos que para el efecto suministren el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión, determine mediante resolución, los porcentajes de los reajustes pensionales en los casos en que no hubiere habido aumento del salario mínimo legal más alto, lo cual viene a facilitar y a hacer más expedito el desarrollo de la norma que se reglamenta.

Es evidente, como lo afirma el apoderado de la parte actora, que la potestad reglamentaria se encuentra limitada, puesto que no puede ir más allá del contenido de la ley. Pero en este punto no se excedió el artículo 5º del Decreto 732, ya que la citada disposición no hizo sino darle vida práctica y cauce a la ley, ciñéndose a su texto para su cabal operancia.

En estas circunstancias, habrá de revocarse la suspensión provisional del artículo 5º del Decreto reglamentario número 732 de 1976, que fue ordenada en la providencia del 10 de agosto del año pasado.

El artículo 9º del Decreto 732 de 1976, fue, igualmente, impugnado en el libelo, habiéndose decretado la suspensión provisional del mismo. Tal precepto dispuso que para "efecto del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hará los acuerdos apropiados tanto con las empresas, entidades y patronos obligados a los pagos, como con los pensionados no afiliados, a fin de que se establezca un régimen uniforme simplificado. En los casos en

que no hubiere acuerdo, el Ministerio dictará las medidas necesarias para la aplicación de dicho artículo".

La medida provisoria decretada se basó en que la ley dispuso que fuera inicialmente el pensionado quien decidiera a qué organización de tipo nacional de la misma, industria o entidad, que aquél designara, debía pasar la cuota que se descuente, pero que si transcurridos sesenta días desde la fecha en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, no decide sobre ello, las cuotas debían ser entregadas en forma automática al organismo de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente, consagrando así un procedimiento que en sentir de la Sala Unitaria, fue modificado por el artículo acusado al fijar "acuerdos apropiados" y autorizar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para tomar las medidas necesarias en los casos en que no hubiere acuerdo, extralimitándose por ello, el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Piensa la Sala que el artículo enjuiciado solamente estableció un sistema para que lo estatuido en el numeral 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, tuviese efectiva aplicabilidad, pues la reglamentación hace relación exclusivamente a la norma antes citada.

El procedimiento que se adoptó en el decreto reglamentario, mediante el artículo 9º para el caso de que el pensionado no hubiese indicado durante el término prescrito en la ley, el valor de la cuota y el nombre de la asociación a quien se le entregaría, hace viable y posible que el patrono o entidad pagadora decida cuál de las asociaciones debe cubrir el monto de las cuotas, en forma tal que el decreto en cuestión faculta al Ministerio de Trabajo para propiciar el acuerdo o determinar el nombre de la entidad y el valor de la cuota, en armonía con las pautas que le señala la misma ley, sin haber excedido, por ello, la potestad reglamentaria, razón por la cual habrá de revocarse la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 732 de 1976.

El artículo 10 del decreto reglamentario acusado en este juicio, y cuya nulidad se solicita en la demanda, preceptúa que "el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ejercerá el control y la vigilancia sobre el funcionamiento de las organizaciones de pensionados que funcionen en el país".

La Sala acoge los planteamiento hechos en la providencia del 10 de agosto de 1976, mediante la cual se suspendió provisionalmente el artículo impugnado, los que se transcriben a continuación, siendo suficientes para decretar su nulidad.

Dicen así:

"Esta función de ejercer el control de organizaciones de pensionados no la ha tenido nunca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; más aún, cuando dichas asociaciones han nacido a la vida jurídica por un acto del Ministerio de Justicia, entidad que aprueba los estatutos y tiene la vigilancia sobre el funcionamiento de las mismas; de suerte que no es factible que dentro de una reglamentación de la ley, que versa sobre el reajuste de pensiones, pueda modificarse, sin facultad alguna, el régimen legal que regula las actividades de las asociaciones y corporaciones, sin ánimo de lucro, y variarse el organismo a quien corresponde el control de su funcionamiento.

"De lo anteriormente dicho, se deduce que en este aspecto, el artículo 10 del Decreto reglamentario 732 de 1976, transgredió en forma ostensible la Ley 4ª del mismo año, al atribuirle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la facultad de ejercer el control y la vigilancia de las organizaciones de pensionados que funcionen en el país, lo cual le está asignado por la ley a otra entidad del Estado; y, además, porque, de acuerdo con el Decreto 3136 de 1968 que se cita en el libelo, al Ministerio de Trabajo corresponde en esta materia la vigilancia del funciona-

miento de los sindicatos de trabajadores en servicio activo, pero no la de las asociaciones de pensionados".

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

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad del artículo cuarto (4º) del Decreto número 732 del 22 de abril de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, en cuanto señaló una fecha distinta a la fijada en la Ley 4ª de 1976, es decir, la del primero (1º) de enero del mismo año, para la efectividad de los reajustes pensionales determinados en este estatuto.

Segundo. Declárase la nulidad del artículo décimo (10) del decreto mencionado en el numeral anterior.

Tercero. Revócase el auto proferido por la Sala Unitaria, con fecha 10 de agosto de 1976, en cuanto suspende provisionalmente los artículos quinto (5º) y noveno (9º) del decreto antes citado.

Cuarto. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintiocho (28) de enero de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Fdos.), *Carlos Aníbal Restrepo S.*, con salvamento de voto; *Nemesio Camacho Rodríguez, Rafael Tafur Herrán, Alvaro Orejuela Gómez.*

Alvaro Soto Angel, Secretario.

Salvamento de voto.

Ref.: Radicación número 0404

Con el debido respeto por las conclusiones a que ha llegado la mayoría de la Sala en la anterior sentencia, consigno las breves razones de mi disentimiento en relación con la nulidad del artículo 4º del Decreto 732.

Para precisar mejor nuestra inconformidad con la decisión de la mayoría de la Sala sobre la nulidad del artículo 4º del Decreto 732, reglamentario de la Ley 4ª de 1976, cabe hacer las siguientes breves consideraciones e historia de las últimas disposiciones que han establecido reajustes pensionales.

Las pensiones del sector público, se ordenó incrementarlas conforme lo indicado en el Decreto 435 de 1971 y a partir del 1º de abril de ese año, por tres años, según lo dispone el artículo 3º de esa norma. Nuevamente, por Decreto 446 de 1973, estas pensiones se reajustaron a partir del 1º de abril de ese año, y por Decreto 1221 de 1º de julio de 1975 se decretó un nuevo aumento, por otros 3 años, conforme al Decreto 435, en su artículo 3º.

En el sector privado la Ley 10 de 1972, y el Decreto 1672 de 1973, disponen un aumento a partir del 1º de enero de 1973, por dos años, o sea hasta el 31 de diciembre de 1974. Posteriormente y de conformidad con lo establecido en la Ley 10, la Resolución número 0480 de 1975 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, esas pensiones se aumentaron nuevamente a partir del 1º de enero de 1975 y por dos años, o sea hasta el 31 de diciembre de 1976.

El nuevo aumento pensional vino a quedar incorporado en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, que en su inciso 2º estableció:

"Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá así: se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior".

Quiso esta disposición legal hacer los aumentos pensionales cada año, tanto para el sector privado como el público, cambiando la secuencia lógica que venía operando de ordenar los reajustes pensionales cada dos años para los primeros y de tres años para los segundos.

Conforme a las disposiciones a que antes aludimos las pensiones de jubilación se habían incrementado hasta el 31 de diciembre de 1976, las del sector privado y hasta el 30 de junio de 1978, las del sector público. Estas dos formas o sistemas de aumento las quiso unificar para un mismo período, con la expedición de la Ley 4ª de 1976. "Cuando transcurrido un año sin que sea elevado el salario mínimo mensual más alto, se procederá así:...".

La ley rige para el futuro y como lo determina la misma ley en su artículo primero, parágrafo segundo, "los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste".

Se debe concluir que ese reajuste deberá operarse el 1º de enero de 1977, a no ser que antes se produzca aumento del salario mínimo. Y como éste se produjo a partir del 30 de julio de 1976, el aumento pensional debería hacerse desde esta fecha, conforme lo pregona el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 4ª.

La Ley 4ª, artículo 1º, habla del aumento de las pensiones cada año en dos oportunidades, en el inciso primero y en el tercero. Debemos entender que el año comienza el 1º de enero de 1976, vigencia de la ley. Como la ley no precisó expresamente cuándo comenzaba ese año, debemos concluir que las palabras de la ley se tiene que entender en su sentido natural y obvio. Para el suscrito Consejero es claro que la letra y el espíritu de la ley es el de que el aumento pensional, ha de hacerse cada año, si no hubiese modificación el salario mínimo. Como el salario mínimo se operó por Decreto 1623 debemos entender que en este caso el aumento debe operar automáticamente, pero a partir de la fecha de dicho salario mínimo, o sea a partir del 30 de julio de 1976, como ya anotamos antes.

Si no hubiese habido dicho aumento del salario mínimo, tendríamos que el reajuste pensional tendría operancia solo a partir del 1º de enero de 1977, ya que la Ley 4ª de 1976 rige desde el 1º de enero de 1976 y dándole aplicación al inciso 2º del artículo de la ley transcrita, el aumento opera por lo menos cada año, entendiéndose que a partir de la vigencia.

El artículo 4º del Decreto 732 no hizo sino darle efectividad a la ley cuando estableció la vigencia del aumento a partir de la cual rige el nuevo salario mínimo, ya que sin este artículo, en nuestro concepto, traería la imprecisión en cuanto a la operancia del aumento. La claridad del texto legal no admite acomodarle interpretaciones. El artículo 27 del Código Civil prohibe oscurecer por interpretación, lo que es claro.

"Cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

Y el artículo 28 del citado Código indica:

"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Entonces, me pregunto, con toda razón, ¿qué es lo que en el citado artículo (artículo 1º de la Ley 4ª de 1976), induce a interpretar que ese reajuste se debe aplicar desde el 1º de enero de 1976? ¿Por qué no entender las palabras de aquellos artículos "en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas"?

Acaso en dicho artículo no está señalado en forma expresa y clara el alcance de la vigencia del aumento, tal como se evidencia en los textos siguientes:

"...se reajustarán de oficio, cada año...

Cuando, transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual más alto...."

Insisto que los estados verbales inscritos, tienen una comprensión gramatical legal clara que no admiten interpretación diferente.

La parte motiva de la providencia de que disiento, le dio al aumento pensional un carácter retroactivo a la norma legal, sabiéndose que la irretroactividad de la ley es un principio que orienta nuestro ordenamiento jurídico. Para que ésta pueda operar es necesario que el texto de la ley lo haya indicado en forma expresa, ya que constituye una excepción a la regla general de la irretroactividad.

Pero si el legislador hubiera querido la retroactividad o mejor que el aumento tuviese vigencia desde el 1º de enero de 1976, había sido más lógico que hubiere usado estados verbales tan diferentes en sus efectos, como los de señalar que para los aumentos se entenderá que el año transcurrido, estaba comprendido entre 1975 y 1976.

Además, es preciso advertir que en el derecho colombiano no hay palabras sacramentales y, por tanto, frente a su texto claro es absurdo alegar el no uso de aquéllas.

Ya principios tan sabios e inmutables como el de la irretroactividad de la ley, se derogan trayendo como consecuencia lógica la inseguridad jurídica, en base a la justicia social aplicada con excesiva amplitud.

Con cuál fundamento legal se retrotrae el aumento pensional al 1º de enero de 1976, si el artículo 3º del Decreto 732, en armonía con el artículo 1º de la Ley 4ª, dispuso:

"Cuando a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1976, haya transcurrido un año sin que el salario mínimo mensual legal más alto hubiere sido modificado, las pensiones de que trata el artículo primero de dicha ley se aumentarán aplicando el procedimiento que a continuación se indica:

"Se establecerá el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado en los doce meses anteriores al primero de enero del año de que se trate. Este incremento será establecido hallando la diferencia, separadamente, entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social. Para estos efectos, fíjanse a continuación los procedimientos que deben utilizarse por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y por la Caja Nacional de Previsión Social, respectivamente.

Carlos Aníbal Restrepo S.

DECRETOS DEL GOBIERNO

AVIACION CIVIL. — Se declara la nulidad del artículo 1º de los Decretos números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975, expedidos por el Gobierno Nacional únicamente en cuanto se refieren a las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada (ASTA)", y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Ltda.".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 4 de febrero de mil novecientos setenta y siete. Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Ref.: Expediente número 2360. Actor: "Aeroservicio Agrícola del Tolima y Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada".

Las sociedades denominadas Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada, y Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, le pidieron al Consejo de Estado que haga las siguientes declaraciones:

"Primera. Es nulo el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1121 de 11 de junio de 1975, en la parte que menciona a las empresas de aviación 'Aeroservicio Agrícola del Tólima (ASTA), Limitada', y 'Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada'.

"Segunda. Es nulo el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1122 de 11 de junio de 1975, en la parte que menciona a las empresas de aviación 'Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada', y 'Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada'.

"Tercera. Es nulo el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1123 de junio 11 de 1975, en la parte que menciona a las empresas de aviación 'Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada', y 'Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada'.

"Cuarta. Es nulo el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 1124 de junio 11 de 1975, en la parte que menciona a las empresas de aviación 'Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada', y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada'.

"Quinta. Subsidiariamente, que las disposiciones de los Decretos 1121, 1122, 1123 y 1124 todos del 11 de junio de 1975, por ser ilegales, no se aplican ni rigen para las empresas de aviación 'Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada', y 'Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada' ".

Los hechos en que se fundamenta la acción. Los demandantes fundan la acción en los siguientes hechos:

"1º Por virtud de previsiones hechas en el Decerto legislativo 1015 de 1966 se creó la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles.

"2º Dicha Caja tiene por objeto atender el mejoramiento económico, cultural y técnico de los aviadores civiles, asumiendo el pago de prestaciones que a éstos correspondan y, reemplazando así a las empresas para el cumplimiento de tales obligaciones.

"3º La Ley 32 de 1961 señaló la obligación, para las empresas nacionales de aviación civil, de aportar periódicamente a la Caja citada, las cantidades de dinero necesarias para que ésta atienda cabalmente su objeto.

"4º Con dicho propósito, el Gobierno expidió el Decreto reglamentario 60 de 1973 y allí indicó procedimientos para fijar y manera de hacer los aportes por las diferentes empresas de aviación civil.

"5º Teniendo en cuenta las normas anteriores, y posiblemente con algunas informaciones suministradas por la Caja, fueron expedidos los decretos que ahora son objeto de la presente demanda.

"6º En ellos se liquidan, conjuntamente sumas que hoy gravan a la empresa 'Aeroservicio Agrícola del Tolima (ASTA), Limitada', con la cantidad de $ 736.137.00.

"7º De igual manera, resulta gravada la sociedad 'Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada', con la suma de $ 1.410.180.00...'".

Las disposiciones invocadas como violadas. Los demandantes señalan como violado el artículo 6º de la Ley 32 de 1961, que dispuso que "la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC celebrará convenios particulares con las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales a fin de determinar los aportes que dichas personas deben cubrir a la Caja para que los aviadores a su servicio entren a gozar de las prestaciones establecidas por ésta", los cuales se surtirán ante el actual Ministerio de Desarrollo Económico, con la aprobación del de Trabajo y Seguridad Social, porque los actos acusados cambiaron "la modalidad contractual por la forma unilateral", sin que pueda afirmarse que el Decreto 60 de 1973 les sirva de fundamento, puesto que éste, como aquéllos son violatorios del artículos 6º de la Ley 32 de 1961.

La parte opositora. La Caja de Auxilios y Prestaciones Sociales de ACDAC "CAXDAC", mediante apoderado, se presentó y fue reconocida como parte opositora.

Los alegatos de conclusión. Las partes alegaron de conclusión, en síntesis, a saber:

a) *El concepto del señor Fiscal.* El señor Fiscal 1º del Consejo de Estado conceptúa que es preciso acceder a lo pedido en la demanda, porque considera, sustancialmente, que mientras el artículo 6º de la Ley 32 de 1961 prevé que se celebren "convenios particulares", los actos acusados los omiten e "imponen plazos y condiciones incompatibles con la libre concurrencia que se deduce del contenido de la ley reglamentada". Agrega que si se expidieron con base en el Decreto 60 de 1973, en la demanda se pidió su inaplicación, por inconstitucional, como efectivamente lo es.

b) *El alegato de la parte opositora.* Esta parte, mediante memorial que presentó antes de que se profiriera el auto de citación para sentencia, pide que se denieguen las peticiones de la demanda, en suma, porque considera que, vencido el plazo que las sociedades demandantes tenían para celebrar los correspondientes acuerdos, de conformidad con el artículo 18 del Decreto número 60 de 1973,

"rigen los cálculos actuariales, vale decir, los decretos del Gobierno que fijan los aportes";

c) *El alegato de la parte demandante.* Esta parte pide que se acceda a las peticiones de la demanda porque considera, por una parte, que según las certificación de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Trabajo y Bienestar Social, "nunca se produjo siquiera certificación tendiente a dar cumplimiento al artículo 6º de la Ley 32 de 1961" y, por otra, que solicita que, por excepción de ilegalidad, no se dé aplicación al artículo 18 del Decreto número 60 de 1973.

Las consideraciones de la Sala. Una vez surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, se procede a dictar la sentencia mediante las siguientes consideraciones:

1ª *Los actos acusados.* El Gobierno Nacional, por medio de los Decretos 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975 fijó el valor de los aportes, correspondientes a los años comprendidos entre el 1º de mayo de 1972 y el 30 de abril de 1975, y el déficit actuarial en 30 de abril de 1975, a favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, "CAXDAC", y a cargo de las entidades que mencionan, entre las cuales se cuentan las sociedades demandantes, en las cuantías que al efecto les señalan (Sg. Ofs. números 34367, páginas 174 y 175, y 34368, página 191). Estos Decretos fueron expedidos por el Gobierno, según su parte motiva, con base en la Ley 32 de 1961 y el Decreto reglamentario número 60 de 1973.

2ª *La Ley 32 de 1961 y el Decreto 60 de 1973.* La Ley 32 de 1961 dispuso, por una parte, que "las empresas nacionales de aviación civil que tengan a su servicio miembros del escalafón de reserva de 2ª clase de la Fuerza Aérea, contribuirán con sus aportes a la financiación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), en la cuantía y con las condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente" (artículo 1º), la cual debe efectuar las liquidaciones mensuales "debidamente aprobadas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil" (artículo 4º); las "empresas nacionales de aviación civil", "que cubran los aportes fijados por el Gobierno", quedan exoneradas, recíprocamente, "de pagar a los aviadores y navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, y su abono lo asume la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC..." (artículo 3º). Por otra parte, el artículo 5º de la misma Ley prescribe que "la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC celebrará *convenios particulares* con las empresas o patronos que operen aeronaves *destinadas a trabajos especiales* (la Sala subraya), a fin de determinar los aportes que dichas personas deben cubrir a la Caja para que los aviadores a su servicio entren a gozar de las prestaciones establecidas por ésta. Dichos acuerdos se surtirán ante el Ministerio de Fomento y para entrar en vigencia requerirán la aprobación del Ministerio de Trabajo".

El Gobierno Nacional, por medio del Decreto 60 de 1973, reglamentó la Ley 32 de 1961. El artículo 12 dispuso, respecto de los aportes de "las empresas nacionales de aviación civil", que "el Gobierno fijará cada año y con anterioridad al 1º de mayo la cuantía de los aportes", y el artículo 18, en relación con las empresas "de trabajos aéreos especiales", que éstas deben presentar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dentro del término de un año contado desde la vigencia del decreto, "los convenios particulares de que trata el artículo 6º de la Ley 32 de 1961", los cuales requieren "la aprobación de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Trabajo y Seguridad Social". El precepto agrega que, "si dentro del plazo señalado no se celebraren tales convenios, el Gobierno fijará los términos y condiciones en que dichas empresas deben hacer sus aportes".

De manera que, según lo expuesto, existen dos regímenes diferentes en relación con los aportes a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC): el primero, referente a "las empresas nacionales de aviación civil", cuyos aportes deben fijarse por el Gobierno, previos los estudios actuariales, y hacerse efectivos en la forma indicada; el segundo, atañe a "las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales", los cuales deben, para determinar el valor de sus aportes, celebrar "convenios particulares" con la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC ante el Ministerio de Desarrollo Económico con la aprobación del de Trabajo.

La parte final del artículo 18 del Decreto 60 de 1973, que, en defecto de "los convenios particulares", permite al Gobierno determinar la cuantía de los aportes correspondientes a "las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales", evidentemente contraría el sentido del artículo 6º de la Ley 32 de 1961 y, por lo mismo, por excepción de ilegalidad (artículo 240 del C. de R. P. y M. y 12 de la Ley 153 de 1887), no se lo debió aplicar.

3ª *Los casos sub júdice.* En los casos sub júdice, está demostrado en el juicio con los respectivos certificados de las Cámaras de Comercio de Girardot e Ibagué, que las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada (ASTA)", y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada" (Fs. 2, 3 y 5), tienen entre sus objetivos sociales, la fumigación aérea y que, por lo mismo, para los efectos de la Ley 32 de 1961 se catalogan entre las que operan "naves destinadas a trabajos especiales". Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 6º de la citada Ley, sus aportes a la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC deben determinarse por acuerdos o "convenios particulares" con ésta, celebrados ante el Ministerio de Desarrollo Económico, con la aprobación del de Trabajo, los cuales, según consta en autos, no se han realizado (Fs. 27 y 39).

El Gobierno expidió los actos acusados, en relación con las sociedades, demandantes, tras considerar que no celebraron los convenios dentro del plazo prescrito por el artículo 18 del Decreto 60 de 1973.

Pero, aunque esto sucedió, como se expuso anteriormente, en modo alguno podía sustituir, contrariando un precepto legal especial, el del artículo 6º de la Ley 32 de 1971, la voluntad de personas particulares, como lo son las demandantes y la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (artículo 2º de la Ley 32 de 1961), por su voluntad unilateral, trocando así un acto jurídico que legalmente debió ser privado por uno administrativo; si la parte final del artículo 18 del Decreto 60 de 1973 lo autorizó para ello, el Gobierno debió proferir la ley, con mayor razón si, como autor de aquél, estaba en su poder modificarlo o derogarlo para ponerlo a tono con la norma legal obligatoria.

En consecuencia, es preciso declarar la nulidad del artículo 1º de los Decretos del Gobierno Nacional números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975, pero únicamente en cuanto se refieren a las sociedades demandantes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 1º, declara la nulidad del artículo 1º de los Decretos números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975, expedidos por el Gobierno Nacional, pero únicamente en cuanto se refieren a las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada (ASTA)", y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada".

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese mediante copia auténtica y archívese, previa ejecutoria.

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

INSUBSISTENCIA DEL PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. — La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación y su ausencia no puede conducir a su nulidad.

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

Consejero ponente: Doctor *Nemesio Camacho R.*

Ref.: Radic. número 3410. Decreto del Gobierno. Actora: María Francisca González Quevedo.

Por apelación interpuesta por la apoderada de la demandante, ha llegado al Consejo el expediente que contiene la sentencia de 23 de abril de 1975, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las siguientes súplicas de la demanda, que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, inició ante dicha entidad la señorita María Francisca González Quevedo:

"Primero. Que es nulo el Decreto número 118 del 25 de enero de 1974, emanado del Gobierno Nacional, constituido para este efecto por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público, decreto por el cual se declara insubsistente el nombramiento de la doctora María Francisca González Quevedo, del cargo de Jefe de Sección V, grado 22 de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, de la Dirección General de Impuestos, el cual 'rige a partir de la fecha de su expedición', acto que fue comunicado irregularmente a mi patrocinada por medio de oficio número 271-P, del tres de mayo de 1974, por el señor Héctor Gaitán Higuera, Administrador de Impuestos Nacionales de Ibagué.

"Segundo. Que como consecuencia de la declatración de nulidad del decreto referido en el numeral anterior, que es un acto administrativo de carácter nacional, y para restablecer el derecho vulnerado, se declare que mi mandante debe ser restituida en el cargo que desempeñaba cuando fue retirada, o en otro de igual o superior categoría, si lo primero no es posible por alguna circunstancia.

"Tercero. Que se declare que la Nación debe pagar a mi mandante los sueldos y aumentos que ha dejado de percibir desde la fecha de la separación del cargo hasta el día de su reintegro.

"Cuarto. De la misma manera, que se diga que para los efectos de la liquidación y pago de las prestaciones sociales correspondientes a mi patrocinada como empleada pública, se tenga en cuenta y se compute el tiempo desde que fue separada del cargo hasta el día de su reintegro".

Como hechos sustentantes de la acción, se narraron los siguientes:

"a) La doctora María Francisca González Quevedo fue designada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el grupo de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué en los siguientes cargos:

"1º Abogado I, categoría 20, mediante Resolución número 0675 del 25 de febrero de 1969, artículo segundo, cargo que empezó a ejercer el día 28 de abril de 1969 hasta el 6 de abril de 1970, con sueldo mensual de $ 3.070.00.

"2º Abogado II, categoría 22, por Resolución número 02611, artículo II del 25 de marzo de 1970, cargo que empezó a ejercer el día 7 de abril de 1970 hasta el 30 de mayo de 1971, con sueldo mensual de $ 3.720.00.

"3º Jefe de Sección VI, categoría 26, por medio de Resolución número 11196 del 22 de noviembre de 1971, artículo primero, y con efectividad a partir del primero de junio de 1971, fecha en la cual comenzó a ejercer tal posición hasta el 30 de junio de 1973, con una asignación mensual de $ 5.450.00, la cual fue aumentada a $ 6.000.00 a partir del primero de junio de 1973.

"4º Jefe de Sección V, categoría 22, por medio del Decreto número 2550 del 13 de diciembre de 1973, con efectividad a partir del primero de julio del mismo año, y con un sueldo mensual de $ 7.000.00, hasta el día 3 de mayo de 1974, fecha en que se le comunicó irregularmente, como lo demostraré más adelante, por medio de oficio número 271-P de esa fecha, que se le había declarado insubsistente en el cargo citado, oficio suscrito por el Administrador de Impuestos Nacionales de Ibagué, señor Héctor Gaitán Higuera.

"b) La doctora María Francisca González Quevedo fue declarada insubsistente del cargo anotado en el numeral cuarto, literal a) de los fundamentos de hecho por los siguientes motivos, que no se expresaron en el aludido decreto, pero que claramente se infieren de lo que más adelante demostraré:

"1º La doctora González Quevedo resultó involucrada, injustamente, en una investigación administrativa que se adelantó contra su subalterno, señor Alvaro Gómez Díez, por el doctor Isaías Ríos Torres, Abogado Auxiliar de la Procuraduría del Distrito Judicial de Ibagué, investigación dentro de la cual a mi representada no se le formuló pliego de cargos y, por tanto, se le quitó el derecho de defensa.

"2º No obstante lo anterior, con base en la aludida investigación, el doctor Severo Medina Morales, Jefe de la Inspección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fecha 27 de noviembre de 1973, dirigió el memorando número 283 al doctor Feisal Mustafá Barbosa, Subdirector General de Impuestos Nacionales, relacionado con las conductas de la doctora González Quevedo y Alvaro Gómez Díez, en el cual se hacen consideraciones tan desproporcionadas y agraviantes para el honor de mi mandante, como las que transcribimos: 'Los cargos formulados contra la doctora María Francisca González Quevedo, Jefe de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué, se hallan plenamente demostrados y existen otros indicios acusatorios contra ella, y como de las pruebas aportadas al expediente se concluye que la citada doctora carece de cualidades de relaciones humanas necesarias para poder desempeñar con éxito una función de mando y supervisión...' '...muy diciente la amistad íntima comprobada entre la funcionaria que desató el recurso y el señor Gómez como intermediario para esto'.

"3º El origen de la investigación que motivó las conclusiones infamantes del memorando número 283, que es elemento integrante del proceso administrativo acusado, lo constituyó el pronunciamiento por parte de mi mandante, que

hiciera en ejercicio de su cargo, de la Resolución 0475 del 30 de octubre de 1971, la que no tiene inspiración dolosa alguna y ni siquiera irregularidad y que, además, por la anterioridad superior a un año, implicaba que cualquier acción disciplinaria que de ella pudiera surgir está prescrita.

"4º La doctora María Francisca González Quevedo fue declara insubsistente de su cargo, como ya vimos, por medio del Decreto 118 del 25 de enero de 1974, suscrito por el señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público. No obstante la fecha de este decreto, eslabón central del proceso administrativo que se incoa, solo vino a surtir sus efectos legales el día 3 de mayo del año en curso, cuando fue comunicado irregularmente a la doctora González por medio de oficio enunciado que suscribió el Administrador de Impuestos Nacionales de esta ciudad.

"5º En la respectiva hoja de vida de la doctora María Francisca González Quevedo, como funcionaria del Ministerio de Hacienda, no se dejó constancia alguna de las causas que originaron su destitución".

Citó la señora apoderada las disposiciones que considera violadas y explicó el concepto de la violación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

La Fiscalía 4ª de la corporación en su concepto emitido el 3 de octubre de 1976, hace un estudio de las varias causales de nulidad del acto acusado:

1º En relación a la competencia para declarar la insubsistencia y comunicar la decisión a un empleado público nacional, el artículo 120 de la Constitución Nacional, numeral 5º, contempla la facultad del Presidente de la República de "nombrar las personas que deben desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponde a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o leyes posteriores". Dicha facultad conlleva la de removerlos igualmente, y esto, además, sin perjuicio de que el Presidente de la República delegue según lo previsto en los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 109 del Decreto 1950 de 1973 en los Ministros del Despacho el nombramiento y remoción de sus funcionarios, reservándose tan solo los de mayor jerarquía, los cuales no tendrán valor ni fuerza alguna mientras no sean refrendados y comunicados por el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, quienes se constituyen responsables, por el mismo hecho. (Artículos 57, C. N., y 41, Decreto reglamentario 1950 de 1973).

En el presente caso, la actora fue nombrada y removida por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda (folios 2 y 26); la comunicación de la decisión se hizo por el funcionario competente a través del Jefe de la oficina donde prestó sus servicios la demandante (folio 19), por lo cual considera la Fiscalía, no deben prosperar las peticiones 1ª y 2ª de la demanda. En cuanto a los nuevos argumentos sobre violación de la ley expuestos en el alegato de conclusión (folio 121) en lo relativo a las peticiones 1ª y 2ª, ya estudiados, la Fiscalía se permite observar que no pueden tenerse en cuenta porque han debido expresarse en el momento procesal oportuno, que no es otro distinto de la demanda.

2º En lo relativo a las modalidades para la declaratoria de insubsistencia del empleado público de libre nombramiento y remoción, expresa la Fiscalía, que es preciso señalar que si el funcionario no pertenece a carrera administrativa, puede ser declarado insubsistente en cualquier momento, *sin motivar la providencia,* aunque esté en propiedad o en interinidad. Así mismo, "en los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña". Por el con-

trario, si el empleado pertenece a la carrera administrativa, la insubsistencia tiene un trámite totalmente diferente. (Artículos 26 del Decreto legislativo 2400 de 1968 y 107 y 108 del Decreto 1950 de 1973). Como la demandante no probó que estaba inscrita en la carrera administrativa, aunque su cargo está incluido entre los que pueden ser ocupados por los inscritos en la carrera, su insubsistencia no requería de trámite especial, ni de motivación, como así se hizo.

3º Dice la Fiscalía: "En cuanto a los requisitos que deben llenarse para la legalidad de la insubsistencia del funcionario público nacional, este Despacho considera que son los comunes a los actos administrativos, tales como competencia, formalidades, etc. Al respecto, la parte demandante solicita la nulidad de la insubsistencia por no aparecer constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida y porque la norma expresa que "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este Decreto". (Artículos 26 y 61 del Decreto legislativo 2400 de 1968).

"Sobre este punto la Fiscalía considera que la anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación y, su ausencia, no puede conducir a su nulidad. La ley autoriza declarar la insubsistencia del personal de libre remoción, sin motivación, pero 'sin embargo', debe dejarse constancia de las causas en la hoja de vida, cuyo objeto es que la novedad y sus razones queden registradas para posteriores efectos. Luego, si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como *trámite previo* para la existencia y validez de la decisión administrativa.

"De otra parte, es pertinente agregar que 'la constancia' no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve cómo pueda influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la 'constancia' como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, hubiera omitido la expresión 'sin embargo, deberá dejarse constancia...' que denota formalidades subsidiadiarias.

"Además, si así no fuera la sola circunstancia de no enviar la hoja de vida autenticada o no, al Departamento Administrativo del Servicio Civil como se ordena en el parágrafo 1º del artículo 25 del mismo texto, también daría lugar a la nulidad del acto por medio del cual se declara la insubsistencia del respectivo empleado, tanto más si se tiene en cuenta que esto último constituye una actuación posterior a la expedición del acto administrativo propiamente dicho. En consecuencia, este Despacho considera que la omisión de la constancia en la hoja de vida no es causa eficiente para declarar la nulidad del acto acusado".

También en el hecho 5º de la demanda se dice: "En la respectiva hoja de vida de la doctora María Francisca González Quevedo, como funcionaria del Ministerio de Hacienda, no se dejó constancia alguna de las causas que originaron su destitución". Sin embargo, en el expediente y presentadas por la propia apoderada de la actora, a folios 10 y siguientes, figuran copias de los antecedentes de la insubsistencia de la doctora María Francisca González Quevedo que desvirtúan la anterior afirmación.

4º En lo que respecta a la desviación de poder configurada, según la parte demandante, anota la Fiscalía: "En la 'motivación inexacta o falsa motivación' (folio 35), por el hecho de que un investigador administrativo hubiera recomendado la insubsistencia o destitución, lo cierto es que quien hizo uso de sus facul-

tades y decretó la insubsistencia lo hizo sin motivación (folio 26), de lo cual se concluye que no puede haber inexactitud o falsedad en algo que no existe. A la vez, no se ha demostrado que la Administración al desvincular a la demandante, haya actuado en contra del objetivo de asegurar el buen servicio público. Tampoco esta causal puede prosperar. Además, como lo ha dicho el Consejo si el acto no ha sido motivado, no es del caso buscarle antecedentes".

5º "Finalmente, la ausencia del trámite de 'destitución' que consagra el Decreto legislativo 1950 de 1973 y el derecho a la defensa que aparece en el artículo 26 de la C. N., no puede ser causal de nulidad del acto acusado (folios 39 y siguientes), porque la 'insubsistencia' no es otra figura por medio de la cual se puede desvincular a un funcionario, sin que se exija el cumplimiento previo de ciertos trámites, en ejercicio de la facultad de libre remoción".

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Fiscalía 4ª de la corporación,

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 23 de abril de 1975.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en reunión verificada el día 4 de febrero de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTOS SUCESORAL Y DE GANANCIAS OCASIONALES. — Se declara la nulidad del inciso 1º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 1227 de 1975, en la parte que reza: "Para efectos de los artículos 11 y 41 de los Decretos 2143 y 2821 de 1974, respectivamente, se entiende por última declaración de renta del causante la correspondiente al año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 3897. Nulidad del inciso 1º del artículo 1º del Decreto reglamentario 1227 de 1975 del Gobierno Nacional. Actor: Julio Ortiz Márquez.

El Fiscal dijo:

"El abogado Julio Ortiz Márquez, en demanda presentada con las formalidades legales, solicita que el Consejo de Estado declare la nulidad del primer inciso del artículo 1º del Decreto 1227 de 1975 por oposición a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución y, como consecuencia, violatorio del artículo 10 del Decreto 2143 de 1974, del artículo 11 del Decreto 2143 de 1974, de los artículos 1º a 3º del Decreto 2143 de 1974 y del artículo 1395 del Código Civil.

"El Ministerio Público considera:

"1. El *Decreto 2143 de 1974* dispone:

" 'Artículo 10. Para efectos de la liquidación del impuesto sucesoral, debe presentarse ante la Administración de Impuestos Nacionales, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de fallecimiento del causante, una declaración de los bienes relictos, la cual comprenderá los correspondientes valores y reemplazará la diligencia de inventarios y avalúos anteriormente contemplada por la ley. El valor que tengan los bienes relictos en la declaración establecida en este artículo, será el que se tome en cuenta para su partición y para liquidar el impuesto sucesoral, sin perjuicio de las modificaciones que pudieren resultar de las liquidaciones oficiales correspondientes al último patrimonio declarado por el causante, o determinado por aforo'.

" 'Si dicha declaración, confrontada con el patrimonio del causante en la última declaración de renta y patrimonio presentada antes de su muerte, mostrare disminuciones en el valor global de los bienes, o en el de parte de éstos, los interesados deberán explicarlas y suministrar las pruebas pertinentes'.

"'Artículo 11. A la demanda de apertura del proceso de sucesión, deberá agregarse copia sellada por la Administración de Impuestos Nacionales, de la última declaración de renta del causante, y copia sellada por esta misma dependencia de la declaración de los bienes relictos. Si no pudieren acompañarse, serán pedidas por el juez a esa Administración, de oficio o a petición de parte. Mientras estos documentos no obraren en el expediente, no se podrá demandar la partición válidamente, ni ésta será decretada por el juez'.

"El *Decreto 2821 de 1974,* ordena:

"Artículo 41. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la desfijación del edicto emplazatorio o antes, si así lo pidieran los interesados, se formará un inventario compuesto por la declaración de bienes relictos contemplada en el artículo 10 del Decreto 2143 de 1974, por la relación de los créditos pasivos que figuran en la declaración de renta del causante, por las deudas que hubieren sido reconocidas dentro del proceso, por los bienes y deudas de la sociedad conyugal y por los demás créditos activos y pasivos que fueren admisibles, de acuerdo con la ley.

"Dentro del mismo término deberá acreditarse que se efectuaron las publicaciones ordenadas por la ley.

"Si hubiere cónyuge sobreviviente y no estuviere separado de bienes, su declaración de renta deberá presentarse antes de la diligencia de inventarios y avalúos, la cual no podrá aprobarse sin el cumplimiento de este requisito".

"Y el *Decreto reglamentario 1227 de 1975,* dice:

"Artículo 1º Para efectos de los artículos 11 y 41 de los Decretos 2143 y 2821 de 1974, respectivamente, se entiende por última declaración de renta del causante la correspondiente al año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso.

"Cuando el causante o donante no estuviere obligado a presentar declaración de renta y patrimonio en el año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso, lo cual deberá demostrarse, el valor de los bienes para efectos del impuesto sucesoral y de ganancias ocasionales, será el de costo, o el catastral vigente, si éste fuere superior, tratándose de inmuebles. En ningún caso tales valores podrán ser inferiores a los que figuren en la última declaración presentada.

"Cuando los bienes se hubieren adquirido por el causante durante el mismo año o período gravable de apertura del proceso, se dará aplicación a lo dispuesto en el inciso 3º, numeral 4º, del artículo 102 del Decreto 2053 de 1974".

"2. Sobre la disposición reglamentaria subrogada dice el demandante:

"En el artículo acusado, o sea el primer inciso del Decreto 1227 de 1975, se incurre en dos galimatías. Es el primero relegar la condición de 'última declaración de renta del causante', a la condición de *penúltima, o antepenúltima, o trasantepenúltima,* según el transcurso del tiempo, porque al obligarse a los herederos a presentar como declaración a la cual debe ajustarse la relación de bienes que sustituyó la diligencia de inventarios, no la última suscrita por el causante, 'ANTES DE SU MUERTE', sino la que preceda en un año a la 'apertura del proceso', se da fatalmente el caso que sean los herederos, de su propio puño, quienes hacen la declaración y no el causante.

"Ejemplo: Este falleció el día 1º de octubre de 1974, es decir al momento mismo de entrar en vigencia la reforma tributaria. Su última declaración tiene que ser, forzosamente, la correspondiente al año fiscal de 1973, si es que el respec-

tivo proceso se inició dentro del plazo corrido entre el supuesto día del fallecimiento y antes del 20 de diciembre, fecha en que se inician las vacaciones judiciales.

"Demos ahora por sentado que el respectivo proceso no se inició dentro del plazo transcurrido entre el 1º de octubre y el 20 de diciembre de 1974 sino el día primero de agosto del presente año de 1976. ¿Cuál es la declaración que precede en un año a la fecha de apertura del proceso? No puede ser la última presentada y firmada por el causante en 1973, porque entre 1974 y 1976 median dos años. Tiene que ser la correspondiente al año fiscal de 1974, necesariamente, porque entre el 1º de agosto de 1976, día de la apertura del proceso, y la presentada en febrero del mismo año, correspondiente a la vigencia fiscal de 1975, no median sino seis meses. Entonces, lo que el decreto acusado entiende por última declaración del causante es la que tuvieron que presentar los herederos en el año de 1974. Lo que quiere decir, que la última declaración de renta del causante, es decir, la de 1973, quedó de penúltima, de antepenúltima el año entrante y, así sucesivamente.

"El segundo galimatías consiste en que se entiende por bienes relictos, es decir 'los dejados por quien muere', los que pertenecen a los herederos y no al causante. En efecto, aquéllos, al hacer su declaración tienen que relacionar como renta los productos de los bienes relictos. Y es bien sabido que los frutos de los bienes relictos pertenecen a los herederos desde el momento en que se abre la sucesión, esto es el día del fallecimiento del causante. (Artículo 1012 del C. C.), que puede anteceder en varios años a la terminación del proceso mortuorio. Ello da margen a que se efectúe una doble imposición debido a que la relación de bienes de que trata el artículo 10 del Decreto 2143 de 1974, que hoy reemplaza la antigua diligencia de inventarios, es la que determina el activo y el pasivo de la sucesión, y en el activo de lo que el decreto demandado entiende por última declaración, en la parte correspondiente a rentas, tienen que figurar los ingresos provenientes de los frutos de los bienes relictos, frutos que pertenecen a los herederos, precisamente por haberse producido con posterioridad a la muerte del causante. Pero es más, como todo lo adquirido por los herederos a título de sucesores del causante está sujeto al impuesto de sucesión y al de ganancias ocasionales, pues, faltamente, por este solo concepto los herederos tienen que cubrir tales impuestos sobre sus propios bienes, es decir, sobre los frutos de los bienes relictos, frutos que, se repite, son bienes suyos (artículo 1395 del C. C.), ya que se causan con posterioridad a la muerte del causante".

"3. Al acceder a la suspensión provisional solicitada por el autor de la demanda, el Consejo, en Sala Unitaria, expresa:

" 'Al comparar la disposición acusada con las transcritas que se indican como vulneradas surge a primera vista y sin dificultad que la remisión que hace la ley a la declaración de renta de la que depende la partición y que sustituye la antigua diligencia de inventarios y avalúos es la que *hizo el causante antes de morir* o sea la última anterior a su muerte. El proceso de sucesión puede demorarse mucho tiempo y la demanda puede ser presentada varios años después de la muerte del de cujus, pero como los derechos y deberes de los sucesores surgen en el momento mismo de la muerte del causante, según lo prescribe el Código Civil, los bienes y las rentas que se obtengan con posterioridad a dicho momento no son objeto del proceso de sucesión salvo cuando hayan de distribuirse los frutos obtenidos después del fallecimiento por actos de administración de los herederos. Pero esos nuevos bienes no son objeto del juicio para fijar los derechos del fisco ni determinar los valores de quienes tengan derecho a suceder.

" 'La advertencia que hace la demanda sobre las palabras usadas en el inciso 2º del artículo 10 del Decreto 2143 de 1974 es suficiente para que salte a

primera vista la contradicción entre la norma acusada y la de ese artículo en el que se alude a la declaración de *renta y patrimonio presentada* antes de su muerte'.

"4. La Fiscalía, después de examinar detenidamente los argumentos del actor para demostrar la violación de las normas superiores por parte de la disposición acusada y las apreciaciones del Consejo para suspenderla provisionalmente, encuentra que, evidentemente, el reglamento se salió del marco normativo de más alta jerarquía y, en consecuencia, es procedente declarar la nulidad pedida".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Después del auto de suspensión provisional nada nuevo se ha expresado ni por el demandante ni por el Fiscal. El Ministerio de Hacienda no se hizo parte.

Solo debe agregarse, como aclaración, que las rentas que se obtengan por los administradores de los bienes relictos, desde la muerte del causante hasta el día del registro de la partición, y los bienes que se adquieran o se enajenen durante el mismo lapso, son objeto de impuesto de renta y complementarios que pagará el administrador de la herencia, que es sujeto tributario mientras no se liquide o reparta. Esta única aclaración, más las razones ya transcritas, basta para decidir.

Por tanto el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nulo el inciso primero (1º) del artículo primero (1º) del Decreto reglamentario mil doscientos veintisiete (1227) de mil novecientos setenta y cinco (1975), del Gobierno Nacional, en la parte que reza: "Para efectos de los artículos once (11) y cuarenta y uno (41) de los Decretos dos mil ciento cuarenta y tres (2143) y dos mil ochocientos veintiuno (2821), de mil novecientos setenta y cuatro (1974), respectivamente, se entiende por última declaración de renta del causante la correspondiente al año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso".

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público, archívese. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala, de fecha diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LAS MERCANCIAS EXTRANJERAS QUE INGRESEN AL TERRITORIO NACIONAL Y QUE HAYAN IMPORTADO LOS COMERCIANTES DE LA INTENDENCIA DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA. — Se declara la nulidad de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto reglamentario 1014 de 1976.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, tres de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gustavo Salazar T.*

Ref.: Expediente número 3819. Actores: Francisco Eladio Gómez G. y Francisco Eladio Gómez Mejía.

Cumplido el trámite del juicio ordinario, procede la Sala a resolver la demanda de nulidad de los artículos 1º, 3º, 4º y 5º del Decreto reglamentario número 1014 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, presentada por los doctores Francisco Eladio Gómez G. y Francisco Eladio Gómez Mejía, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Se considera:

1º La Ley 1ª de 1972, "por la cual se dicta un estatuto especial para el Archipiélago de San Andrés y Providencia", dispuso, en su artículo 31, lo siguiente:

> "Las mercancías extranjeras que ingresen al resto del territorio nacional serán gravadas con un impuesto de 15 centavos por cada peso ($ 1) o fracción, gravamen que percibirá la Intendencia de San Andrés y Providencia".

2º El Gobierno Nacional dictó el Decreto número 1014 de 1976, "por el cual se reglamenta el artículo 31 de la Ley 1ª de 1972", el cual dice:

> "Artículo 1º La Intendencia de San Andrés y Providencia percibirá el gravamen establecido en el artículo 31 de la Ley 1ª de 1972 en la misma oportunidad y mediante el mismo sistema establecido para cobrar el impuesto de consumo de que tratan los artículos 4º de la Ley 127 de 1959 y 6º de la Ley 78 de 1960.
>
> "Artículo 2º Sobre las mercancías a que se refiere el parágrafo del artículo 3º del Decreto reglamentario 445 de 1960 no habrá lugar a la liquidación ni al pago del gravamen mencionado en el artículo anterior.
>
> "Artículo 3º Las mercancías extranjeras llegadas a la Intendencia y que se envíen a lugares distintos del resto de Colombia no causarán el gravamen establecido en el artículo 31 de la Ley 1ª de 1972 y, en cuanto a ellas, se hará la devolución respectiva con arreglo al siguiente procedimiento:

"a) El interesado solicitará de las autoridades aduaneras el reconocimiento de las mercancías que desee enviar al exterior y las depositará en lugar especial de los puertos o aeropuertos de la Intendencia, de donde no podrán ser retiradas sino para pasarlas a bordo de nave o aeronave que no esté en tránsito hacia el resto del país;

"b) Las autoridades aduaneras expedirán una certificación en la cual aparezca identificada la cantidad, naturaleza, procedencia y destino de la mercancía. Con esta certificación y con las respectivas facturas de compra, el interesado acudirá a la Caja de la Tesorería Intendencial donde le liquidarán y reembolsarán quince centavos por cada peso o fracción, previa aprobación de la Auditoría Fiscal;

"c) La Tesorería Intendencial conservará copia del certificado expedido por la Aduana y de la factura que ha servido de base para la devolución y las pasará a las autoridades competentes, si observare en ellas alguna irregularidad, a fin de que adelanten la investigación correspondiente.

"Artículo 4º Los exportadores que no estén interesados en el reembolso de que trata el artículo anterior, no están obligados a ningún tipo de reconocimiento de sus mercancías en puertos o aeropuertos de la Intendencia, salvo si se ordenan por autoridad judicial, aduanera o de policía.

"Artículo 5º Este Decreto rige desde la fecha de su expedición".

3º Las normas invocadas en el artículo 1º antes transcrito, dicen:

Ley 127 de 1959

"Artículo 4º Las mercancías extranjeras que se importen al territorio de San Andrés y Providencia, pagarán a la Intendencia un impuesto de consumo de seis centavos ($ 0.06) por cada peso o fracción.

"Parágrafo I. De este impuesto estarán exentos los víveres y los animales para el consumo; los materiales de construcción, las maquinarias y elementos destinados a la prestación de los servicios públicos; las drogas y las naves o embarcaciones para el transporte.

"Parágrafo II. También estarán exentas de este impuesto las mercancías extranjeras llegadas en tránsito para su reexportación futura a otros puertos".

Ley 78 de 1960

"Artículo 6º Para fortalecer los recursos financieros intendenciales que le permitan al Gobierno apresurar la solución de los problemas de educación y sanitarios, lo mismo que los relativos al mejoramiento y ensanche de las vías de comunicaciones, auméntase a $ 0.10 el impuesto previsto en el artículo 4º de la Ley 127 de 1959. Este incremento será aplicado a las mercancías gravables, de acuerdo con esa ley, que llegen a la Isla a partir de la fecha de sanción de la presente ley".

4º Los actores exponen como concepto de la violación:

"De la simple comparación con normas superiores, surge la violación manifiesta del artículo 31 de la Ley 1ª de 1972 en que incurren el artículo 1º del acusado Decreto 1014, y sus disposiciones complementarias, los artículos 3º y 4º.

"Mientras el artículo 31 establece el gravamen sobre 'las mercancías extranjeras que ingresen al resto del territorio nacional', es decir, grava la salida de tales mercancías desde las Islas hacia el resto de la República, el artículo 1º del Decreto 1014, al pretender que se pague tal impuesto en la misma oportunidad y forma que el impuesto del artículo 4º de la Ley 127 de 1959, está gravando con tal impuesto de 15 centavos todas 'las mercancías extranjeras que se importen al territorio de San Andrés y Providencia'.

"Establece así tal artículo 1º del Decreto 1014 una nueva obligación tributaria, no impuesta por la ley —la de pagar el impuesto del artículo 31 de la Ley 1ª de 1972— a todos los importadores de mercancías a San Andrés y Providencia, y termina gravando con el mencionado tributo artículos no gravados por la ley, v. gr., todas aquéllas mercancías que se consuman efectivamente en San Andrés.

"Tal violación manifiesta se proyecta también sobre las disposiciones complementarias íntimamente vinculadas a este artículo 1º, los artículos 3º y 4º del Decreto 1014".

5º Para decretar la suspensión provisional del artículo 1º acusado, el Consejero sustanciador razonó de la siguiente manera, en auto del 19 de julio de 1976:

"El artículo 31 de la Ley 1ª de 1972 grava con impuesto de 15 centavos por cada peso ($ 1.00) o fracción las mercancías extranjeras que ingresen al territorio nacional y que hayan importado los comerciantes de la Intendencia de San Andrés y Providencia, gravamen establecido en favor del fisco de la misma Intendencia.

"En tanto que el artículo 1º del Decreto reglamentario acusado dispone que el referido gravamen lo percibirá la Intendencia, 'en la misma oportunidad y mediante el mismo sistema establecido para cobrar el impuesto de consumo de que tratan los artículos 4º de la Ley 127 de 1959 y 6º de la Ley 78 de 1960'

"Las normas invocadas por el Decreto reglamentario establecen un impuesto de consumo de diez centavos sobre las mercancías extranjeras 'que se importan al territorio de San Andrés y Providencia'.

"Se trata, por tanto, de dos impuestos diferentes: El de las Leyes 127 de 1959 y 78 de 1960 es impuesto que grava el consumo de mercancías extranjeras que se importen a las Islas; mientras que el de la Ley 1ª de 1972 es impuesto que recae sobre las mercancías extranjeras que ingresen al resto del territorio nacional, pero que se hayan importado a través del puerto libre de San Andrés y Providencia. En consecuencia, el primer impuesto se causa en el momento de la nacionalización de la mercancía en el referido puerto, en tanto que el segundo, en el momento de ser despachada la mercancía para el territorio continental o en el momento de su introducción en éste.

"Resulta, entonces, que al disponer el Gobierno en el artículo 1º del decreto acusado, que el segundo impuesto lo percibirá la Intendencia de San Andrés y Providencia, 'en la misma oportunidad y mediante el mismo sistema establecido para cobrar el impuesto de consumo', incurrió en violación del artículo 31 de la Ley 1ª de 1972, puesto que se cobraría el gravamen antes de que se cause, excediendo la facultad reglamentaria. No ocurre lo propio con las demás normas del Decreto número 1014 de 1976".

6º La Sala considera que la anterior motivación es suficiente para decretar la nulidad de la norma suspendida. Por lo que hace a los artículos 3º y 4º, en

cuanto ellos se limitan a prescribir disposiciones complementarias del mismo artículo 1º y no pueden subsistir sin éste, se impone decretar, igualmente, su nulidad. No ocurre lo mismo respecto del artículo 5º, que debe mantenerse, ya que es necesario saber en qué momento entró a regir la norma del artículo 2º del decreto acusado, que se mantiene, por no haber sido demandada.

7º El señor Fiscal 3º, doctor Dangond Flórez, conceptúa en la forma antes dicha.

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

FALLA:

Decrétase la nulidad de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto 1014 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional y publicado en el "Diario Oficial" Nº 34569.

Envíese copia de esta providencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

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

Gustavo Salazar T., Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. — RENTA POR COMPARACION DE PATRIMONIOS. — Se declara la nulidad de las palabras "recargos y sanciones" contenidas en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 3621. Actor: Alvaro Macías Ordóñez. Autoridades nacionales.

El doctor Alvaro Macías Ordóñez, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declarara la nulidad de las palabras "recargos y sanciones" que forman parte del inciso primero del artículo 91 del Decreto reglamentario número 187 de 1975.

El actor considera que con la inclusión de dichas palabras en el inciso del artículo mencionado, se violó el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en cuanto dichas palabras incluyen factores deducibles a la renta que la propia norma reglamentada, que es el artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974 no los contempla.

Dijo así el actor:

"El artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, ya transcrito, consignó que la renta se determinaba por comparación patrimonial en el evento de que la partida representativa de este concepto fuese superior a la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta restando de esta cuantía la renta de goce, la renta cedida entre cónyuges, y los *impuestos de renta y complementarios ya pagados.* En relación con el patrimonio para fijar las capitalizaciones, se precisa que previamente se computen las valorizaciones y desvalorizaciones nominales.

"El artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975, claramente excede la potestad reglamentaria con fundamento en la cual fue expedido, puesto que condiciona la desvirtuación de la diferencia patrimonial al hecho de tener en cuenta los *recargos y sanciones pagados* como partidas detraíbles de la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, a fin de establecer cuál suma es superior; si la diferencia patrimonial o la renta gravable establecida, teniendo en cuenta previamente los ajustes ordenados.

"Entre los ajustes que constituyen detracción de la renta gravable, el artículo 74 del Decreto legislativo número 2053 de 1974 no consideró los recargos y sanciones pagados durante el año gravable como sí lo hizo el

artículo 91 del Decreto reglamentario número 187 de 1975, en un acto claramente demostrativo del exceso de la facultad reglamentaria, puesto que taxativamente el artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974 estableció los factores con los cuales debía ser ajustada la renta gravable y a pesar de que taxativamente señaló los *impuestos de renta y complementarios ya pagados,* no hizo referencia a los *'recargos y sanciones ya pagados durante el año gravable'*, circunstancia que demuestra un claro exceso en la aplicación de la facultad reglamentaria, consagrada en la Constitución Nacional no para ampliar o restringir el contenido legal de la norma superior sino para tender simplemente a facilitar la cumplida ejecución de las leyes, sería inconsistente argüir que la renta gravable debe ser ajustada con todos los posibles gastos llevados a cabo, pues este ajuste se determina y ordena por la ley con miras a establecer una situación precisa; recuérdese cómo los impuestos de renta y complementarios efectivamente pagados en determinado ejercicio fiscal, no juzgaban para efectos de disminuir con ellos la renta capitalizable a la luz de las reformas tributarias de 1960, 1967 y anteriores, es decir, en otras palabras se trataba de un gasto que, por vía ejemplificativa se menciona, al no ser detraíble de la renta gravable; por su cuantía representativa podía capitalizarse".

Tramitando el proceso en legal forma se hizo parte el doctor Fabio Narváez Ocampo, en su condición de Abogado IV-25 de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para impugnar la acción y solicitar que se denieguen las peticiones de la demanda y al efecto se expresó así:

"La interpretación que se da a la potestad reglamentaria, de la cual, por mandato constitucional, se halla investido el Presidente de la República, como contenido lógico encierra la facultad de desarrollar lo que implícitamente contiene la norma superior; los 'recargos y sanciones' que se deriven de la tasación impositiva se hallan entrelazados con los impuestos a que se refieren, por medio de un nexo de carácter causal que necesariamente presupone la presencia de los 'recargos y sanciones' o su inexistencia, cuando el impuesto del cual se derivan surja o no aparezca en la vida jurídica.

"Esta tesis conduce a fijar la consistencia que tiene el planteamiento según el cual, efectivamente, cuando el legislador, para efectos de establecer la procedencia de la aplicación del sistema de diferencia patrimonial, ordenó adicionar a la renta gravable 'el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas', para posteriormente sustraer de esta suma 'el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios, recargos y sanciones pagados durante el año gravable, incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado, y en su caso la renta recibida del cónyuge', simplemente, en atención a la potestad reglamentaria, consideró que los 'recargos y sanciones' del impuesto de renta y complementarios, implícitamente se encontraban comprendidos en la normación superior, al mencionar estos impuestos, debido al fatal nexo causal que los correlaciona".

En su debida oportunidad el Consejo, a petición del actor, suspendió provisionalmente las palabras acusadas.

El señor Fiscal 3º del Consejo de Estado estima que no es el caso de anular las mencionadas palabras por entender que no ha existido exceso en el uso de la facultad reglamentaria, sino simplemente que dichas nociones están implícitamente contenidas en la norma reglamentada y al efecto expresó:

"2. Como se observó en el auto de 2 de marzo del año en curso, el impuesto sobre la renta y complementarios se considera como un solo tributo, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto legislativo 2053 de

1974, y comprende: '1. Para las personas naturales y sucesiones ilíquidas, los que se liquiden con base en la renta, en las ganancias ocasionales, en el patrimonio y en la transferencia de rentas y ganancias ocasionales al exterior'. Agrega la norma que su causación y liquidación se rigen por las siguientes disposiciones: 'a) El que se liquida con base en la renta, por las contenidas en el Título III; b) El que se liquida con base en las ganancias ocasionales, por las contenidas en el Título IV; c) El que se liquida con base en el patrimonio, por las contenidas en el Título V, y d) El que se liquida con base en la transferencia de rentas y ganancias ocasionales al exterior, por las contenidas en el Título VI'.

"Lo anterior contribuye, ciertamente, a la clarificación de lo dispuesto en el estatuto con fuerza de ley respecto de los ajustes 'por impuestos de renta y complementarios ya pagados' como una de las operaciones previas del sistema especial de determinación por comparación de patrimonios. Pero la Fiscalía cree que eso no es suficiente y que el examen de otros preceptos sirve para apreciar el contenido y alcance integral de la norma. En efecto:

"Es bien sabido que, por mandato legal, el contribuyente, dentro de la declaración, debe presentar una liquidación privada de los tributos correspondientes y, si declara fuera del término, incluir la sanción por extemporaneidad; que la liquidación privada puede modificarse de oficio por la Administración mediante acto administrativo en el cual se determina el monto del impuesto sobre la renta y complementarios, de los recargos y de las sanciones y que el contribuyente debe pagar los mayores impuestos que resulten a su cargo, junto con los intereses y sanciones, pues la obligación tributaria causa intereses corrientes sobre el impuesto de renta y complementarios a partir del vencimiento del plazo de que dispone el contribuyente para modificar su declaración y se calculan sobre la diferencia entre la liquidación privada y la oficial o sobre el mayor impuesto que resulte del aumento de las bases gravables o de la disminución de los créditos que se produzcan como consecuencia de la modificación de la declaración hecha expontáneamente por el contribuyente. Y la ley contempla sanciones por extemporaneidad en la presentación de la declaración hasta el límite del ciento por ciento del impuesto aplicable, o por otras irregularidades hasta el cinco por ciento del patrimonio líquido (Decreto 2821 de 1974, artículos 8º, 13, 15, 30, 35, 36).

"De lo expuesto se deduce que 'por impuestos de renta y complementarios *ya pagados*', debe entenderse no solamente los tributos sino, implícitos en la proposición, los recargos y sanciones si han existido y se han pagado. Y si esto es así, como lo ve la Fiscalía, el Presidente de la República no excedió la potestad reglamentaria al disponer en el Decreto 187 de 1975 lo que el demandante considera excluido del mandato superior".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El texto completo de la norma de cuyas palabras se pide anulación es el siguiente:

"Artículo 91. Para efectos de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, a la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contrbuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios, *recargos y sanciones* pagados durante el año gravable, incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso, la renta recibida del cónyuge". (El subrayado no es del texto).

La norma reglamentada por su parte consagra lo siguiente:

"Artículo 74. Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considerará renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.

"Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes:

"1. En lo concerniente a la renta:

a) Por renta de goce;

b) Por rentas cedidas entre cónyuges, y

c) Por impuestos de renta y complementarios ya pagados.

"2. En lo concerniente al patrimonio, los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales.

"Cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial, deberá requerirse por escrito al contribuyente, para que explique y demuestre las causas del aumento, dándole para hacerlo un plazo mínimo de quince días hábiles.

"Parágrafo. La determinación de la renta líquida gravable por el sistema establecido en este artículo no da lugar a sanción por inexactitud; pero sí a la sanción por omisión de bienes o inclusión de pasivos inexistentes".

Como se puede observar el problema radica en establecer si el literal c) del numeral 1º, del artículo 74, del Decreto legislativo 2053 de 1974 que se refiere a los ajustes que se deben hacer a la renta para calcular la diferencia patrimonial que dé lugar a la liquidación del impuesto de renta por comparación patrimonial, y que dice: "Por impuestos de renta y complementarios ya pagados", incluye en esa noción los recargos y sanciones que expresamente establece como materia deducible el decreto reglamentario.

Tanto el abogado de la Dirección General de Impuestos como el señor Fiscal 3º del Consejo de Estado consideran que dicha noción se halla implícita en la denominación hecha en el decerto legislativo y especialmente el último menciona, para reforzar su tesis, los artículos 8º, 13, 15, 30, 35 y 36 del Decreto legislativo 2821 de 1974 en donde se establece una serie de sanciones, bien por extemporaneidad en la presentación de la declaración, en la facultad que tiene la Administración para modificar la liquidación privada, fijando en dicha modificación los recargos y las sanciones, así como los intereses que se causen por la obligación tributaria. Y expresamente dice que el contribuyente "debe pagar los mayores impuestos que resulten a su cargo, junto con los intereses y sanciones". Igualmente el abogado de la Dirección de Impuestos sostiene que los recargos y sanciones se hallan entrelazados con los impuestos a que se refieren por medio de un nexo de carácter causal que necesariamente presupone su existencia y que aquellos están incluidos implícitamente al mencionar los impuestos, "debido al fatal nexo causal que los correlaciona".

Las nociones anteriores están indicando con claridad que los impuestos son sustancialmente distintos de los recargos y sanciones, pues mientras el Fiscal sostiene que el contribuyente debe pagarlos juntos, lo que ya implica que son distintos, el abogado de la Dirección de Impuestos sostiene que existe una relación causal entre ellos lo que también está indicando su diferencia sustancial.

La íntima correlación de unos y otros no modifica el que sean diferentes en su naturaleza y el hecho de que en un mismo acto se incluyan, bien en la declaración privada o bien en la liquidación oficial unos y otros, no desvirtúa esta noción, sino que por el contrario la confirma máxime si se tiene en cuenta, como se mencionó en el auto de suspensión provisional, el artículo 1º del Decreto legislativo número 2053 de 1974 que define y concreta lo que se debe entender por impuesto sobre la renta y complementarios sin que en los títulos a que se refiere dicho artículo haya una sola norma en que se establezcan o consagren los recargos y sanciones. Por el contrario, solo en el Título Séptimo del decreto legislativo, que no está mencionado en el artículo 1º del mismo, se hace referencia a intereses y sanciones, para decretar una amnistía tributaria para los declarantes del año gravable de 1974 y para los que pagaren antes del 1º de enero de 1975 sus obligaciones para con el Fisco (artículos 140 y 141).

Podría pensarse que los recargos y sanciones son más bien, obligaciones accesorias que se derivan de obligaciones principales como la oportuna declaración de renta, la de la fidelidad en el denuncio de los bienes y de las rentas, la de la acertada liquidación del impuesto y la de su oportuno pago o del cumplimiento de determinados requisitos que la ley exige al contribuyente.

Por último el Decreto legislativo 2821 de 1974 que sí se refiere a sanciones y al cual corresponden los artículos mencionados por el Fiscal para sostener su tesis, es precisamente, el que consagra las normas procedimentales en materia tributaria que tiene indudablemente una íntima correlación con la materia sustantiva, pero no por ello participa de su naturaleza, ya que en ese decreto simplemente se fijaron los recursos y las guías para hacer efectivas las obligaciones tributarias de los contribuyentes o sancionarlos por el no cumplimiento de esas mismas obligaciones.

No se puede tampoco perder de vista que en materia tributaria, como reiteradamente lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, las normas son de carácter restrictivo y no puede ampliarse su aplicación a casos diferentes de los señalados expresa y claramente por ellos.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase la nulidad de las palabras *"recargos y sanciones"* contenidas en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto 187 de 1975, el cual quedará así:

> "Artículo 91. Para efectos de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, a la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios pagados durante el año gravable incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso, la renta recibida del cónyuge".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 3 de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

ESTUPEFACIENTES. — Se declara la nulidad de la palabra "personal" contenida en el artículo 2º del Decreto 701 de 1976, reglamentario del Decreto-ley 1188 de 1974, texto que quedará así: "La dosis de quien está bajo tratamiento con droga que produzca dependencia física o síquica, corresponderá a la dosis terapéutica que se registra en la respectiva receta médica del paciente o que sea certificada bajo juramento por el correspondiente médico tratante". Se declara la nulidad del artículo 4º del mismo Decreto reglamentario 701 de 1976.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., marzo veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Alfonso Arango Henao.*

Ref: Expediente 2443

A esta jurisdicción y en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 66 del C. C. A., acudieron los señores Abel Berdejo Viana y Antonio Spirko Cortés, para que, previos los trámites de rigor, se decrete la nulidad del Decreto reglamentario número 701 de 12 de abril de 1976, y previamente se suspendieran los efectos del mismo.

Como hechos fundamentales de la acción los ciudadanos, en resumen, narran que en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 17 de 1973, el Gobierno Nacional expidió el Decreto extraordinario 1188 de 25 de junio de 1974, por medio del cual estableció normas sobre estupefacientes, señalando penas, procedimientos en casos de conductas delictivas sobre el porte y consumo de los mismos, etc.; y que el día 12 de abril de 1976, el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia expidieron decreto reglamentario de algunas de las disposiciones del 1188, que en su sentir extralimitó la potestad atribuida al Ejecutivo.

El libelo cita como disposiciones violadas por el decreto acusado los artículos 6º, 38, 70 y 71 del Decreto extraordinario 1188 de 1974.

Admitida la demanda y denegada la medida provisoria pedida, por no aparecer manifiesta la violación de las normas superiores citadas en el libelo, se comunicó su admisión a los señores Ministros de Relaciones Exteriores, Justicia y Salud Pública. El señor Ministro de Justicia se constituyó parte en el proceso, por medio de apoderado especial, quien al momento de alegar, solicitó que se declarara la nulidad del artículo 2º del decreto demandado y se denegara las de las demás disposiciones de ese acto.

Al emitir concepto de fondo el señor Fiscal 1º del Consejo estimó que debían anularse los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 701 de 1976. Como el trámite de la instancia se halla surtido y no se encuentra causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a dictar la sentencia del caso, para lo cual se precisan las siguientes

CONSIDERACIONES:

Repetidamente ha sostenido esta corporación que es deber que la Constitución impone al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, el velar por el exacto cumplimiento de las leyes expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para ello, que tienen como fin desenvolver la generalidad legal, explicar las consecuencias de los principios que las leyes contienen, y determinar la manera de cumplirlas. Los límites de tal facultad-deber están resumidos por el Consejo de Estado cuando ha manifestado que "el Gobierno no puede, sin caer en la tacha de ilegalidad, contrariar preceptos constitucionales o legales, ni ampliar, ni restringir o modificar la ley para cuya aplicación se dicta el reglamento". Con base en los conceptos anteriores, y teniendo en consideración para establecer la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas únicamente los preceptos citados por los demandantes como violados, por no ser jurídicamente posible entrar a estudiar la legalidad en relación con normas diferentes a las que se estimaron como violadas en el libelo acusatorio, se procede analizar el decreto demandado.

Artículo 1º Según las voces de la demanda este artículo extralimita los artículos 70 y 71 del Decreto-ley 1188 de 1974, porque estas normas no autorizan a la Policía Judicial "para ordenar a quienes tienen autoridad para ello, si una sustancia decomisada puede constituir o no una dosis personal".

Sostiene el señor apoderado del Ministerio de Justicia que esta norma no rebasa la potestad reglamentaria, dado que él no es sino un desarrollo del inciso 3º del artículo 71 del citado Decreto 1188 de 1974.

El señor Fiscal 1º expresa que "como allí se habla de 'prueba técnica' y ésta no puede ser otra que la 'peritación médico legal' que consagra el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, y como de acuerdo con el artículo 71 de este mismo Decreto, esta prueba, según las circunstancias, puede ser decretada no solo por el juez instructor, sino también por la Policía Judicial, en concepto de este Despacho, no es procedente su nulidad".

Para la Sala es indiscutible que el artículo 1º del Decreto 701 de 1976, no viola los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1976, porque en estas mismas disposiciones se consagra la obligación para la Policía Judicial al decomisar sustancias denominadas estupefacientes o alucinógenos, de realizar sobre ellas "inmediatamente identificación pericial" (artículo 70) y la de "tomar y enviar al Instituto de Medicina Legal muestras de la droga o sustancia decomisada para su reconocimiento personal" (inciso 3º del artículo 71). Es decir, la ley —el decreto extraordinario— establece el deber de la Policía Judicial de ordenar, al decomisar sustancias presumiblemente alucinógenas "identificación pericial", y solo realizada esta prueba y cumplir otros requisitos pasar las diligencias al juez instructor, quien tomará muestra de la droga o sustancia decomisada "y la enviará al Instituto de Medicina Legal para *nueva peritación*...". O sea, existen dos peritaciones en estos casos, la primera por las autoridades policiales al decomisar y la segunda en la etapa sumarial, ordenada por el instructor. E igualmente, no se ve cómo pueda hablarse que el artículo 1º del Decreto 701 de 1976, contraríe las normas que pretende reglamentar cuando habla de "determinar si una sustancia constituye dosis personal", cuando ello es una labor de gran auxilio a la justicia

penal, la cual iniciará la investigación con bases más ciertas en la calificación de la conducta delictiva.

Luego, si no se encuentra contrariedad entre lo ordenado por el Decreto que se reglamenta y el reglamentado en su artículo 1º y, además, la disposición contiene el desenvolvimiento de la ley, y presta eficaz ayuda para su cumplimiento por parte de quienes están encargados de impartir justicia, tiene que concluirse que no puede prosperar la petición de nulidad del artículo 1º del Decreto demandado.

Artículo 2º Tanto los demandantes, como el señor apoderado del Ministerio de Justicia y el señor Agente del Ministerio Público, estiman que esta norma contraría los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974.

Considera la Sala que como de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 1188, "la determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso segundo del artículo anterior DEBERA HACERSE POR PERITACION MEDICA LEGAL, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínicas del sindicado", y la norma acusada establece otra forma de determinación para la misma, no permitida por el citado estatuto, debe declararse su nulidad por violación del mentado artículo 39, de la palabra "PERSONAL" y que esta palabra implica una confusión entre las dosis personal y terapéutica. Además, no debe olvidarse que la posesión de sustancias alucinógenas que constituyen para un individuo dosis terapéuticas, no es una conducta punible, luego no puede confundirse con la dosis personal que sí constituye una infracción penal tipificada en el inciso 2º del artículo 38 del Decreto 1188.

Artículo 3º Tanto los demandantes como el señor Fiscal estiman que esta norma viola los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974. El apoderado del Ministerio de Justicia, a su vez, considera que ella no es sino una repetición del artículo 39.

Si se lee con detenimiento el artículo 3º del Decreto acusado y los artículos 39, 70 y 71 del Decreto 1188, se llega a la conclusión de que tal disposición no viola esas disposiciones del Decreto 1188 de 1974, ni puede entenderse que consagra la abolición del dictamen pericial de los médicos legistas. Solamente establece que los funcionarios a quienes corresponda la determinación acerca de "dosis personal" deberán tener en cuenta para ello, la información procesal, que debe contener la cantidad de la sustancia, y la historia y situación clínicas del sindicado, y el resultado de los exámenes que practiquen al sindicado y de la calidad de la sustancia, lo cual es obvio. En otras palabras, ella no le quita a los médicos legistas la facultad establecida por el artículo 39 del Decreto 1188, como expresan los acusadores y lo acepta el señor Agente del Ministerio Público.

Simple y llanamente, se dirige a los médicos legistas para indicarles que deben tener en cuenta las informaciones de que habla el artículo 1º del Decreto 701 de 1976, las que le permitirán cumplir con lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1188.

Luego, como no se encuentra que el artículo en estudio viole ni el artículo 6º ni el 39 del Decreto 1188, tantas veces citado, pues ni deroga la exigencia de dictamen pericial de los médicos legistas para establecer si trata de dosis personal o no, si establece diferentes aspectos para tener en cuenta en la determinación o elimina los establecidos en la ley; no puede entonces decretarse su nulidad.

Artículo 4º Sostienen los demandantes que esta norma viola los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974, porque establece una dosis personal presuntiva.

De la misma manera estima el señor Agente del Ministerio Público que "como la cantidad señalada, en la norma acusada para la fijación de dosis perso-

nal, no se encuentra autorizada en las normas reglamentadas, sino que por lo mismo, con ellas se busca llenar 'la ausencia de un precedente legal', lo cual precisamente, indica que ello ha debido ser objeto del decreto-ley que se expidió en uso de las correspondientes facultades legales, pero no de su reglamentación. Con el decreto reglamentario no se puede ni ampliar, ni restringir la norma reglamentada. Tampoco, se puede por consiguiente llenar sus ausencias o vacíos... De acuerdo con lo anterior también debe prosperar la nulidad del artículo 4º acusado".

El señor apoderado del Ministerio de Justicia sostiene que el artículo 4º "es un criterio técnico que deben seguir los funcionarios de Medicina Legal cuando sea imposible aplicar los criterios señalados en la ley, para determinar la dosis personal". "No es, por consiguiente, una presunción como afirman los actores, ni una interpretación de la norma legal, la cual solo corresponde al legislador o al juez cuando pretende aplicarla en cada caso concreto. Es sencillamente un criterio técnico que deben seguir funcionarios administrativos en el desempeño de sus funciones, cuando éstas no puedan ser desempeñadas adecuadamente por falta de norma legal aplicable al caso".

Para la Sala es innegable que según el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, la determinación de la denominación "dosis personal" cuya posesión tipifica la conducta descrita en el inciso 2º del artículo 38 *ibídem* debe hacerse POR PERITACION MEDICO-LEGAL, en todos los casos, pues la norma no establece distinciones, y que para esa determinación se tendrán en cuenta no solo la cantidad y la calidad de la sustancia encontrada al sindicado sino también la "historia y situación clínicas" de éste. Luego, no puede aceptarse que como desarrollo o desenvolvimiento de las normas reglamentadas se pueda establecer una dosis personal presuntiva, que ciertamente es lo que consagra el artículo 4º del decreto demandado. Y tampoco puede admitirse la legalidad de la misma como una instrucción dada por el señor Presidente de la República a sus funcionarios de Medicina Legal, pues esta facultad o mejor la función pericial dada a tales empleados administrativos no ha sido atribuida por la ley al Gobierno, ni ella surge del artículo 120 de la Carta o del Decreto 1188 de 1974, sino que es función propia de los empleados de Medicina Legal.

Si en realidad las dosis máximas consagradas en la norma acusada son criterio científico, con seguridad serán adoptadas por quienes se presumen personas idóneas para desempeñar el delicado encargo de determinar "dosis personales", mas en la actualidad y ante la existencia del artículo 39 del Decreto 1188, la mencionada "dosis personal" en cada caso deberá establecerse de conformidad con los criterios señalados en esa norma.

Aunque parece que, en muchos casos podrían presentarse situaciones aberrantes como sería la de que se lograra en un momento dado la incautación de la sustancia, mas no se aprehendiera al poseedor, resultare éste una persona sin antecedentes en el consumo, y por ello tuviera que procesarse por la conducta atenuada un delito mayor como es el tráfico de estupefacientes, tales situaciones son aparentes, pues aunque la ley exija que para la determinación de la "dosis personal" deba tenerse en cuenta no solo la calidad y la cantidad de la sustancia sino también la historia y situación clínicas del sindicado, no ata a los peritos médicos legales en su dictamen, en el cual están en la obligación de sacar conclusiones producto de sus conocimientos científicos; luego si esos conocimientos les permiten concluir en casos en que no tengan a la vista ni al sindicado ni su historia o antecedentes clínicos que existe una dosis personal promedia, deberán dar como tal ese promedio.

De todas formas, si los estudios llevados a cabo por las autoridades administrativas son serios y sus conclusiones científicas, debe el Gobierno proponer al legislador la adopción de las "dosis personales" máximas presuntivas, porque

indudablemente los casos de imposibilidad de peritación con intervención personal de los sindicados serán más frecuentes en los criminales que se lucran con la destrucción de la juventud a la que quieren acostumbrar en el consumo de las sustancias alucinógenas o que producen dependencia física o síquica, dado que, por su experiencia y, por qué no decirlo, por el poder económico que tengan, más fácilmente podrán eludir la acción de las autoridades.

Las razones anteriores son suficientes para que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado, oído el concepto de su colaborador Fiscal y en parte de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Es nula la palabra "personal" contenida en el artículo 2º del Decreto reglamentario 701 de 1976, texto que quedará así:

> "La dosis de quien está bajo tratamiento con droga que produzca dependencia física o síquica, corresponderá a la dosis terapéutica que se registre en la respectiva receta médica del paciente o que sea certificada bajo juramento por el correspondiente médico tratante.

Segundo. Es nulo el artículo 4º del mismo Decreto reglamentario 701 de 12 de abril de 1976, por el cual se reglamentó parcialmente el Decreto-ley 1188 de 1974.

Tercero. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Se aprobó en sesión del día 18 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

INTERVENCION DE QUE TRATA EL ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — Naturaleza de los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención que le imparta el Congreso, conforme al artículo 32 de la C. N. — Competencia del Consejo de Estado para conocer de las demandas contra dichos decretos.

Diversas facultades constitucionales del Gobierno.

ACAPARAMIENTO Y ESPECULACION. — Se declara la nulidad del artículo 1º del Decreto 140 de 1975 en cuanto dice:

"Cajas de compensación... e industrias que utilicen azúcar como materia prima". — En consecuencia, dicha norma quedará así: "Artículo 1º El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares, con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores. — También podrá fijar cuotas de abastecimiento por regiones y, en especial, para la distribución y consumo de aquellas zonas que correspondan a sectores costeros o fronterizos, de acuerdo con el número de habitantes, el movimiento comercial tradicional de la ciudad o región y las necesidades de las industrias que requieran de esta materia prima para la elaboración de sus productos".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos setenta y siete.

Sustanciador: H. Consejero doctor *Alvaro Pérez Vives.*

Expediente número 2314. Actor: Fernando Londoño Hoyos.

Se decide la demanda de NULIDAD incoada por el doctor Fernando Londoño Hoyos, contra el artículo 1º del Decreto reglamentario número 140 de 1975.

Como hechos de la CAUSA PETENDI, expresa el actor los siguientes:

"Se demanda la nulidad del Decreto 140 de 1975, por ser violatorio de normas superiores de Derecho. En efecto, violenta el Decreto extraordinario 3092 de 1966 —convertido en norma permanente por la Ley 48 de 1968— que reglamenta.

"Aunque debe reconocerse y decretarse la invalidez de un acto reglamentario cuando se comprueba que violenta o exceda los términos o el espíritu de la norma reglamentada, conviene llamar la atención de los honorables Magistrados sobre el hecho de que en este caso la utilización excesiva de la potestad que al Presidente de la República le otorga el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, supone la violación de la libertad de comercio que el artículo 32 de la Constitución Nacional consagra y desarrolla las normas del Código de Comercio vigente, en particular los artículos 75 y 516 que definen el derecho a la clientela como elemento constitutivo de un establecimiento de comercio, y los artículos 905, 968 y 1317 concordantes que tipifican como contratos plenamente válidos los de compraventa, suministro y agencia mercantil".

Como normas violadas y concepto del quebranto expone: *Violación directa:* Exceso del reglamento sobre la norma reglamentada.

"El Decreto reglamentario 140 de 1975 se limita en muy buena parte de su contenido a reproducir, sin agregarles una sola palabra, normas que se encontraban vigentes desde hacía muchos años, solo que gozando de jerarquía superior, pues tenían fuerza de leyes, para referirlas específicamente a la especulación, al acaparamiento y al contrabando del azúcar.

"El ordinal h) del artículo 1º del Decreto extraordinario 3092 de 1966 (Ley 48 de 1968), había otorgado a la Superintendencia de Regulación Económica —hoy Nacional de Precios— la siguiente facultad:

"Artículo 1º...

"A fin de dar efectos positivos a lo dispuesto en el inciso anterior, la Superintendencia queda facultada para:

"....

"h) Disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos, o de precio controlado *al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine,* con el mismo objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores.

"Mientras que el artículo 1º del Decreto 140, en su primer inciso es del siguiente tenor:

" 'Artículo primero. El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al *Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima,* con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores...'.

"Del cotejo de las dos normas, la reglamentada y reglamentaria, se advierte con absoluta nitidez que la segunda excede a la primera en cuanto amplía las facultades interventoras de la Superintendencia Nacional de Precios, disponiendo que puede ordenar la venta de un producto controlado a favor de cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima. En ese aspecto, es obvio que el decreto no se limitó a asegurar la cumplida ejecución de la ley, como lo ordena el artículo 120 de la Constitución en su ordinal 3º, sino que creó para la Superintendencia Nacional de Precios una nueva facultad, en evidente exceso del poder reglamentario.

"El acto reglamentario es tipicamente de naturaleza administrativa. Inclusive ha sido aceptada su existencia en paises donde no hay definición constitucional tan clara como la nuestra. Como lo anota Bielsa, no puede el legislador, al crear normas de carácter general y abstracto, entrar en la consideración de los detalles de lugar, tiempo y modo que condicionarán la aplicación del precepto general. Esa tarea queda reservada para el administrador, quien la ejerce creando normas jurídicas generales y abstractas, iguales desde ese punto de vista a las leyes, pero radicalmente distintas en cuanto que le son directamente subordinadas.

"Estos principios elementales han sido recogidos con el mayor rigor por el honorable Consejo de Estado en uniforme y reiterada jurisprudencia. Vale la pena recordar apartes de algunas sentencias:

—"...ya que el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley y debe hallarse contenido en ella". (Sentencia de octubre 30 de 1969. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Gustavo Salazar T.).

—"...la potestad reglamentaria es limitada; tiene por objeto completar la ley —nunca ampliarla o restringirla—, a fin de asegurar y dar más claridad a la aplicación de ella; no puede introducir nuevas disposiciones porque 'ello no sería reglamentar sino legislar', como lo ha dicho el Consejo". (Sentencia de noviembre 26 de 1969. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Andrés Holguín).

"Que el Decreto reglamentario 140 de 1975 excede en la enumeración de entidades que pueden beneficiarse de la acción interventora de la Superintendencia de Precios, es cosa evidente. Coincide la mención del INA con la del IDEMA, que es su continuidad jurídica. Coincide también la referencia a las organizaciones cooperativas. Pero hay un exceso indiscutible en cuanto hace referencia a 'industrias que utilicen azúcar como materia prima'. Alguien podría pensar que las 'cajas de compensación, fondos rotatorios y similares' fueran equivalentes a los 'comisariatos' de que trata el Decreto 3092. Mas, sin embargo, no puede quien reglamenta una norma superior declararse como intérprete suyo. La interpretación con autoridad auténtica de las leyes, según el tenor del artículo 25 del Código Civil, solo puede hacerla el propio legislador. Por eso el Consejo de Estado ha sido tan preciso en rechazar pretendidas interpretaciones de este estilo practicadas a través de normas reglamentarias. Vale la pena recordar una jurisprudencia reciente del honorable Consejo:

" 'También es evidente que la simple potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, que la Constitución atribuye al Gobierno (artículo 120 ordinal 3º), no lo autoriza para interpretar la ley por vía de autoridad, porque las disposiciones que se dicten en su ejercicio, aunque puedan tener y generalmente lo tienen, un contenido general, sin embargo, tienen una jerarquía subordinada a la norma, objeto de la reglamentación, precisamente porque su finalidad no es otra que proveer a su ejecución. En otros términos, frente a la oscuridad legal, el poder reglamentario es impotente para salvarla, por vía general; ante situación semejante y ante el imperativo de que la ley se ejecute, no existe sino un mecanismo jurídico: la interpretación por vía de doctrina, que en cada caso concreto y con efectos igualmente circunscritos, deben realizar los agentes públicos encargados de la ejecución de la ley'. (Sentencia de agosto 29 de 1973. Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla).

"*Violación indirecta:* Extraordinariamente grave es para el país la presencia de fenómenos de especulación y acaparamiento de productos básicos. Por ello ha dotado la ley de las más amplias facultades preventivas y punitivas a la Superintendencia Nacional de Precios, para que prevenga esta torcida práctica

del comercio y la reprima cuando desgraciadamente ocurra. Pero la necesidad de castigar algunos comerciantes inescrupulosos y de restablecer el flujo adecuado de los bienes hacia los mercados populares no puede hacerse a cualquier precio, porque las garantías constitucionales de orden superior limitan las posibilidades interventoras del Gobierno. Así, aunque fuera tal vez medio idóneo para reprimir el acaparamiento del azúcar ahorcar en la plaza pública a quien se encuentre culpable de esa conducta, tendría en todo caso el legislador que moderar su entusiasmo represivo en presencia de lo que dispone el artículo 29 de la Constitución.

"Pues tampoco puede el celo legislativo desconocer la garantía de la empresa libre y la facultad de ejercer el comercio. Y si ello es claro con respecto a la ley, es cosa que no puede remitirse a dudas en tratándose de un modesto decreto reglamentario.

"El artículo 32 de la Carta menciona la distribución de los bienes como una de las etapas del proceso económico en las que puede manifestarse la intervención del Estado 'por mandato de la ley'. Que fue seguramente lo dispuesto en el Decreto 3092: sacrificar en una medida el derecho individual en función del interés colectivo. Pero admitiendo la validez de esta forma de intervención, no puede admitirse su extensión por la vía reglamentaria. Solo al legislador compete definir el alcance de la intervención. El administrador la ejecuta pero no la extiende. Pero si se admitiera la facultad del administrador para ampliar a su talante la lista de los compradores forzados de azúcar, se estaría admitiendo que es suya la facultad de definir el límite de la libertad de las fábricas para tener su clientela y distribuir sus productos en ejercicio de actos de comercio lícitos. Inclusive se estaría aceptando su poder para abolirla por completo. Sería cuestión de ampliar un poco más la enumeración de las entidades compradoras y la intervención del Estado por mandato de la ley se tornaría en la supresión del comercio libre por decisión reglamentaria.

"Obligar, pues, a las fábricas que vendan parte de su producción al IDEMA, a las cooperativas y a los comisariatos, es una medida muy dura, porque limita su capacidad de mercadeo, las desconecta en parte de su clientela y les impide ejercer toda su capacidad en el área de la distribución y venta de los artículos que es de las que de manera más significativa conforman el proceso económico dentro de un sistema de libre empresa. Pero si utilizar esa facultad es asunto arto delicado, extenderla alegremente es un claro abuso de poder, como respetuosamente pido al honorable Consejo que lo reconozca y declare".

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, conceptúa: "El Decreto número 140 de 1975, del cual hace parte la norma demandada y según se expresa en su encabezamiento, el Presidente de la República lo profirió 'en uso de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las que le confiere la Ley 7ª de 1943, el Decreto legislativo número 3092 ode 1966 (Ley 48 de 1968) y las disposiciones del Estatuto Penal Aduanero'.

"Aunque el demandante afirmó que la norma acusada es reglamentaria del Decreto aludido 3092, el honorable Consejero ponente, al negar la admisión de la demanda, consideró que tal medida se dictó con fundamento en el 'artículo 2º de la Ley 7ª de 1943 con el objeto de evitar la indebida especulación con los artículos de primera necesidad... De manera que, a diferencia del criterio que sustenta el demandante, no se trata de un decreto reglamentario, sino de uno especial, de los que, en principio, puede dictar el Gobierno, de conformidad con el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución...' (folio 6).

"Contra la anterior decisión interpuso el demandante el recurso de súplica, el cual le fue resuelto en forma favorable.

"En el escrito sustentatorio, el recurrente hace afirmaciones de alguna gravedad, que en concepto de esta Fiscalía no deben pasar inadvertidas, pues no deja de preocupar que un profesional de la categoría del actor, de cuya honorabilidad y seriedad no debe dudarse, se sienta tentado a manifestar 'alarma' por algunas 'decisiones contradictorias del Consejo de Estado' (folios 8 y siguientes).

"No es difícil adivinar que a la fecha de hoy, el mismo profesional encuentra apoyo más a su inconformidad en la simple apreciación objetiva de que, por motivos que fácilmente hubieran podido obviarse, su demanda que fue presentada el 17 de junio de 1975 (folio 5), apenas vino a ser admitida el día 13 de julio de 1976 (folio 24) y esto sin contar lo que aún pueda demorar la terminación del proceso.

"Al resolver sobre el recurso de súplica interpuesto contra la decisión anterior, la Sala para revocar tal proveído, consideró que 'ciertamente, una lectura del Decreto 140 de 1975 no conduce a la conclusión de que las normas que él contiene son de un desarrollo de las facultades especiales otorgadas por la Ley 7ª de 1943, artículo 2º, al Gobierno Nacional, o por lo menos, lo ordenado en el artículo 1º de ese Decreto no hace relación a tales facultades.

Como lo anota el recurrente tal disposición parece en principio hacer relación al Decreto 3092 de 1966'.

"Luego, bien puede sostenerse que en principio la norma acusada es de carácter reglamentario, cuyo fundamento es el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, según el cual corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa 'ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para el cumplimiento de las leyes' ".

"De otra parte es bueno recordar que no pueden desprenderse facultades especiales de ordenamiento dictadas por el Gobierno, bien sea en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, bien del artículo 121. Las facultades extraordinarias y las especiales son dadas al Ejecutivo en virtud de las leyes expedidas por el Congreso Nacional. Por esta razón no puede sostenerse que el Decreto 3092 de 1966 contenga facultades especiales para el Gobierno, igualmente sucede con el Estatuto Penal Aduanero.

" 'Las anteriores razones son suficientes para concluir que la norma acusada no emana del ejercicio de las facultades excepcionales otorgadas al Gobierno por los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 o 122 de la Constitución Nacional, y por ello el juzgamiento de su conformidad con el ordenamiento jurídico vigente corresponde al Consejo de Estado'.

"De acuerdo con lo anterior, la competencia para conocer del presente negocio ya quedó establecida y aunque en casos similares, no obstante haber decidido la Sala de la Sección Primera sobre dicho presupuesto, éste fue nuevamente estudiado en la sentencia para llegar a una conclusión contraria a la tomada por la Sala. Demandante, Isabel Cifuentes Herrera, expediente Nº

"Con el respeto que a esta Fiscalía le merecen todas las decisiones del honorable Consejo de Estado, muy a su pesar no comparte algunas de ellas, y en el presente caso considera que lo relacionado con la competencia ya no puede ser objeto de nuevo planteamiento en la sentencia.

"Resuelto ya que se trata de un problema de reglamentación y teniendo en cuenta que conforme a reiterada y abundante jurisprudencia del honorable Consejo, 'la potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el Gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni

restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería reglamentar sino legislar. El decreto reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la ley reglamentada'. (Sentencia, agosto 22 de 1944. *Anales*, tomo LIII, 341-346, página 66).

"Sabido es que, como la facultad o potestad reglamentaria se ha dado 'para la cumplida ejecución de las leyes', el decreto que se expida en ejercicio de tal potestad debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y solo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley, y por lo tanto, 'no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones'. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo del propio legislador". (Auto, junio 14 de 1963, doctor Domínguez Molina).

De acuerdo con la cita que se hace en el libelo "...la potestad reglamentaria es limitada; tiene por objeto completar la ley —nunca ampliarla o restringirla— a fin de asegurar y dar más claridad a la aplicación de ella; no puede introducir nuevas disposiciones porque 'ello no sería reglamentar sino legislar' como lo ha dicho el Consejo". (Sentencia de noviembre 26 de 1969, Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Andrés Holguín).

"Ahora bien, para establecer si entre la disposición acusada y la norma reglamentada existe algún rebasamiento, basta con la simple confrontación de una y otra y en caso afirmativo debe prosperar la nulidad demandada.

"Al respecto se tiene: El artículo primero del Decreto 140, en su primer inciso, dispone:

" 'El Superintendente Nacional de Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX), y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen el azúcar como materia prima...'.

"La parte pertinente del Decreto extraordinario 3092 de 1966, o sea el reglamentado, expresa:

" 'Artículo 1º...'.

" 'A fin de dar efectos positivos a lo dispuesto en el inciso anterior, la Superintendencia queda facultada para:

" '.....'

" 'h) Disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos, o de precio controlado, al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine, con el mismo objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores'.

"Como puede verse, el decreto reglamentado faculta a la Superintendencia para disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción 'al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine' y el decreto reglamentario dispone que 'el Superintendente... en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinarán las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, *cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima*'. (Subraya la Fiscalía).

"No es necesario hacer mayor esfuerzo para darse cuenta que en el decreto reglamentario se amplía el número de las instituciones a las cuales se obliga a los ingenios a vender las cuotas que se determinen, lo mismo que las entidades que deben intervenir en la fijación correspondiente. Pero debe advertirse que esto último no fue objeto de acusación, por lo cual la sentencia deberá limitarse a la parte a que se circunscribe la demanda, o sea a lo que atrás se dejó subrayado, y con lo cual, indudablemente se rebasa la potestad reglamentaria.

"Como ya se dejó dicho, la doctrina del honorable Consejo de Estado sobre la potestad reglamentaria es abundante y uniforme, y como, además, inicialmente se hizo referencia a varios fallos que se relacionan con el mismo tema, no hace falta volver sobre ellos para concluir que en presencia de circunstancias similares, debe producirse un fallo de la misma naturaleza, es decir, anulatorio, lo que aplicado al presente caso implica la procedencia de la nulidad de la parte correspondiente del inciso primero del artículo 1º del Decreto 140 de 1975 en cuanto dice: 'cajas de compensación, fondos rotatorio y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima' ".

No obstante que el colaborador Fiscal considera definido el punto relativo a la competencia del Consejo para conocer de la presente acción, cree la Sala que debe abundarse sobre este aspecto de la COMPETENCIA DE LA CORPORACION PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS CONTRA LOS DECRETOS DEL GOBIERNO EN DESARROLLO DE LA ORDEN DE INTERVENCION DE QUE TRATA EL ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

En la Constitución de 1886, aparece el siguiente ordenamiento: "Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ...9º Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional...".

Siempre se entendió este procepto como un condicionamiento para el uso de atribuciones propias del Gobierno, pero cuyo ejercicio requería de autorización del Congreso. Más aún, de atribuciones relativas a negocios jurídicos, pues así lo indican los ejemplos contenidos en la norma.

Ejemplo de lo anterior es el caso en el que el Congreso autoriza al Gobierno para adherir a un tratado internacional y para dictar las medidas encaminadas a su cumplimiento.

Tal el caso del artículo 2º de la Ley 88 de 1961, en el que faculta al Gobierno para tomar medidas conducentes al desarrollo del Tratado de Montevideo, cuya aprobación se imparte por el mismo estatuto.

En desarrollo de esa ley dictó el Gobierno el Decreto 1299 de 1971.

Ninguna duda hay sobre el hecho de que este decreto, "por el cual se pone en vigencia el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías del Acuerdo de Cartagena" (conocido comúnmente como el "Estatuto de Capitales Extranjeros"), es uno de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, puesto que el numeral 10 del artículo 120 de la misma Constitución de 1886 atribuyó al Presidente de la República, como "suprema autoridad administrativa", "dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias o soberanos, nombrar libremente y recibir los agentes respectivos, celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios.

"Los tratados se someterán a la aprobación del Congreso, y los convenios serán aprobados por el Presidente en receso de las Cámaras, previo dictamen favorable de los Ministros y del Consejo de Estado".

La Constitución vigente contiene una facultad semejante, en los siguientes términos: "Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:... 20. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional; nombrar los agentes diplomáticos; recibir los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

Si bien es atribución constitucional propia del Presidente, esta de "dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional... y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios", éstos deben someterse a la aprobación del Congreso, el cual bien puede autorizar al Gobierno a celebrarlos o suscribir los ya celebrados, autorización que "amplía" la natural órbita de las facultades constitucionales del Presidente de la República.

E igualmente puede el Congreso autorizarlo para dictar las medidas necesarias para el desarrollo o cabal cumplimiento de los tratados o convenios internacionales, como lo hizo merced a la Ley 88 de 1961, para el caso del "Estatuto de Capitales", en desarrollo del Tratado de Montevideo, anteriormente aprobado por el Congreso.

A esa materia se refiere el numeral 11 del artículo 76 de la codificación constitucional vigente, abstracción hecha sobre si el calificativo de "decretos especiales" que se utiliza para referirse a los que dicte el Gobierno en virtud de las autorizaciones en referencia es de recibo, o sobre cuál sea la naturaleza de tales actos, tema éste muy debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Por tanto, desde este punto de vista (que no de otros) es acertado el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de fecha enero 20 de 1972, recaído a la demanda de inexequibilidad presentada por James W. Raisbeck, contra el Decreto 1299 de 1971 ("Estatuto de Capitales Extranjeros").

Fallo que, como se verá, ninguna relación tiene con el caso que por esta sentencia se decide.

Por tanto, lo preceptuado por el numeral 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (equivalente al 9º de la Constitución de 1886), no tiene incidencia en lo dispuesto por el artículo 32 de la codificación vigente, por la sencillísima razón de que en la Constitución de 1886 no existía norma ni siquiera parecida al actual artículo 32, debido a que la Carta del 86 ignoró la intervención del Estado, autorizada hoy por el citado artículo 32. Y si en 1886 no existía como "atribución ordinaria" del Presidente la intervención consagrada por primera vez en 1936 (Acto legislativo número 1 de ese año, artículo 11), mal puede afirmarse que tal intervención tenga algo que ver con los famosos "decretos especiales" del numeral 11 (antes 9º), del artículo 76, de la Constitución Nacional, decretos ya consagrados desde 1886 por ésta.

Fue en el año de 1936, como se ha dicho, en el que se introdujo entre nosotros el concepto de *intervención del Estado*. Pero el aludido artículo 11 del Acto legislativo 1 de 1936, preceptuó: "El Estado puede intervenir POR MEDIO DE LEYES en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho...". (Subraya la Sala).

Al tiempo que se introducía la "intervención del Estado", como función del legislador, se conservó, bajo el número 8º del artículo 76 de la Carta, la facultad del Congreso para "conceder autorizaciones al Gobierno, para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

Lo que apoya el argumento de que una cosa son los decretos que dicte el Gobierno en desarrollo de las autorizaciones del tantas veces citado ordinal 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (9º del artículo 76, de la Constitución de 1886 y 8º del mismo artículo, del Acto legislativo número 1 de 1936) y otra los que dicte en desarrollo de la orden de intervención dada al Gobierno en virtud del artículo 32 de la Carta.

Pues si el Acto legislativo 1 de 1936 concibió tal intervención del Estado como facultad privativa del Congreso y nada dijo respecto del Gobierno, que permitiera sospechar siquiera la existencia de una facultad ordinaria de éste, mal se pueden equiparar los decretos del tantas veces citado numeral 11 del artículo 76 con los dictados por el Gobierno con el fin de ejecutar la orden de intervención dada por el Congreso.

Obsérvese: a) Que en la Constitución de 1886, lo mismo que en el Acto legislativo 1 de 1936 y en la codificación constitucional vigente, se habla claramente de "funciones dentro de la órbita constitucional" del Gobierno; b) Que en la Carta del 86 se ignoró la "intervención del Estado", y c) Que en la codificación constitucional de 1936 se niega al Gobierno como función comprendida dentro de la órbita constitucional de sus poderes, la facultad de intervención, la que se reserva al Congreso como función privativa de éste (artículo 28, codificación constitucional de 1936).

Sobre esto, se remite la Sala a la doctrina sentada por la Corte en su fallo de 4 de septiembre de 1939 (G. J., t. XLVIII, ps. 610 y ss.), el que influyó decisivamente en la reforma de 1945.

El señor J. M. Samper en su "Derecho Público Interno" (pgs. 155 y 156), dice:

"I. De dos maneras puede ejercer sus funciones el Gobierno: o por derecho propio, o por autorización legal. Procede por derecho propio, cuando ejerce las atribuciones que expresa y especialmente le confiere la Constitución; y procede por autorización legal, cuando el legislador le autoriza, por modo particular, para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales o ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional, esto es, procediendo conforme a la autoridad y medios que la Constitución señala al Poder Ejecutivo.

"La diferencia que hay entre los dos procedimientos consiste en esto:

"Cuando el Gobierno procede con facultad constitucional y por derecho propio, está obligado a someter a la aprobación del Congreso los tratados que celebra, por necesidad administrativa, y lo demás que hace en ejercicio de sus funciones, si la Constitución no lo autoriza para obrar libremente (artículo 120, atribución 10).

"Cuando el Gobierno procede a virtud de autorización que le da la ley, ya sea ésta general o particular, está obligado (artículo 120, atribución 16), a dar cuenta al Congreso, en sus sesiones ordinarias, del modo con que haya obrado, con arreglo a las leyes fiscales.

"Se comprende que esta obligación de dar cuenta al Congreso tiene por objeto dejar a éste la facultad de aprobar o desaprobar los contratos celebrados empréstitos negociados o enajenaciones de bienes autorizados, según que estos actos se hayan ajustado o no a las autorizaciones.

"Colígese, además, del inciso que analizamos, que sin leyes de autorización previa no es lícito al Gobierno celebrar contratos, negociar empréstitos, ni decretar la enajenación de bienes nacionales, aun cuando estos actos sean sometidos a la aprobación del Congreso, a menos que expresamente lo autorice para tales medidas alguna disposición constitucional".

A su vez, esta corporación, en sentencia de 16 de agosto de 1941 *(Anales*, tomo LVIII, números 367-371, página 362), expresó: "Ha querido el constituyente que sea el legislador quien determine la posibilidad de intervención del Estado en las industrias, preceptuando que fuese el Congreso el que adoptase las medidas tocantes con la intervención, que ésta no se hiciese sino previo mandato legal, seguramente porque no creyó conveniente dejar en el Ejecutivo la determinación de tan grave medida. Y si tal ordenamiento resulta del estatuto, es porque quien lo expidió pensó, sin duda, que por disposiciones trascendentales como son las que afectan o pueden afectar la estructura económica de la Nación, a través de la amplitud o de las restricciones a la libertad de industria, debían discutirse y aprobarse por los representantes del pueblo en las Cámaras Legislativas".

Por tanto, no era dable pensar, ni en 1886 ni en 1936, en la posibilidad de que el Gobierno ejerciera dicha intervención en uso de autorizaciones del Congreso, que le permitieran "ampliar" sus naturales "funciones dentro de la órbita constitucional".

Siendo la Ley 7ª de 1943 expedida bajo el régimen constitucional de 1936, ningún fundamento jurídico tiene la tesis de que los decretos que dicte el Gobierno en acatamiento a la intervención en ella consagrada, sean de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 76. C. N.

Cabe preguntarse si ¿ese estado de cosas ha variado hoy?

En absoluto:

El Acto legislativo número 1º de 1945, en su artículo 4º, modificó el artículo 28 de la codificación constitucional de 1936, en los siguientes términos: "Artículo 32. El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa proteción a que tiene derecho.

"Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 78, ordinal 12 de la Constitución".

La razón de ser de la modificación es clara: la intervención del Estado puede ser ordenada por el legislador, pero difícilmente ejecutada por éste.

De allí que tal intervención, a partir de 1945, se hiciera no ya por medio de leyes, sino "por mandato de la ley", expresión que se conservó en la Reforma Constitucional de 1968.

Esto significa que la orden de intervención sigue siendo atribución exclusiva del Congreso y jamás ha pertenecido a la esfera de las atribuciones del Gobierno. Por tanto, no está comprendida dentro de "su órbita constitucional", puesto que pertenece a la órbita constitucional del Congreso. Mal pueden, entonces, asimilarse los decretos que dicte el Gobierno para cumplir el mandato del Congreso, sobre intervención del Estado, a los del numeral 11 del artículo 76 de la Carta.

Tampoco pueden confundirse los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención con los del numeral 12 del artículo 76 de la Carta, expresamente descartados por el artículo 32, como fundamento de la intervención.

El doctor Jaime Vidal Perdomo, en su "Derecho Administrativo", Temis, 1972, páginas 274 a 276, dice: "...b) Ampliación de la potestad reglamentaria en razón de la extensión de la ley o de las limitaciones impuestas por la Constitución al Congreso. La doctrina que contiene este planteamiento, fue expuesta bri-

llantemente en sentencia del 10 de octubre de 1962, de la cual fue ponene el Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta. La demanda versaba sobre los decretos 3165 de 1959 y 1232 de 1961, dictados en desarrollo de la Ley 1ª de 1959. La tesis del actor era la de que las autorizaciones concedidas por la ley al Gobierno se habían ejercido por un decreto de 1959 y que por tener éste el carácter de legislativo, como era uno de aquellos contemplados en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, no podía ser modificado por decretos reglamentarios.

"La Ley 1ª de 1959 fue el estatuto de los cambios internacionales, comercio exterior, importaciones y exportaciones, intercambio de productos y, en general, otras actividades importantes para la vida económica nacional.

"En cuanto al primer aspecto de la extensión de la potestad reglamentaria, él puede expresarse en una fórmula matemática: es inversamente proporcional a la extensión de la ley. Este principio, de que a mayor cantidad de densidad legislativa hay menor posibilidad de potestad reglamentaria, es el resultado de la existencia o inexistencia de ese elemento de 'necesidad' que el Consejo de Estado ha venido mostrando como requisito para el ejercicio de la facultad del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución: 'Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles'. Es esta la interpretación del artículo 120, numeral 3º, de la Constitución que dice: '...ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes'.

"La necesidad del decreto reglamentario dependerá de la cantidad de materia que contenga la ley, y está a juicio del Congreso, en la mayor parte de los casos, ejercer su función legislativa a plenitud o autolimitarse para dar mayor campo de acción a la tarea del Ejecutivo, que arranca con la reglamentación legal: 'Si se estudian detenidamente los ordenamientos constitucionales que señalan las atribuciones del Congreso, se observará que todas las materias asignadas a su competencia no son susceptibles de igual grado de desarrollo legislativo'. Algunas hay —la mayor parte, por cierto— sobre las cuales las facultades de las cámaras se ejercitan y deben ejercitarse en su plenitud, sin limitación distinta que la propia voluntad de las dos corporaciones o la establecida en los mandatos constitucionales. Cuando el Congreso utiliza esa clase de atribuciones, en la correspondiente ley debe regular íntegramente la materia, con todos los detalles y pormenores que juzgue convenientes, y sin dejar margen alguna a la reglamentación.

"El estatuto expedido con esas condiciones será ejecutable en su totalidad, y de consiguiente, la necesidad de su ulterior desarrollo desaparece. Pero el cuerpo legislativo puede, al ejercer ese mismo tipo de facultades, abstenerse de regular explícitamente, en mayor o menor grado, ciertos aspectos que a pesar de quedar explícitos en la ley, requieren desenvolvimientos posteriores para efectos de su correcta aplicación. Aparece inmediatamente la necesidad de la reglamentación administrativa. De esta manera, el ejercicio de esa potestad por el Gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanta determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las Cámaras.

"No obstante esta capacidad de autolimitación, hay casos en que no depende de la cantidad de materia reglada de la voluntad legislativa, sino que, dada la índole del tema abordado por la ley, la movilidad que él ofrece, el constituyente

ha querido detener en cierto punto la competencia normativa del Congreso para que, atendiendo a la variabilidad de los fenómenos económicos, sea el Organo Ejecutivo el que tenga el poder regulador de los mismos".

El fallo al que se refiere el nombrado tratadista, expresa: "Asevera el demandante que el Organo Ejecutivo no tiene facultades para reglamentar los códigos, entre los cuales se encuentra el Estatuto Sustantivo del Trabajo, como se desprende de la conocida jurisprudencia de la Corte que dice: '...conviene afirmar que el Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general'. Se justifican estas excepciones... porque las relaciones jurídicas que origina el Derecho Privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder no pueden ser del resorte del Poder Administrativo sino de competencia privativa de la ley".

"Enunciada sobre esa base y en términos tan absolutos y radicales, la tesis del actor se resiente del vicio de la generalización.

"Ese planteamiento indiscriminado es inadmisible, por las siguientes razones:

"1ª El artículo 120, ordinal 3º, de la Carta, no establece distinciones de naturaleza alguna en relación con los Códigos. De consiguiente, a la jurisprudencia le está vedado hacer clasificaciones y consagrar diferencias que el mandato constitucional repele. La distinción solo se consagra en función de la necesidad de la reglamentación y de la competencia del órgano encargado de hacerla. El enunciado dogmático de que todos los códigos y leyes que los modifican caen fuera de la órbita de la potestad reglamentaria, carece de soporte constitucional si se le plantea de manera absoluta.

"2ª Ciertamente que los códigos y leyes que los reforman quedan sometidos a las exigencias del artículo 80 de la Constitución, pero ello no tiene incidencia alguna sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, en razón de que hay muchas otras leyes sujetas a idénticos requisitos, sin que por ello pierdan su calidad de estatutos reglamentables, tales como los que reforman los Códigos, Fiscal, de Minas, Aduanero, de Petróleos, Electoral, de Régimen Político, etc., lo mismo que las leyes que se expidan para la formación del Presupuesto Nacional, para planear la economía y las obras públicas, para modificar la división territorial y señalar bases a la creación de municipios, y para determinar las contribuciones y organizar el Ministerio Público.

"Para fijar los límites del poder reglamentario es preciso acudir a los propios textos constitucionales. En ellos se establecen dos criterios a seguir: el de la necesidad y el de la competencia.

"a) Necesidad. Así como el legislador solo puede desarrollar los mandatos de la Carta Política que realmente requieran un desenvolvimiento para su adecuada aplicación, pero no aquellos otros que por sí mismos constituyen ordenamientos claros e incondicionados que no necesitan de regulaciones adicionales para su inmediata ejecución, así también el Organo Administrativo únicamente podrá reglamentar los textos legales que exijan desarrollo para su cabal realización como normas de derecho. Si así no fuera, el legislador y el Ejecutivo forzosamente se colocarían en uno de estos dos extremos: o repiten exactamente lo que ya está expresado por el mandato superior, caso en el cual el nuevo precepto sería superfluo; o adicionan o recortan el alcance de la regla constitucional o legal, incurriendo en ostensible violación de las disposiciones superiores de derecho. Estas apreciaciones fluyen espontánea y naturalmente del principio de la jerarquía, de la legalidad que informa todo nuestro sistema constitucional, y par-

ticularmente el artículo 120, numeral 3º, de la Carta, que dice: 'Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes'. Allí se da la medida exacta de los poderes jurídicos de la Administración Pública en estas materias; si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el Gobierno no puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales;

"b) Competencia. La función esencial del Organo Administrativo es la de ejecutar las leyes, e igual cosa podría predicarse del Organo Jurisdiccional. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las funciones parecen confundirse. Pero es evidente que cada una de esas ramas tiene su propio campo de actividad señalado por el derecho, dentro del cual sus poderes jurídicos se manifiestan de manera diferente. Hay leyes cuya ejecución cae dentro de la esfera de competencia de la administración y, de consiguiente, ellas deben aplicarse directa y preferentemente por ésta. Esos ordenamientos pueden y deben reglamentarse, cuando ello sea necesario, a pesar de que estén incorporados en cualquier clase de códigos y aunque las decisiones concretas que se adopten con base en tales estatutos, estén sometidas a la revisión eventual de los jueces. Pero hay otras leyes, como las civiles, comerciales, penales y procesales propiamente dichas, cuya aplicación directa corresponde preferentemente al Organo Jurisdiccional. Son éstas las que algunos doctrinantes denominan leyes judiciales, destinadas a la aplicación de los tribunales. Tales ordenamientos no dan lugar a la reglamentación, sino a la interpretación por vía jurisprudencial.

"Dentro de esta tesis, el concepto de código pasa a una posición secundaria. Ciertamente que hay algunos, como el Civil, el Penal y los Procesales, que son el producto de una lenta elaboración en la cual se han estudiado y resuelto casi la totalidad de las hipótesis reglamentables. Esa experiencia acumulada en tanto tiempo quedó plasmada en fórmulas jurídicas que, por haber sido aplicadas, ejecutadas y realizadas en todos sus detalles, excluyen la posibilidad de reglamentación. En ellos, casi todo está previsto y reglado, y aquello que no lo esté, debe llenarlo la jurisprudencia. Pero estas razones no pueden predicarse del Código Sustantivo del Trabajo, especialmente de la parte que regula el Derecho Colectivo Laboral, porque éste es un estatuto en proceso de formación y, principalmente, porque su aplicación, en todo lo relacionado con la organización sindical, que es la materia controvertida, cae dentro de la esfera de competencia de la Administración Pública (artículos 12 y 353), aunque eventualmente, las decisiones que ésta adopte puedan ir al conocimiento de los jueces. Así, pues, por razones de necesidad y de competencia, ese Código no está sustraído al poder reglamentario del Gobierno".

Las sentencias del Consejo, del 28 de junio de 1963 y del 28 de septiembre del mismo año, acogieron la anterior jurisprudencia, lo que debe tenerse en cuenta, pues su variación solo podría hacerse por la Sala Plena, al tenor del artículo 24 del Decreto 528 de 1964.

Comentando los fallos en referencia, expresa el doctor Perdomo: "Las leyes de materias económicas, aquellas que conforme a la jurisprudencia anterior implican una inhibición parcial de la función legislativa por voluntad expresa del constituyente, han comenzado a llamarse en nuestro ambiente: 'leyes-cuadros', apelando a una nomenclatura del derecho francés que ha designado con ese nombre las leyes en que el Parlamento se limita a fijar los principios generales de una temática, para dejar al Gobierno operar con reglamentación dentro de ese marco.

Naturalmente, en nuestro derecho, los decretos dictados para la 'cumplida ejecución' de esas leyes, son los que alcanzan mayor extensión jurídica.

"Concluyendo el examen de los decretos reglamentarios, consignamos las siguientes observaciones generales:

"1ª Su dimensión jurídica dependerá de la cantidad de materia regulada por la ley, pues conforme a la Constitución, ellos se expiden para lograr la cumplida ejecución de las leyes.

"2ª En cuestiones económicas, la densidad jurídica de los decretos reglamentarios, en principio es mayor, pues es el mismo constituyente el que quiere limitar la capacidad de regulación de la ley: estos son los 'reglamentos legales especiales'.

"3ª La teoría de la potestad reglamentaria, según las nuevas pautas del Consejo de Estado, se ha hecho extrayéndola de la índole del Derecho Constitucional colombiano, no a la luz de doctrina o jurisprudencia extranjeras, y en alguna de las sentencias, el Consejo de Estado hace interesantes planteamientos sobre el particular.

"Agregamos que resulta curioso anotar que la Constitución presidencialista colombiana ha venido siendo interpretada, en materia de potestad reglamentaria, con criterio de autores franceses (Duguit, Hauriou, Bonnard, etc.), que comentaban una constitución de régimen parlamentario y la Constitución de la Tercera República Francesa.

"4ª Al analizar en términos institucionales colombianos el poder reglamentario, se ha aumentado su alcance y reforzado, por contera, la autoridad jurídica del Presidente de la República, como es propio de los regímenes presidenciales.

"La tendencia de reforzamiento de la potestad reglamentaria que surge de los comentarios anteriores se vio confirmada en la enmienda constitucional de 1968. En efecto, la reforma consagró la teoría de las leyes-cuadros para asuntos económicos y administrativos (artículo 76, ordinales 9º y 22; artículo 120, ordinanales 21 y 22), pues expresamente quiere que en esa materia la ley se reduzca a 'dictar las normas generales' y el Ejecutivo expida las disposiciones de complemento que permitan el cumplimiento de la función. Esto da lugar al ejercicio de competencias por el legislador y el Gobierno en círculos concéntricos que hemos explicado en nuestra obra sobre la reforma constitucional, a la cual nos remitimos nuevamente (páginas 212 y 215)".

Aparece de lo dicho hasta aquí, que el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, contempla la posibilidad de que el Congreso amplíe las facultades o atribuciones constitucionales del Gobierno, para celebrar ciertos actos jurídicos; y aunque se lleve la interpretación del precepto en estudio hasta sostener que las autorizaciones que por tal virtud puede conceder el Congreso al Gobierno no están limitadas al terreno de los negocios jurídicos allí mencionados, sino que puede extenderse a otras materias, es lo cierto que éstas han de ser, por expresa voluntad del constituyente, de las que la Carta encomienda al Gobierno como "función constitucional propia".

De lo cual surje que, como lo dice el señor Samper, el Gobierno goza de dos clases de facultades constitucionales: una, integrada por aquellas que puede ejercer por derecho propio, sin necesidad de la autorización del Congreso, y otra, compuesta por las facultades que, aunque comprendidas dentro de la órbita constitucional del Gobierno, no puede éste ejercer sin previa autorización del Congreso.

Mas debe observarse que hoy, la segunda clase de facultades no se limita a las del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, pues otros preceptos de ésta contemplan atribuciones que solo puede ejercer el Presidente con autorización del Congreso o dentro de los marcos legales, esto es, conforme a lo que se ha dado en llamar "leyes-cuadros"; tales, los casos contemplados por el artículo 120, en sus numerales 14, 17 y 21.

Otras veces, el ejercicio de las facultades constitucionales del Gobierno está sujeto al previo concepto del Consejo de Estado, v. gr., en el caso del artículo 120, numeral 10, y de los artículos 28, 121, 122 y 212 de la Carta (artículo 141, numeral 1º, inciso 2º, Constitución Nacional).

¿Cuál es, entonces, la naturaleza de los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención que le imparta el Congreso, conforme al artículo 32 de la Constitución?

Si los decretos del numeral 11, artículo 76 contienen simples medidas administrativas, pues se trata de ampliar la órbita constitucional del Gobierno, que no es de naturaleza legislativa sino administrativa, ¿tendrán igual categoría los decretos de intervención?

No lo cree la Sala, aunque la intervención deba conformarse a la ley cuadro que la ordenó, en cuanto no haya sido modificada o derogada por otra posterior.

En efecto, varias razones apoyan esa conclusión:

La orden de intervención emanada del legislador, requiere para su ejecución de facultades especiales al Gobierno, no extraordinarias, ni tampoco comprendidas en las ordinarias de éste, pero adecuadas a las tareas que se le imponen por el Congreso. Y ni las facultades del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ni las del numeral 11 del artículo 76, misma obra, de naturaleza administrativa, pueden llevar a conferir al Gobierno facultades legislativas.

No ocurre lo mismo con la orden de intervención que dicte el Congreso, pues dentro de los marcos de la ley que la ordene, en cuanto, repite la Sala, ella esté vigente o no haya sido modificada por ley posterior, tiene el Gobierno facultades de naturaleza legislativa. Lo que, reitera la Sala, no tienen los decretos dictados por el Gobierno en virtud de lo prevenido por el numeral 11 del artículo 76, tantas veces citado.

Sobre este punto acoge la Sala lo dicho por esta corporación en el fallo de mayo 6 de 1974 (expediente número 1836, Francisco Eladio Gómez Mejía, nulidad del Decreto 687 de 1972), a saber:

"Por consiguiente, dentro de la normatividad que señala el artículo 32 el Gobierno como ejecutor del mandato de intervención y dentro de la órbita que en él se le señale, puede (el Gobierno), dictar decretos con fuerza de ley para determinar los medios de intervención y para lograr las finalidades generales que consagra el artículo en cuestión y los fines inmediatos que persiga el mandato del Congreso, con las salvedades antes apuntadas, y las que nacen de las competencias constitucionales exclusivas del Congreso".

Si en ninguna parte de la Carta se atribuye al Gobierno, como función constitucional propia, la intervención de que trata el artículo 32 de la Constitución, y ni siquiera en éste se habla del Gobierno sino del *Estado*, preciso es admitir que se requiere que el legislador exprese cuál de los Organos del Estado cumplirá la orden de intervención y cómo. Siendo lo lógico que la encomiende al Gobierno.

Así lo hace la Ley 7ª de 1943, cuando luego de disponer en su artículo 1º que "no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo...", ordena a una de las ramas integrantes del Poder Público y por ende a un organismo del Estado, o sea al Gobierno, dictar las medidas adecuadas para los fines previstos en la citada ley (artículos 2º, 3º, 4º, 6º). En tanto que otras veces permite al Gobierno disponer que dependencias suyas (como la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones), exija a los importadores "compromisos especiales sobre precios máximos de venta de los artículos que se importen" al amparo de las licencias que dicho organismo conceda. Nada de lo cual está comprendido dentro de la "órbita constitucional" del Gobierno, de que trata el numeral 11 del artículo 76, C. N.

Además, como ya se dijo, una cosa es la intervención en estudio y otra la aptitud que tiene el Congreso para otorgar *facultades extraordinarias* al PRESIDENTE, en virtud del numeral 12 del citado artículo 76 de la Carta.

Cuando ya no se trata simplemente de "ejecutar" la orden de intervención dada por el Legislativo, sino de tomar otras medidas, se requieren "facultades extraoridnarias", sin que sean suficientes las meras autorizaciones previstas en el numeral 11 del mismo artículo, ni la orden legislativa de intervención. Así ocurrió con la Ley 7ª de 1943, cuyos artículos 6º, 12, 13 y 19, otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno, no obstante que el artículo 6º de la mencionada ley, tiene clara conexidad con el objetivo previsto en el artículo 1º de la misma.

Para verlo mejor, he aquí ambos textos:

"Artículo 1º 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".

"Artículo 6º Para evitar que la constante acumulación de divisas continúe influyendo en el alza del costo de la vida, el Gobierno podrá suspender o modificar, y mientras subsistan las condiciones económicas anormales que el conflicto mundial ha ocasionado, las disposiciones vigentes sobre control de cambios. Es entendido que las medidas que se dicten en esta materia deben facilitar el sostenimiento de un tipo de cambio que garantice los intereses legítimos de los gremios productores de riqueza exportable. Queda así mismo facultado el Gobierno para incorporar la Superintendencia de Importaciones en la Oficina de Control de Cambios. El Gobierno dictará las reglamentaciones que se hagan necesarias al decretarse las suspensiones, modificaciones e incorporaciones de que se trata.

"Parágrafo. Para el desarrollo de lo prescrito en este artículo revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943".

Pudiera pensarse que al cumplir el Ejecutivo la orden o mandato de intervención dado por el Congreso, ejerce las facultades de que trata el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, o sea, la postestad reglamentaria.

Mas esto no es así: esa norma dispone: "Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: ...3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Como se ha dicho, esta facultad es administrativa; no legislativa.

Pero la intervención del Estado, a cargo del Gobierno por mandato de la Rama Legislativa del Poder Público, es algo más que la reglamentación de la ley,

prevista en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ya que los decretos que por virtud de esa potestad reglamentaria expida el Gobierno carecen de fuerza legislativa y deben limitarse a tomar las medidas encaminadas a la cumplida ejecución de la ley, en tanto que tienen fuerza legislativa los decretos de intervención económica, siempre, se repite, que se hallen dentro de los marcos de la ley que ordenó tal intervención, en tanto que no haya sido derogada o modificada por ley posterior.

Refiriéndose al artículo 11 del Acto legislativo 1 de 1936 (32, N. C., 1936), dijo el doctor Gabriel Melo Guevara:

"En el texto es evidente la preocupación por dejar la facultad en manos del Congreso, con el resultado de que cada intervención requería su propia ley. El mismo celo fue ratificado en el parágrafo del mismo artículo, según el cual esta clase de leyes 'requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara'.

"Las dificultades de legislar prácticamente con nombre propio desaparecieron en la Reforma Constitucional de 1945, cuyo artículo 4º modificó el texto, dejándolo así: 'El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho'. Desapareció la exigencia de una mayoría calificada para la aprobación de las leyes y solo éstas debían ordenar la intervención para que el Ejecutivo procediera en consecuencia. El sistema quedó agilizado, dejando al Congreso la determinación general y al Ejecutivo la decisiones sobre la forma y oportunidad de llevar adelante los actos intervencionistas.

"De todas maneras se incluyó una restricción, para evitar que el Presidente pudiera reemplazar las leyes por decretos-leyes dictados cuando se halla investido de facultades extraordinarias". (Foro Colombiano número 31, página 11); y así lo entiende el doctor Vidal Perdomo, como se ha visto anteriormente.

El fallo del Consejo, de fecha mayo 6 de 1974, es de igual parecer: "En otros términos, que los decretos por medio de los cuales el Gobierno determina los medios para realizar la intervención tienen fuerza de ley y, por lo mismo, son instrumentos jurídicos idóneos para derogar disposiciones legales, siempre y cuando no rebasen el ámbito material de la intervención señalado en el mandato conferido por el Congreso. Sin embargo, después de la Reforma Constitucional de 1968, tal virtualidad y jerarquía jurídicas aparecen modificadas en un doble sentido. De una parte por la consagración de una categoría superior de leyes, que se sitúan en un puesto intermedio entre la Constitución y la legislación corrientes, a saber: Las normas orgánicas del Presupuesto Nacional, las que determinan la estructura general de la Administración, los estatutos básicos de los entes paraestatales, los que contienen las normas generales sobre organización del crédito público, sobre cambio internacional y comercio exterior, sobre modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. A éstas es preciso agregar las disposiciones que fijan los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional y los de obras públicas; pues se trata en estos casos de una normatividad fundamental que implica unas decisiones básicas para la organización y orientación del Estado, es decir los pilares de una política general cuyo señalamiento, en principio, debe corresponder en una democracia como la nuestra, a los órganos de la representación nacional, a menos que ésta, por un acto político suyo, habilite al Gobierno para dictar esa normatividad, por medio de una ley que revista, 'pro témpore', al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, o de que ocurra la hipótesis prevista en el penúltimo inciso del artículo 80 de la Carta, o, en fin, que sobrevenga la situación contemplada en el artículo 122 y se declare

el estado de emergencia. El Gobierno no podría, en uso de las facultades de intervención, modificar las normas legales de que se ha hecho mérito, o sustituir al legislador ordinario en caso de que éste no las haya expedido, salvo que lo haga a través del mecanismo de las facultades extraordinarias, como quedó apuntado". (Expediente número 1836, Francisco Eladio Gómez Mejía).

De lo dicho fluye otro interrogante: puesto que los decretos de intervención que dicte el Gobierno tienen fuerza de ley, ¿no estará adscrita la competencia para conocer de las demandas que contra ellos se formulen a la Corte Suprema de Justicia?

Aunque se cita como antecedente jurisprudencial en apoyo de una respuesta afirmativa, la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha enero 20 de 1972, al declarar la inexequibilidad del Decreto 1299 de 1971, es lo cierto que ese fallo no incide en el presente caso.

Y no incide, porque en el caso fallado el 20 de enero de 1972, se está en presencia, aquí sí, de uno de los eventos de aplicación del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución.

Para convencernos, veamos parte del citado fallo:

"Invocar simultáneamente facultades constitucionales del Presidente en relación con una especial conferida, sin sujeción a término, en la Ley 88 del 61, es señalar, como fuente del decreto acusado, las autorizaciones de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, a cuyo tenor, cuando se usan rectamente, el Ejecutivo está capacitado para ejercer algunas 'funciones dentro de la órbita constitucional'. En efecto, si se tiene en cuenta que los tratados públicos requieren a menudo que los Estados, por el hecho de celebrarlos, adopten actos posteriores (del Gobierno o del Congreso), que les den eficacia, resulta evidente que el texto legal ya mencionado concedió al Ejecutivo una autorización para proceder dentro de la esfera de su competencia constitucional, en cuanto el tratado de libre comercio pactado en Montevideo requiere de actuaciones gubernamentales a los fines de su desarrollo.

"Esta suerte de facultades se halla prevista en el numeral 11 del precepto 76 de la Constitución, y de acuerdo con el artículo 214 de la misma, la Corte tiene competencia para conocer de las acusaciones contra los decretos que las ejerzan. (V. sentencia del 26 de julio de 1971, sobre el 'Acuerdo de Cartagena'). Despejado este punto preliminar, debe resolverse si la parte dispositiva del Decreto 1299 se acomoda o no a las atribuciones que se hicieron valer o, en subsidio, a las normas constitucionales pertinentes (V. sentencia de 12 de junio de 1969)".

La materia de que tratan la Ley 88 de 1961 y el Decreto 1299 de 1971, está comprendida dentro de la "órbita constitucional" del Gobierno. Léase, si no, el numeral 20 del artículo 120 de la Carta: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:... 20). Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional; nombrar los agentes diplomáticos; recibir los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso".

El Decreto 1299 invocó las facultades constitucionales del Presidente en relación con la Ley 88 en mención y legisló sobre:

Régimen de las sociedades y demás personas jurídicas:

Se distinguen los artículos 28, 30, 31, 36, 37, 40, 41, 42, 43 y 46.

Intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes: artículos 42, 43.

Y en los servicios públicas y privados: Artículo 41, verbigracia.

Reglas sobre, marcas, patentes, etc. Deben señalarse en esta agrupación, entre otros, los artículos 20, 21, 25, 26 (este último en cuanto señala como obligatorias futuras condiciones que sobre estas materias señale la Comisión del Pacto Andino).

Reglamentación que concierne a la importación, exportación, etc., de divisas extranjeras: Artículos 37 y 46.

Régimen bancario nacional y funcionamiento de bancos extranjeros: artículos 42, 43.

Código de Comercio y disposiciones complementarias sobre las sociedades mercantiles: artículo 45, entre varios otros.

Por ello dijo la Corte en su glosado fallo:

"El Decreto acusado, la Ley 88 y el Tratado de Montevideo.

"El artículo 2º de la Ley 88 del 61 faculta al Gobierno para tomar medidas conducentes al desarrollo del Tratado de Montevideo, cuya aprobación se imparte por el mismo instrumento.

"Por medidas de desarrollo han de entenderse aquellas que hagan efectivas las estipulaciones contenidas concretamente en el tratado, y en ningún caso extrañas o independientes de él. De ahí que sea preciso establecer si el conjunto de normas que consagra el Decreto 1299 derivan del Tratado de Montevideo, o de manera más señalada, de su artículo 15, que el Gobierno invoca como fundamento de las mismas, artículo que dice así:

" 'Para asegurar condiciones equitativas de competencia entre las Partes Contratantes y facilitar la creciente integración y complementación de sus economías, especialmente en el campo de la producción industrial, las Partes Contratantes procurarán, en la medida de lo posible, armonizar —en el sentido de los objetivos de liberación del presente Tratado— sus regímenes de importación y exportación, así como los tratamientos aplicables a los capitales, bienes y servicios procedentes de fuera de la Zona'.

"La cláusula transcrita solamente obliga a los Estados signatarios a esforzarse, en la medida de lo posible, para armonizar, entre otros regímenes jurídicos, los tratamientos relativos a 'capitales, bienes y servicios procedentes de fuera de la Zona'.

"Pero esa armonización de regímenes jurídicos no es factible sino por medios capaces de darle vigor, esto es, al través de negociaciones preliminares, o cabe en lo hacedero, de leyes. En el primer caso, los resultados de las negociaciones de que habla el artículo 15 deben formalizarse por medio de acuerdos, los cuales reciben el nombre de 'protocolos' (artículo 17 del mismo Tratado), convenios que en el caso que se estudia no se han concluido. En la segunda hipótesis, se requiere la expedición de una ley —todavía sin expedir— que infunda eficacia a las regulaciones de que se trata. La cita del artículo 15 carece, pues, de pertinencia; y por ello, deja fuera de la Ley 88 al Decreto 1299, ya que éste pretende ser desarrollo de un convenio internacional a cuyas estipulaciones no se pliega".

Y agregó: "Demostrado que el Decreto 1299 es extraño al pacto de Montevideo y que ni siquiera se ajusta al artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, no cabe duda que dicho acto tampoco guarda relación con la facultad a que se refiere el artículo 2º de la Ley 88 de 1961 (desarrollo de dicho Tratado) y que, por tanto, excede tal autorización y viola con ello el numeral 11 del artículo 76 de la Carta. Infracción que aparece patente así mismo si se repara en otras modalidades del

negocio en examen, de las cuales basta examinar, a mayor abundamiento, una más, concerniente a la índole de las autorizaciones contempladas en el memorando numeral 11, y que se pasa a indicar.

"*Otra violación del numeral 11*.

"Este precepto se refiere a precisas facultades especiales que pueden otorgarse por el Congreso al Gobierno 'para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional' del Ejecutivo, cometidos que excluyen por definición el ejercicio de atribuciones propias del legislador. Comprobar que so pretexto de las facultades administrativas de que trata el numeral 11 citado, se han dictado mandatos de índole legislativa, equivale a decir que la Constitución ha sido infringida, por uso excesivo de unas facultades fuera de la órbita descrita en la Carta.

"Esta comprobación trae la consecuencia de que el Decreto 1299, por quebrantar el numeral 11 del artículo 76 del estatuto constitucional, es por entero inexequible".

Claramente se ve que la sentencia del 20 de enero de 1972, de la Corte Suprema de Justicia, lejos de ser opuesta a la tesis que acoje la Sala, le da nuevo y más fuerte sustento.

El otro fallo que se cita en apoyo de la tesis según la cual los decretos del Gobierno, dictados en desarrollo de un mandato legal de intervención, son de los contemplados por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, es el de fecha marzo 3 de 1971, en el cual se lee:

"10. Aparece de resalto que los asuntos así regulados versan únicamente sobre la aplicación y desarrollo de las medidas de intervención que al Gobierno mandaron tomar las Leyes 7ª de 1943 y 155 de 1959 en relación con la especulación indebida y el acaparamiento de cosas para el consumo del pueblo y la fijación de los precios respectivos.

"Dicho de otro modo: Los decretos cuyo contenido se ha visto no invalidan las autorizaciones y lineamientos generales sobre intervención económica en punto a especulación, acaparamiento y, sobre todo, señalamiento de precios, que trazan las Leyes-cuadros 7ª de 1943 y 155 de 1959, y antes constituyen aplicación de las directrices así formuladas. Aquellos decretos, evidentemente, conciernen a cuestiones de que también se ocupa el Decreto 46 de 1965, pero sin contrariar los mandatos fundamentales de las Leyes 7ª y 155 tantas veces citadas. Por consiguiente, y mientras conserven vigor, el Gobierno puede modificar o sustituir las normas expedidas por medio del Decreto 46, de acuerdo con el sistema de regulación instaurado por el artículo 32 de la Carta: necesidad de una ley-cuadro sobre orientaciones relativas a la intervención que deba cumplirse, y decreto ulterior del Gobierno dando cuerpo real a las pautas generales del legislador.

De esta manera las medidas concretas de intervención que toma el Ejecutivo forman, dentro de su órbita constitucional. Y a falta de plazo especial para ejercerlas, ellas son modificables y sustituibles por la propia administración las que dicte, mientras subsista jurídicamente el troquel de la ley-cuadro que las modele".

Y agrega: "14. Anota la Corte, y así lo sostiene la vista fiscal, que no solo por leyes formales sino también a virtud de decretos con fuerza legislativa, que son leyes materiales, es dable cumplir la función del Estado a que se alude en esta parte de la demanda, siempre que el acto del Presidente de la República que así provea cumpla los presupuestos exigidos por la Constitución, según la clase de ellos, conceptos éstos que se desprenden de los artículos 76-11 y 118-8º de la Carta".

Aunque este fallo admitió la competencia de la Corte para decidir sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 46 de 1965, con el argumento de que es de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 120 de la Carta, es cierto, igualmente, que no da mayores razones en apoyo de su tesis y, además, es anterior al de fecha enero 20 de 1972, de la misma Corte, que le es contrario, por lo cual, la Sala considera como doctrina actual de tan alta corporación la contenida en la sentencia de enero de 1972 y no la adoptada en 1971.

El Decreto 140 de 1975 no es de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, pues se trata de un decreto reglamentario del D. L. 3092 de 1966. Por tanto, la competencia para conocer de la presente acción radica en el Consejo de Estado, por virtud de lo preceptuado por el artículo 216 de la Carta.

Esta norma da al Consejo una competencia general y privativa para conocer de los procesos de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, salvo los enumerados por el mismo precepto, que adscribe —por excepción— competencia a la Corte en esta materia (número 2º, artículo 214).

Ya el Consejo, en sentencia de fecha julio 21 de 1976 (expediente número 2293, demanda de César Castro Perdomo contra el artículo 8º del Decreto 140 de 1975, cuyo artículo 1º se acusa en este proceso), decidió esta materia en los siguientes términos: "Debe la Sala, en primer término, analizar la competencia del Consejo para conocer de la acción de nulidad intentada por el actor.

"El Decreto 140 de 1975 fue dictado, como se expresa en sus considerandos, por 'el Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales y, en especial, de las que le confieren la Ley 7ª de 1943, el Decreto legislativo 3092 de 1966 (Ley 48 de 1968) y las disposiciones del Estatuto Penal Aduanero'.

"La Ley 7ª de 1943, en su artículo 2º dispuso:

"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 ventas; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios".

"La norma transcrita ordenó al Gobierno (esto es, al Presidente y al Ministro respectivo, según el artículo 57 de la Constitución Nacional), tomar las medidas de control que sean necesarias para evitar indebidas especulaciones con artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo (artículo 1º de la Ley 7ª de 1943), fijando, entre otras cosas, las condiciones para otorgar licencias de exportación de tales artículos, entre los cuales, obviamente, está el azúcar.

"No se trata de facultades extraordinarias, pues la misma ley solo para los efectos de que tratan los artículos 6º, 12, 13, 18 y 19, concedió al Presidente facultades extraordinarias, lo que no hizo en relación con los artículos 1º y 2º de la misma Ley. Por ello se han calificado los decretos dictados por el Gobierno en desarrollo de estas normas de 'especiales', pues no se les considera propiamente reglamentarios, como serían los dictados con base en el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, pero tampoco de los comprendidos en los ordinales 11 y 12 del artículo 76, ni en los artículos 80, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

"Así las cosas, es claro que el Decreto 140 de 1975 no es de los que el artículo 216 de la Constitución excluye de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"En efecto, dispone dicho precepto: 'Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución. (Artículo 72 del Acto legislativo número 1 de 1968)'.

"Por tanto, la competencia del Consejo para conocer de esta demanda es innegable".

Finalmente, insiste la Sala en que el Decreto 140 de 1975, es —como puede verse de su preámbulo y de su contenido— meramente reglamentario del Decreto 3092 de 1966, dictado éste en virtud de la orden de intervención contenida en la Ley 7ª de 1943. Además, el Decreto 140 fue expedido con invocación del Estatuto Penal Aduanero. Existe aquí otra diferencia con el caso fallado por la Corte en 1971, en el que la acusación se formuló únicamente por violación de la Ley 7ª de 1943, pues la invocación que de esta ley hace el Decreto 140, no varía su naturaleza de acto reglamentario.

En efecto: Nadie osará decir que el Estatuto Penal Aduanero sea de las leyes comprendidas por el artículo 32 de la Carta, y que los decretos reglamentarios del mismo sean de los regulados por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta.

Puesto en claro lo relativo a la competencia del Consejo en el caso de autos, ninguna duda queda sobre el hecho de que el acto acusado, en cuanto incluye a las "cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima", excede la norma que reglamenta.

En efecto, el Decreto 3092 de 1966, en su artículo 1º, preceptúa, en lo pertinente:

"Artículo 1º El Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica señalará por medio de resoluciones y tomando en cuenta las variaciones que se observen en los precios lo mismo que en las existencias ofrecidas libremente al público, el precio al cual, cada uno de los productos que considere indispensable controlar, deberá venderse en las principales plazas del país.

"A fin de dar efectos positivos a lo dispuesto en el inciso anterior, la Superintendencia queda facultada para:...

"h) Disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos o de precio controlado, al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine, con el mismo objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores".

Y el acto acusado adicionó la norma que se acaba de transcribir, en la parte subrayada a continuación:

"Artículo primero. El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX), y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, *cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima,* con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores.

"También podrá fijar cuotas de abastecimiento por regiones y, en especial, para la distribución y consumo en aquellas zonas que correspondan a sectores

costaneros y fronterizos, de acuerdo con el número de habitantes, el movimiento comercial tradicional de la ciudad o región y las necesidades de las industrias que requieran de esta materia prima para la elaboración de sus productos".

Si bien *los fondos rotatorios y similares* pueden asimilarse a los *comisariatos* de que habla la norma reglamentada, no ocurre lo mismo con las "cajas de compensación e industrias que utilicen azúcar como materia prima".

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

FALLA:

Es nulo el artículo 1º del Decreto 140 de 1975 en cuando dice: "Cajas de compensación... e industrias que utilicen azúcar como materia prima".

En consecuencia, dicha norma quedará así:

"Artículo primero. El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX), y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores.

"También podrá fijar cuotas de abastecimiento por regiones y, en especial, para la distribución y consumo en aquellas zonas que correspondan a sectores costaneros y fronterizos, de acuerdo con el número de habitantes, el movimiento comercial tradicional de la ciudad o región y las necesidades de las industrias que requieran de esta materia prima para la elaboración de sus productos".

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que el anterior fallo fue discutido y aprobado en su sesión de fecha veintidós de marzo de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

Salvamento de voto.

Expediente número 2314. Actor: Fernando Londoño Hoyos.

No comparto la decisión adoptada por la mayoría porque considero, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, que esta corporación no es competente para conocer de la acción de nulidad promovida contra el artículo 1º del Decreto número 140 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, sino la Corte Suprema de Justicia, a causa de que es un decreto especial, dictado con base en la Ley 7ª de 1943 y, en consecuencia, que debió declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de mérito, por los siguientes motivos:

1º El Consejo de Estado, por auto del 2 de marzo de 1971, que fue cofirmado por el proferido el 5 de junio siguiente, consagró la doctrina según la cual el Decreto número 1246 de 1969, por el cual el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo Subregional Andino, expedido con base en las *facultades ordinarias* que le otorgara 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 convenientes para el desarrollo" del Tratado de Montevideo, tiene por fundamento el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución, conforme al cual el Congreso puede autorizar al Presidente, mediante ley, para ejercer, fuera de las atribuciones que el precepto menciona, por vía de ejemplo, otras dentro de su "órbita constitucional" *(Anales,* tomo XXX, páginas 135 a 141, 161 a 166). Este criterio fue reiterado por la Sección Primera, en sentencia de fechas 19 de agosto y 29 de noviembre de 1971, por las cuales, respectivamente, se declaró inhibida para conocer de las acciones de nulidad promovidas contra los Decretos números 46 de 1965 y 1095 de 1975 *(Anales,* tomo XXXI, páginas 92 a 97), porque consideró que fueron expedidos por el Gobierno con base en las *facultades especiales* que le dieron las Leyes 7ª de 1943 y 105 de 1958, hasta el punto de que la Corte los declaró exequibles, respectivamente, por sentencias proferidas el 3 de marzo de 1971 ("Foro Colombiano" número 22, página 372) y el 23 de enero de 1974 ("Foro Colombiano", número 55, páginas 48 a 51). De manera que es jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado que estos decretos, *los expedidos por el Gobierno con base en las facultades que dieron la Ley 7ª de 1943,* son especiales, tienen fuerza de ley y están comprendidos en la categoría a que se refiere el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución.

2º La Corte afirma el mismo criterio. Así, por sentencia del 3 de marzo de 1971 *unánimemente* declaró la exequibilidad del Decreto número 46 de 1965, "por el cual se dictan disposiciones especiales sobre control de precios", tras considerar, en cuanto a su competencia, que "el Decreto 46 de 1965 fue dictado por el Presidente de la República 'en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las autorizaciones que le confiere la Ley 7ª de 1943', *autorizaciones estas comprendidas en las que contempla genéricamente el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, cuando versan sobre el ejercicio de 'funciones de la órbita constitucional' por parte del Gobierno, y en virtud de facultades expresamente concedidas por la ley. Por esta razón la Corte es competente para conocer de la presente demanda, a tenor de la atribución segunda del artículo 214 de la Constitución"* ("Foro Colombiano", número 22, página 372). (Subrayo). Nótese que este Decreto, el número 140 de 1975, objeto de la sentencia que no comparto, se dictó con base en la Ley 7ª de 1943, lo que demuestra *que son de idéntica naturaleza jurídica.*

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 26 de julio de 1971 y del 20 de enero de 1972, respectivamente, se abstuvo de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1º y declaró exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto número 1245 de 1971, "por el cual se pone en vigencia el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros", expedidos con base en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución, por lo mismo, de la competencia de la Corte ("Foro Colombiano", número 25, páginas 5 a 22, y número 31, páginas 25 a 34). Estas dos sentencias se profirieron por mayoría, pero las discrepancias se debieron a aspectos de fondo, *no a la competencia de la Corte, sobre la cual, como en la sentencia del 3 de marzo de 1971, antes referida, hubo unanimidad de criterio.*

3º De manera que, según lo expuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado coincidía con la de la Corte Suprema de Justicia, *en cuanto a considerar que los decretos dictados con base en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 7ª de 1943*

son especiales, de los que puede expedir el Gobierno, dentro de su "órbita constitucional", con base en el artículo 76, ordinal 11, de la Carta, porque se fundan en un mandato legal que cumplen, teniendo en cuenta su finalidad, con fuerza de ley y, por lo mismo, son de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, según lo prescrito por el artículo 214 de la Constitución. Pero la sentencia que motiva mi discrepancia contraría la expuesta jurisprudencia de las dos corporaciones, Consejo y Corte, para afirmar que aquél también es competente para conocer de la acción de nulidad promovida contra el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, con la obvia consecuencia consistente en que, como ésta también afirma, y con razón, la suya existía la posibilidad de que el mismo acto se pueda acusar de inconstitucionalidad ante las dos entidades, o ante cualquiera de ellas, pese a que, como la Constitución constituye un todo, una unidad lógico-jurídica, por definición no es posible que coexistan dos idénticas competencias en los dos máximos organismos jurisdiccionales, con todas las consecuencias injurídicas que de ello se derivan y con claro desconocimiento de los artículos 214 y 216 de la Carta que las diferencian e impiden confundirlas. Por el contrario, al instituir el artículo 217 de la Constitución el Tribunal Disciplinario, entre otras finalidades, para "dirimir los casos de compentencias que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa", buscó evitar el conflicto que podría promoverse, a pesar de esos dos muy claros preceptos de la Carta, entre las dos jurisdicciones. De ahí que sorprenda la afirmación del señor Fiscal 1º de la corporación, al conceptuar que el Consejo de Estado es competente de la acción propuesta, en el sentido de que tal aserción tiende a corregir las contradicciones del Consejo de Estado sobre la materia: *la verdad es la contraria: la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia era reiterada, uniforme y armónica con la de la Corte Suprema de Justicia, pero la sentencia de que disiento quebranta esa unidad y crea la posibilidad de conflicto entre los dos máximos organismos jurisdiccionales.*

4º En consecuencia, ante la expuesta jurisprudencia de la Corte la sentencia que motiva mi discrepancia, por este aspecto, debió someter el conflicto de competencias que creaba a la decisión del Tribunal Disciplinario, como prescriben los artículos 217 de la Constitución y 7º, ordinal 3º, de la Ley 20 de 1972. Pero *como no obró así, creó un conflicto latente de competencias entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que ni siquiera trató de resolver, con violación de los mencionados preceptos y de los artículos 214 y 216 de la Carta, éste porque lo aplicó, sin ser del caso, y aquél porque no lo observó, como correspondía.*

5º La sentencia que origina mi disentimiento afirma que las expuestas decisiones de la Corte no son pertinentes al caso porque atañen a la aprobación del Pacto Andino, al estatuto de capitales y a una zona franca, pero como aspectos de fondo, como las materias de que versan, pero *en todos ellos existe, como aspectos comunes, que se expidieron por el Gobierno con base en facultades ordinarias conferidas por la ley y que, por esta causa, la Corte Suprema de Justicia a todos los consideró como especiales, dictados con fundamento en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución.*

6º Es verdad que, antes de que se expidiera el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1945, al cual, con la reforma que le hiciera el artículo 6º del Acto legislativo número 1º de 1968, corresponde al actual artículo 32 de la Constitución, la intervención en la economía solo se podía efectuar por medio de leyes; pero, por una parte, ello no implicaba que el Gobierno no pudiera ejercer las funciones ordinarias que tales leyes le atribuyeran, como las prescritas por los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 7ª de 1943, de conformidad con la atribución constitucional, prescrita por el artículo 120, ordinal 2º de la Carta, de "promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento". Además, expedida la Reforma Constitucional de 1945, ratificada en este aspecto por la de 1968 —en

cuya vigencia se expidió el Decreto 140 de 1975—, el Gobierno debe efectuar la intervención económica que incumba al Estado "por mandato de la ley"; el mandato implica un mandatario, el Gobierno, que lo debe ejecutar. Así lo entendió la Corte al declarar exequible, por sentencia proferida el 30 de noviembre de 1948, el parágrafo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943, mediante el análisis de su contexto en directa y conexa relación con los artículos 1º y 2º ibídem (G. J., tomo LXV, páginas 34 a 43). De este modo, y habida consideración de la unidad lógico-jurídica de la Constitución, el actual artículo 32 de la Carta amplió las atribuciones constitucionales del Gobierno, las cuales, por lo mismo, también por este aspecto, son de su "órbita constitucional".

7º La jurisprudencia y la doctrina, que la sentencia cita, no son pertinentes al caso, que versa sobre la naturaleza jurídica del Decreto 140 de 1975, porque exclusivamente atañen al sentido y al alcance de la potestad reglamentaria, sobre la base de que la materia objeto de la reglamentación está contenida en la ley reglamentada. Pero, en el caso sub júdice, el Decreto 140 de 1975, dictado como reza su enunciado, con base en la Ley 7ª de 1943, no está contenido en ésta, porque su artículo 2º, que es el pertinente al caso, simplemente autoriza al Gobierno para dictar "las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta ley".

8º La sentencia de que discrepo invoca la proferida por la Sala Plena el 21 de julio de 1976, por la cual denegó la petición para que declare la nulidad del artículo 8º del Decreto 140 de 1975. Pero, esta sentencia, no verificó la existencia de la expuesta jurisprudencia de la corporación para decidir, *motivadamente*, si mantenía o cambiaba la jurisprudencia. No lo hizo así, pero afirmó su competencia para conocer de la acción no obstante reconocer que el Decreto 140 de 1975, expedido por el Gobierno con base en la Ley 7ª de 1943, y en el Decreto legislativo número 3092 de 1966, es de los calificados de "especiales" y no de los "propiamente reglamentarios", para concluir, contradictoriamente, que "tampoco es de los comprendidos en los ordinales 11 y 12 del artículo 76, ni en los artículos 80, 121 y 122 de la Constitución: *si, según la sentencia, se trata de un decreto "especial, diferente de los decretos-leyes y de los 'propiamente reglamentarios', expedido por el Gobierno con base en la Ley 7ª de 1943 y en el Decreto legislativo 3092 de 1966, no puede ser sino de los comprendidos por el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución y, por lo mismo, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución, de la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia*".

En conclusión de todo lo expuesto, considero que la Sala debió declararse inhibida para conocer de la acción de nulidad propuesta contra el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, con fundamento en los artículos 32 y 76, ordinal 11, de la Constitución y 2º de la Ley 7ª de 1943, porque su juzgamiento, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución, corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Humberto Mora Osejo.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CONSULTA. — Se decretó la nulidad del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, "por el cual se reglamentan los Decretos-leyes números 528 y 1819 de 1964; 1722 de 1956 y la Ley 167 de 1941", en lo relacionado con la jurisdicción contencioso - administrativa, en su artículo 3º, cuando dice: "El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941 y el 7º del Decreto 1722 de 1956, solo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Alfonso Arango Henao.*

Ref.: expediente 2489.

El doctor Pedro Claver Doria Durango, en ejercicio de la acción pública, demanda de esta corporación la nulidad "de las oraciones integrantes de la norma reglamentaria" que es el artículo 3º del Decreto reglamentario 2061 de 1966, en la parte que dice:

> "Artículo 3º El grado de consulta a que se refiere... (el artículo) 7º del Decreto-ley 1722 de 1966, solo se surtirá cuando se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso".

Los hechos sobre los cuales fundamentó su acción, son, en síntesis, los siguientes:

El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 se dictó en ejercicio del poder del artículo 121 de la Constitución, por lo cual solo rige durante el tiempo de ese estado de sitio, a pesar de que la Ley 2ª de 1958, ese Decreto adquirió la categoria de ley. El acto demandado condicionó el grado de consulta a que se profiera sentencia imponiendo una obligación mayor de dos mil pesos y a que esa obligación estuviera a cargo de una entidad de derecho público. La única consideración para las consultas según el artículo impugnado, es la cuantía *lo cual conduce a consultar sentencias de única instancia.* El decreto que se acusa persiguió desarrollar los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, pero al dictarlo el Gobierno excedió la potestad reglamentaria, lo cual hizo, además, después de haberse agotado la facultad extraordinaria que tuvo para ejercer las facultades que le otorgó la Ley 27 de 1963. Al establecer el Decreto 528 la acción laboral dentro de las de plena jurisdicción, solo estableció como factor de la competencia la cuantía, pero nada dijo "EN CUANTO AL GRADO DE CONSULTA". De allí que solo los negocios donde quepa el recurso de apelación, son susceptibles del grado jurisdiccional de consulta. Finalmente, al decir el artículo 70 del Decreto 528 de 1964 que esa norma no reglamenta íntegramente la materia, se concluye que solo

deroga las disposiciones que le sean contrarias, entre las cuales no está ni expresa ni tácitamente mencionado el artículo 7º del Decreto-ley 1722, "vedándosele así al Organo Ejecutivo del Poder Público la competencia para ni siquiera modificarla, tal lo pretende la ordenación demandada".

Según la demanda se han violado, por los motivos que expone el libelo, el artículo 7º del Decreto-le 1722 enunciado y que se pretendió reglamentar, afín con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, al igual que el artículo 20 de la Constitución Nacional.

La demanda solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, la cual se decretó en providencia de 21 de julio de 1976, la que al ser suplicada se revocó por la Sala de Decisión, según consta en el auto de 16 de septiembre de 1976.

Ni la actora ni la parte impugnadora alegaron de conclusión, lo cual hizo el señor Agente del Ministerio Público en su vista 3419, donde se leen estas consideraciones:

"El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 35 contempla los asuntos de los cuales el Consejo de Estado conoce en segunda instancia. El artículo siguiente, o sea el 36 expresa: 'Igualmente conoce por consulta de los mismos negocios cuando la ley haya establecido este grado de jurisdicción'.

"El mismo Código, en el artículo 133, dispone que 'las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos son apelables para el Consejo de Estado...' y el 134, agrega:

"Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberá ser consultado con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutaría mientras no se surta ante el superior".

Después se profirió el Decreto 1722 de 1956, que en su artículo 7º, dice:

"Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más, a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta".

Posteriormente, el Decreto 528 de 1964, dispuso:

"Artículo 32. Los Tribunales Administrativos conocen:

"1º En única instancia:

"...h) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea inferior a cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, municipal, intendencial o comisarial".

El Decreto reglamentario 2061 de 1966, cuyo artículo 3º fue parcialmente demandado, expresa: "El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941, y el 7º del Decreto 1722 de 1956, solo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibels del recurso".

El demandante acusa la norma en lo que se relaciona con el artículo 7º del Decreto 1722, con fundamento en que si en este artículo se esablece que "toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más, a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada...", al hacerse su reglamentación no podía decirse que el grado de consulta se surtirá solo en "los negocios que por su cuantía sean susceptibles de recursos".

Tal reglamentación es procedente respecto de los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941, porque estas disposiciones así lo permiten, pero no en cuanto se relaciona con el artículo 7º del Decreto-ley 1722, porque el vocablo "toda", que en éste se emplea no admite la limitación que se introduce con la norma reglamentaria, lo cual implica una extralimitación de la potestad reglamentaria y por ello, en concepto de esta Fiscalía, debe accederse a la pretensión demandada, no obstante existir jurisprudencia de otra Sala, en contrario".

El punto fundamental del presente negocio ya fue fallado por esta corporación al pronunciarse sobre el juicio 2587 del que fue actor Iván Amaya Villegas, dentro del cual, con ponencia del doctor Mora Osejo, se dijo:

"La Sala verifica que, en el caso sub júdice, no es procedente la consulta de la sentencia, por las siguientes razones:

1ª Como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia proferida el 28 de octubre de 1971, de conformidad con el artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, por regla general la competencia para conocer de las acciones de plena jurisdicción de carácter nacional, exceptuadas las laborales y las que tienen un régimen especial, corresponde a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado, según la cuantía, a saber: en *única instancia* conocen los Tribunales hasta la cuantía de $ 30.000.00 y, *en primera*, hasta la de $ 100.000.00. El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia, de las acciones de cuantía superior a esa suma.

2ª El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta, en subsidio del recurso de apelación, en beneficio exclusivo de la entidad de derecho público si, además, como dispone el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, fue condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00. De donde se deduce que, para que sea procedente el grado de consulta, es necesario que se trate de un juicio del conocimiento del Tribunal *en primera instancia* y que la entidad de derecho público condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00 no haya interpuesto el recurso de apelación.

3ª En el caso sub júdice, se declaró, como se pidió, la nulidad de los actos por los cuales se multó a la parte demandante con $ 10.000.00, que por lo mismo, no está obligada a pagarlo o, en el caso de que se hubieran hecho efectivos, que tiene derecho a exigirse devolución. Lo que indica que se trata de una sentencia proferida por el tribunal en juicio del que conoció *en única instancia*, que por definición excluye tanto el recurso de apelación como el subsidiario de jurisdicción por consulta".

Basta, pues, a la Sala las consideraciones anteriores para que el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación y con el pensamiento de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es NULO el artículo 3º del Decreto 2061 de 1966 (agosto 2), "por el cual se reglamentan los Decretos-leyes números 528 y 1819 de 1964; 1722 de 1956 y la Ley 167 de 1941 en lo relacionado con la jurisdicción Contencioso Administrativo", en su artículo 3º, cuando dice:

"El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941, y el 7º del Decreto 1722 de 1956, solo se surtirán cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso".

En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando constancia que ella se aprobó en sesión del día de hoy, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Ministerio de Justicia.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

Salvamento de voto del Consejero Alvaro Pérez Vives.

Expediente número 2489. Actor: Pedro Claver Doria Durango.

Como el actor acusa el artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, solo en cuanto dice relación con el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, cabe analizar si la norma citada en último lugar está vigente, o ha sido modificada o derogada.

Dispone ese precepto: "D. L. 1722/1956. Art. 7º.

"Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00), o más a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta".

El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 contiene dos exigencias para que sea procedente la consulta: 1ª Que se trate de una sentencia dictada por un Tribunal Contencioso Administrativo. 2ª Que esa sentencia imponga a cargo de una entidad de derecho público una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más.

No tuvo en cuenta esta norma para efectos de la consulta, las cuantías señaladas en el C. C. A., artículos 35, 52 y 54.

Antes de 1958, el C. C. A., contenía las siguientes normas:

"Artículo 52. Los Tribunales Administrativos conocen privativamente y en una sola instancia:

"1º De las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo, entre dos o más municipios, situados dentro del territorio de jurisdicción.

"2º De las cuestiones que se susciten en el campo administrativo, entre un departamento, una intendencia o una comisaría, situados dentro del territorio de su jurisdicción, y un municipio cualquiera.

"3º De las cuestiones que se susciten entre los particulares y los departamentos o municipios de su respectiva jurisdicción sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos departamentales o municipales, cuando la cuantía sea inferior a quinientos pesos ($ 500.00);

"4º De los juicios electorales conforme a las reglas del Capítulo XX de esta ley;

"5º De las demandas sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales o municipales, o de las resoluciones de las autoridades administrativas sobre la misma materia";

"Artículo 54. Los Tribunales conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

"1º De los juicios de nulidad de las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales;

"2º De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los gobernadores, intendentes, comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial;

"3º De los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los concejos municipales, y contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal;

"4º De las cuestiones suscitadas entre el Estado y los particulares sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales;

"5º De los asuntos de impuestos departamentales o municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54, cuando la cuantía sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más;

"6º De los juicios electorales en la forma establecida en el Capítulo XX de esta ley;

"7º De las indemnizaciones a cargo de los departamentos o municipios, por causa de trabajos públicos, cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos ($ 1000.00)".

"Artículo 57. Los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el ordinal 3º del artículo 56 (sic) tendrán segunda instancia ante el Consejo de Estado, cuando el respectivo municipio es capital de departamento o su presupuesto anual es o excede de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"En los demás casos dichos juicios serán decididos por los tribunales en una sola instancia".

"Artículo 34. Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"1º De las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra;

"2º De las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales;

"3º De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sean de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia (artículo 36, numeral 2º, del Código Judicial);

"4º De las causas o negocios contenciosos sobre presas marítimas;

"5º De las cuestiones que se susciten entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, sobre competencia de facultades administrativas, o entre dos o más departamentos, o entre uno de éstos y una intendencia o comisaría, por el mismo motivo;

"6º De las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales;

"7º De la decisión sobre extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales, conforme al artículo 7º de la Ley 52 de 1931;

"8º De los juicios de revisión de las cartas de naturaleza;

"9º De los juicios contra las resoluciones y actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas;

"10. De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta;

"11. De los juicios electorales, de acuerdo con el Capítulo XX de esta ley".

"Artículo 35. El Consejo de Estado conoce en segunda instancia de los siguientes asuntos:

"1º De las apelaciones o consultas de las sentencias definitivas de los Tribunales Administrativos, en los casos previstos por la ley;

"2º De las apelaciones de los autos de suspensión provisional dictados por los mismos tribunales, conforme al Capítulo X;

"3º De las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance proferidos por la Contraloría General de la República, cuando el alcance ascienda a más de quinientos pesos ($ 500.00);

"4º De las apelaciones contra las resoluciones de la misma entidad;

"5º De las apelaciones contra decisiones relativas a recompensas o pensiones de acuerdo con lo previsto en el Capítulo XVIII de esta ley";

"Artículo 36. Igualmente conoce por consulta de los mismos negocios cuando la ley haya establecido este grado de jurisdicción".

"Artículo 134. Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoria mientras no se surta ante el superior".

"Artículo 159. Contra la resolución o providencia del Ministerio de Gobierno que pone fin a la actuación administrativa en los casos de los dos artículos anteriores, cabe el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, a propuesta del Ministerio Público o de las partes.

"Este recurso deberá intentarse dentro del término de treinta días, a contar desde la notificación de la respectiva resolución.

"Si no fueren apeladas, deberán consultarse con la misma entidad aquellas resoluciones que impongan una obligación a cargo del Estado o de una persona administrativa de carácter nacional".

Como puede verse, la consulta se establecía en dos casos:

1º Cuando se tratara de *sentencias* proferidas por un Tribunal Administrativo en *primera instancia,* esto es, que fueran apelables ante el Consejo de Estado y contuvieran una condena que impusiera una obligación a cargo de una entidad de derecho público, *si no se apelaba* del respectivo fallo (artículo 134).

2º En el caso de un reconocimiento administrativo de recompensa, pensión, jubilación u otro de la misma naturaleza (artículo 157, C. C. A.), si la resolución o providencia que pusiera a fin a la respectiva actuación gubernamental, no se apelaba ante el Consejo (artículo 159).

Como puede observarse, la consulta se otorgaba sin consideración a otra cuantía que la necesaria para la propiedad del recurso de apelación.

En el año de 1953, se dictó el Decreto 270, cuyo artículo 28 dispuso: "Los fallos de los Tribunales Administrativos que ordenen devoluciones por concepto de impuestos nacionales en cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) deberán ser consultados con el Consejo de Estado, si el Agente del Ministerio Público no interpusiere el recurso de apelación".

Luego vino el Decreto 1722 de 1956, cuyo artículo 7º se transcribió anteriormente.

Los decretos de 1953 y 1956 fijaron una cuantía específica para casos especiales, que ninguna relación tenían con las cuantías contempladas por el C. C. A,. para que un proceso tuviera dos instancias. Es más, el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 concedió la apelación sin exigir que la sentencia fuera apelable y no se interpusiera el recurso, y fijó la cuantía de $ 2.000.00, en todo caso de condena, aunque la cuantía de la apelación fuera superior o inferior.

Por tanto, el decreto reglamentario de esta norma la excede, cuando dispone que la *consulta* solo tendrá lugar "cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso", condición ésta que, se repite, no contiene la norma reglamentada, por lo cual es claro el exceso del poder reglamentario por parte del Gobierno.

Se ha sostenido en el curso del proceso que el artículo 7º del Decreto 1722 fue modificado por los artículos 30 y 32 del Decreto-ley 528 de 1964.

Dispone esos preceptos del Decreto 528 de 1964:

"Artículo 30. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce:

"1º En única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;

"b) De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;

"c) De las controversias sobre asuntos petrolíferos en que sea parte la Nación atribuidos hoy a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia;

"d) De las controversias en que sea parte la Nación, suscitadas sobre concesiones mineras;

"e) De las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad;

"f) De los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano;

"g) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos de orden nacional, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos.

"2º En segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos.

"3º De las apelaciones y recursos de hecho y de los incidentes de excepciones y tercerías en juicios de jurisdicción coactiva, cuando la cuantía principal del juicio sea o exceda de diez mil pesos.

"4º De la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941".

"Artículo 32. Los Tribunales Administrativos conocen:

"1º En única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"b) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los departamentos, los municipios, las intendencias, las comisarías y los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"c) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"d) De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"e) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea inferior a diez mil pesos;

"f) Modificado. Ley 16 de 1968, artículo 26. De los incidentes de excepciones y de las tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales, departamentales y municipales, cuando la cuantía de la acción principal sea inferior a $ 20.000.00; si la cuantía fuere superior en negocios departamentales y municipales, el tribunal conocerá de tales incidentes en primera instancia;

"g) De los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54 de la Ley 167 de 1941, cuando el respectivo municipio no sea capital de departamento o cuando su presupuesto anual ordinario sea inferior a un millón de pesos;

"h) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea inferior a cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, municipal, intendencial o comisarial.

"2º. En primera instancia:

"a) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional y cuya cuantía sea inferior a cincuenta mil pesos;

"b) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea o exceda de cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, intendencial, comisarial o municipal;

"c) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos, sin llegar a cien mil;

"d) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los departamentos, los municipios, las intendencias, las comisarías o los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos;

"e) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos, sin llegar a cien mil pesos;

"f) De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos;

"g) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos;

"h) De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior o que hayan sido dictadas en virtud de delegación de funciones hecha por la misma;

"i) De los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54 de la Ley 167 de 1941, cuando se trate de capitales de departamento o de municipios cuyo presupuesto anual sea o exceda de un millón de pesos.

"3º Modificado. Ley 16 de 1968, artículo 27. De las apelaciones y recursos de hecho que se interpongan en los juicios a que se refiere el literal f) del ordinal 1º de este mismo artículo.

"4º De los demás asuntos que les asigna la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman".

Como puede verse, el artículo 7º del Decreto 1722 es norma especialísima encaminada a defender a la Administración Pública en TODA condena en materia contencioso administrativa que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000) o más, a cargo de una entidad de derecho público.

El artículo 130 del C. C. A. no había fijado cuantía para la consulta. El Decreto 1722 (artículo 7º), señaló la de dos mil pesos, sin que esta suma tuviera nada que ver con las cuantías para interponer la apelación. Consecuente con esto, no exige esta norma "que la sentencia no sea apelada", pues concede la consulta aun en casos en que la apelación no procede, con tal de que contenga una condena a la administración en cuantía de dos mil pesos o más.

Los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, nada dicen sobre *consulta*, por lo cual no han modificado el artículo 7º del Decreto 1722, norma especial, en virtud del aforismo: "Legi Speciali per generale non derogantur", consagrada en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

Por tanto, la parte del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, acusado en este proceso, en cuanto dice: "El grado de consulta a que se refieren los artículos... y 7º del Decreto-ley 1722 de 1956, solo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso", excede la norma reglamentada, o sea, el citado artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, por las razones anteriormente aducidas y debe ser anulada.

Por tanto, disiento de la respetable opinión de mis distinguidos colegas que integran la mayoría de la Sala.

Bogotá, D. E., marzo veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

Alvaro Pérez Vives, Consejero de Estado.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RETENCION EN LA FUENTE. — De utilidades, provechos o beneficios económicos provenientes de títulos al portador. Se declara la nulidad del Decreto 486 de 1976, "por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 55 y 135 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., marzo treinta y uno (31) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 3729. Actor: Ernesto Peña Quiñones. Decretos del Gobierno.

El doctor Ernesto Peña Quiñones ha formulado demanda para obtener la nulidad del Decreto 486 del 12 de marzo de 1976. En su libelo señaló como violados los artículos 15, 16, 135 y 136 del Decreto legislativo número 2053 de 1974 y el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

El señor Fiscal 3º del Consejo de Estado hace un resumen preciso del tema en estudio, de los fundamentos de la demanda y de las razones como concepto de la violación que tuvo el actor para formularla por lo que es suficiente su transcripción para claridad de la materia a decidir.

Dijo así el señor Fiscal:

"El abogado Ernesto Peña Quiñones, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, ha pedido la declaración de nulidad del Decreto 486 de 1976 porque, en su concepto, es violatorio de los artículos 15, 16, 135 y 136 del Decreto extraordinario 2053 de 1974 y, por consiguiente, del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"En cumplimiento de la función legal, el Ministerio Público expone su criterio:

"A. Las normas superiores, que el demandante señala como infringidas por el ordenamiento acusado, son las siguientes:

"Decreto legislativo 2053 de 1974.

" 'Artículo 15. La renta líquida gravable se determina así: De la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento

neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados en este decreto, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en el presente decreto.

" 'Artículo 16. Se entienden realizados:

" '1. Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, solo se gravan en el año o período gravable en que se causen.

" 'Se exceptúan de la norma anterior:

" 'a) Los ingresos obtenidos por los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación. Estos contribuyentes deben denunciar los ingresos causados en el año o período gravable, salvo lo que se establece en el presente decreto para el caso de negocios con sistemas regulares de ventas a plazos o por instalamentos;

" 'b) Los ingresos por concepto de dividendos o de utilidades provenientes de fondos de inversión y fondos mutuos de inversión, se entienden realizados por los respectivos accionistas, socios o suscriptores cuando les hayan sido abonados en cuenta en calidad de exigibles;

" 'c) Los ingresos por concepto de participaciones de utilidades en sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas, se entienden realizados por los respectivos socios, comuneros o asociados en el mismo año o período gravable en que las utilidades son realizadas por parte de dichas entidades;

" 'd) Los ingresos provenientes de la enajenación de bienes inmuebles, se entienden realizados en la fecha de la escritura pública correspondiente, salvo que el contribuyente opte por acogerse al sistema de ventas a plazos.

" '2. Los costos y deducciones legalmente aceptables, cuando se paguen efectivamente en dinero o en especie, o cuando su exigibilidad termine por cualquier otro modo que equivalga legalmente a un pago.

" 'Por consiguiente, los costos y deducciones incurridos por anticipado solo se deducen en el año o período gravable en que se causen.

" 'Se exceptúan de la norma anterior los costos y deducciones incurridos por contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, los cuales se entienden realizados en el año o período en que se causen aun cuando no se hayan pagado todavía.

" 'Se entiende causado un ingreso cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro. Y se entiende causado un costo o deducción cuando nace la obligación de pagarlo, aunque no se haya hecho efectivo el pago.

" 'Artículo 135. Deberán retener un cuarenta por ciento (40%) sobre su monto y a título de impuesto sobre la renta, quienes hagan dentro del país pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos, intereses y otras utilidades provenientes de títulos al portador, distintos de cédulas hipotecarias y bonos de desarrollo económico, emitidos estos últimos por el Gobierno Nacional.

" 'Artículo 136. Los obligados a efectuar la retención deben consignar el impuesto retenido en las respectivas administraciones o recaudaciones de impuestos nacionales, dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquel en que se haya hecho el correspondiente pago o abono en cuenta'...".

"Constitución Nacional.

" 'Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

.....'

"B. El acto acusado, que es parcialmente reglamentario del Decreto 2053 de 1974, dice:

"Decreto 486 de 1976.

" 'Artículo 1º Toda utilidad, provecho o beneficio económico que tenga relación de causalidad con la adquisición de un título al portador, está sujeta a retención en la fuente del 40% que debe efectuar y consignar el enajenante en el momento de la transferencia.

" 'Se consideran sujetas a la retención aquí establecidas las comisiones, honorarios, descuentos y en general la diferencia entre el valor nominal y el efectivamente recibido, cualquiera que sea la denominación jurídica o contable que se le dé a esa diferencia.

" 'Artículo 2º Para la aceptación de gastos o pérdidas deducibles que tengan relación de causalidad con la emisión, colocación o transferencia de títulos al portador, será necesario que el contribuyente identifique al adquiriente del título, indicando su cédula de ciudadanía o número de identificación tributaria y el monto del beneficio que este último obtuvo en la adquisición del mismo, representado por la diferencia entre el valor nominal y el efectivamente recibido por el enajenante.

" 'Las deducciones solicitadas se limitarán a los valores demostrados como beneficio para terceros, siempre que sobre estos beneficios se haya efectuado y consignado la retención en la fuente, lo cual deberá acreditarse en la declaración de renta y patrimonio. Cuando no se haga la retención, se desconocerá la deducción, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 38 de 1969.

" 'Artículo 3º Este decreto rige a partir de su publicación'...

"C. El actor considera, en resumen:

" '1. De acuerdo con el artículo 15 del Decreto extraordinario 2053 de 1974 la determinación de la renta líquida sujeta al impuesto de renta y complementarios se hace con fundamento en el concepto de *ingreso realizado.*

" 'Según el artículo 16 del mismo decreto, ingresos realizados son los recibidos 'efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago'.

" 'No obstante, el acto acusado considera que hay *ingreso realizado* y, por consiguiente, renta gravable con la consiguiente obligación de pagar el impuesto, cuando se emite o endosa un título, es decir, cuando el crédito está pendiente de su extinción por pago o por otro modo equivalente, vale decir, cuando no hay 'ingreso realizado'.

" '2. El artículo 136 del mismo Decreto impone la obligación de retener cuando se paguen dividendos, intereses u otras utilidades provenientes de título al portador. Sin embargo, el decreto acusado impone la obligación de retener antes de pagar esas utilidades y, aún más, cuando todavía es incierta la percepción de tales utilidades comoquiera que el título puede no ser pagado.

" '3. El artículo 135 solo autoriza la retención en relación con utilidades *provenientes del título al portador*, esto es, sobre los frutos civiles producidos por el mismo título, en otros términos: sobre utilidades intrínsecas al título.

" 'En contrario, el acto acusado impone esa retención sobre eventuales utilidades provenientes no ya del título sino de actos dispositivos que versen sobre él, como una compraventa, permuta, etc.

" '4. Con estas violaciones resulta evidente que hubo, de otra parte, un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. (Constitución Nacional, artículo 120-3)'...".

Desde el comienzo del proceso se hizo parte para impugnarlo el doctor Fabio Narváez Ocampo, en su condición de Abogado IV-25 de la División Legal de la Dirección General de Impuestos Nacionales cuya personería se le reconoce en esta providencia ya que por omisión involuntaria no se había hecho.

Los fundamentos del impugnador son los siguientes:

"A). *Síntesis conceptual de la demanda.* Sintetizando el criterio del demandante, no se hallan sujetas a retención las 'comisiones, honorarios, descuentos y, en general, la diferencia entre el valor nominal y el efectivamente recibido, cualquiera que sea la denominación jurídica o contable que se dé a esa diferencia', al tenor del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 485 de 1976 puesto que el artículo 135 del Decreto 2053 de 1974, ordena esa retención solamente respecto de utilidades generadas directamente por el crédito contenido en el título y no por la emisión, transferencia o endoso del título mismo, utilidades que si se presentan deben calificarse como extrínsecas al título-valor en si.

"B). *Utilidades intrínsecas y extrínsecas provenientes del título.* Apriorísticamente el demandante, a través de un sutil análisis etimológico de la inflexión verbal 'proveniente' utilizada por el artículo 135 del Decreto 2053 de 1974, asevera que la retención en la fuente del 40% que consagra este artículo solo puede incidir sobre las utilidades que se generen por el crédito incorporado en el título-valor y no por la emisión de éste, su posterior endoso o posibles transferencias; clasifica, para distinguir, en intrínsecas o extrínsecas estas utilidades, afirmando la retención en la fuente del 40% solo respecto de las utilidades intrínsecas.

"Realmente se está condicionando la noción de 'ingresos realizados' a las utilidades generadas por el derecho literal y autónomo incorporado en el documento, prescindiendo de las que surgen de la emisión del título o de su posterior transferencia o endoso, a lo cual no autoriza la digresión etimológica del participio activo del verbo intransitivo 'provenir', es decir, la inflexión verbal 'proveniente', porque tanto las utilidades 'intrínsecas', como las 'extrínsecas', se originan o provienen del título-valor, ya sea referidas al derecho literal y autónomo incorporado en el documento, o el título mismo, a través de su emisión, negociación, transferencia o endoso.

"Cercenar el ámbito de aplicabilidad del término 'proveniente', para reducirlo a una limitación de carácter netamente 'jurídica comercial', para eliminar el concepto 'jurídico-tributario', que conlleva básicamente la institución de la retención en la fuente, con su primordial finalidad antievacionista fiscal, es pretender sustraerle al artículo 135 del Decreto 2053 de 1974 el principal basamento real que determinó su consagración.

"C) *Las utilidades representadas por la diferencia entre el valor nominal del título-valor y su precio de adquisición, sin ingresos realizados 'intrínsecos':*

" 'Más aún: la diferencia entre el valor nominal del título y el precio por el cual se coloca, constituye utilidad proveniente del título-valor en calidad de intereses, dividendos u otras utilidades; esa diferencia tiene su origen en dicho instrumento y representa un beneficio, dado que el adquiriente paga una suma de dinero inferior a la que representa su retención; tal utilidad sí se halla incorporada en el texto del título al portador, al contener un precio nominal superior al de colocación; con este mismo procedimiento se califican estas ganancias, con el denominativo de comisiones o de honorarios. En el valor incorporado sí están las utilidades, pero no bajo la denominación de 'ingresos' sino bajo la denominación de precio nominal en cuantía parcial. Es aquí precisamente en donde aparece el desconocimiento a la disposición consagrada en el artículo 135 del Decreto 2053 de 1974.

"Este sistema es el de modus operandi consagrado en el mercado extrabancario de título al portador, con la finalidad expresa de evadir el impuesto sobre la renta respecto de las utilidades que genera, lo cual se consigue pretextando que sobre esos ingresos no puede aplicarse la retención en la fuente.

"Por el hecho de que no aparezcan estipulados expresamente los intereses, dividendos y otras utilidades en el texto del título, no puede llegar a afirmarse que esas utilidades son inexistentes, puesto que ello conduciría a establecer su existencia como un resultado de una simple denominación verbal dada al derecho incorporado en el título, con prescindencia de las situaciones reales; ciertamente no es el nombre que se da a las transacciones u operaciones, las que determinen su naturaleza; la naturaleza se refleja al mirar lo que son en realidad, no lo que parece ser o lo que se quiere que parezcan.

"D). *El ingreso realizado.* Se objeta por el demandante la inexistencia de 'ingreso realizado' en las situaciones planteadas por el decreto demandado, afirmando que 'en lo que respecta a título al portador, la retención en la fuente únicamente puede tener lugar cuando se trata de 'ingresos realizados', *originados* directamente en tal clase de títulos... o con ocasión del pago o abono en cuenta de utilidades de cualquier clase que la rela-

ción de crédito representada o incorporada en títulos de contenido crediticio sea susceptible de suministrar a su titular'. (Subraya).

"Los derechos de crédito, por lo demás, ingresan al patrimonio en el momento en que nace la correlativa obligación, aun cuando no sean actualmente exigibles; son bienes apreciables en dinero que pueden enajenarse, valores como cualquiera otro que formen parte de aquél. Este concepto está ratificado por el artículo 24 del Decreto 0437 de 1961 no contrapuesto al Decreto 2053 de 1974, y que por vía ejemplificativa enuncia en estos términos algunos ingresos realizados, representados en especie:

" 'Artículo 24. Ingresos en especie son los representados por productos, frutos, semovientes, acciones, pagarés, letras, créditos personales o hipotecarios y en general bienes muebles o inmuebles recibidos como pagos o a título de dación en pago, y no como simple seguridad de garantía'...".

"Claramente se establece que los pagarés, letras y en general, los títulos al portador de contenido crediticio, cuando se otorgan a título de dación en pago, constituyen ingresos realizados en especie.

"El concepto de realización, vinculado al pago o la extinción del derecho a exigir que se cumpla la correlativa obligación (Decreto 2053 de 1974, artículo 16), no está circunscrito al pago en suma de dinero; pagos significa cumplimiento de la prestación debida que puede consistir en sumas de dinero, en trasmitir la propiedad de bienes muebles o inmuebles, en constituir derechos reales sobre los mismos. Tampoco puede interpretarse la norma en cita, fuera del contexto general de estatuto. Si los derechos de crédito no se consideraran realizados en el momento en que se constituyan no formarían parte del patrimonio para efectos tributarios, tal como la define el Título V del Decreto 2053 de 1974. Quien obtiene una utilidad en la enajenación de bienes de cualquier especie, realiza a la vez la venta, aun cuando no haya recibido el precio en dinero efectivo, que puede estar representado en créditos y éstos a su vez, constar en documentos simplemente probatorios o en letras, cheques, pagarés u otros títulos de contenido crediticio.

"El artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, no introduce excepciones a los conceptos de renta, formada por ingresos susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, integrado a su vez por todos los derechos reales o personales apreciables en dinero, en cuanto pueden ser utilizados, para obtención de una renta. Las nociones de realización y causación que la norma en cita contiene, indica claramente los propósitos contables a que se contrae la contabilidad, conforme lo exige el Código de Comercio debe suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante y reflejar el estado de su patrimonio; ello impone la necesidad de que los registros contables revelen los verdaderos resultados del ejercicio, las obligaciones a favor y en contra de la empresa, que afecte, o pueden afectar su patrimonio. La obligación tributaria se determina por periodos anuales, lo que implica adoptar legalmente, las precisiones pertinentes.

"*En la primera colocación* del título como en las negociaciones posteriores, la entrega del documento constituye pago al tenor de los artículos 882 y 905 del Código de Comercio. Dicho pago reúne los elementos de realización de un ingreso constitutivo de renta, según los artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974, se insiste por esta razón: El instrumento negociable de contenido crediticio que como tal, incrementa el patrimonio de quien

lo recibe, constituye, consecuencialmente un 'ingreso realizado', representativo de renta. La circunstancia de que la exigibilidad del crédito esté sujeta al término, no le resta su carácter de ingreso constitutivo de renta, a partir del momento en que se adquiera el título-valor, puesto que desde ese instante nace el derecho al crédito. La diferencia entre el valor nominal del título y el precio por el cual es colocado por quien lo crea, inferior al nominal, constituye utilidad o 'ingreso realizado' para el tenedor del título-valor, ya que ese beneficio tiene su origen o *proviene* del título y esa utilidad se realiza puesto que el adquiriente paga una suma inferior a la que representa su redención. (Subrayo).

"*En las transferencias o endosos* posteriores a la primera colocación del título-valor, en el evento en que se realicen por nuevas cuantías inferiores a la nominal, para ese posterior tenedor, se genera utilidad realizada, que se encuentra representada por la diferencia entre estos valores. Tanto posteriores del título-valor, la diferencia entre el valor realmente cancelado por el tenedor y la cuantía superior revelada por el título, es utilidad realizada para el primer tenedor y para los posteriores tenedores, advirtiéndose para recalcar, que este es el sistema transaccional operante en el mercado extrabancario para desdibujar la naturaleza real representada por ese menor valor y que corresponde a intereses y a otras utilidades producidas por el derecho de crédito literal y autónomo, incorporado en el título-valor; el desdibujamiento consiste en calificar estas utilidades 'intrínsecas' con apelativos carentes del contenido real de las palabras que se utilizan: se la denomina 'honorarios', 'descuentos', etc.... (Subrayo).

"Aislando esta aparente naturaleza del ingreso de que se trata, nos hallamos ante el 'ingreso realizado' que para el tenedor genera el derecho crediticio literal y autónomo, incorporado en el respectivo documento, representado por la diferencia entre el valor literal del título y la cuantía inferior que erogó para conseguir su tenencia. Realmente, la utilidad ameritada está incorporada en el título 'intrínsecamente' proviene de él ya que nos hallamos ante un precio nominal del título-valor superior al erogado por el tenedor en la primera colocación o en las ulteriores transferencias; es a través de este procedimiento como se logra dar un calificativo irreal a las utilidades que por intereses, dividendos, etc., genera el derecho crediticio incorporado en el documento constitutivo de título-valor; esas denominaciones irreales y carentes de contenido son: "utilidades por honorarios, comisiones, descuentos', etc., que al pretender representar rendimientos 'extrínsecos' al título-valor, por subterfugio, habrá escapado a la retención en la fuente. Así precisamente, se consagra la burla al precepto contenido en el artículo 135 del Decreto 2053 de 1974.

"E). *La retención en la fuente.* Los objetivos de la retención en la fuente son: 1º realizar el recaudo del impuesto en su propia fuente. 2º Erigir la retención como medio de control tributario; respecto de las utilidades originadas en la emisión de títulos al portador de contenido crediticio, primordialmente la retención en la fuente está consagrada como sistema de control antievacionista fiscal, puesto que si se prescindiese de la retención, la evación impositiva, ante la carencia del único control posible, se convertiría en un hecho de ocurrencia normal y ordinaria.

"Dada la ley de circulación de los títulos al portador, si no se hallase establecida la retención en la fuente, el control tributario solo podría obtenerse mediante auditoría a cada uno de los enajenantes del título, hasta llegar a su tenedor final, empezando por las entidades emisoras de los mismos y posteriores adquirientes, gestión administrativa imposible de lle-

var a la práctica, pues equivale a seguir los pagos a un documento mercantil, cuya negociación puede llevarse a cabo más de una vez por día".

El proceso ha sufrido el trámite regular correspondiente y se procede a decidir previas las siguientes consideraciones:

El señor Fiscal 3º del Consejo de Estado, en su concepto estima correcta la interpretación consignada en el auto de suspensión provisional dictado por el sustanciador del negocio y el cual se transcribe a continuación en su parte pertinente.

"Vale la pena analizar el alcance de la frase 'por concepto de dividendos, intereses y otras utilidades provenientes de títulos al portador', puesto que de su aplicación resultan los límites dentro de los cuales puede exigirse la retención para este tipo de pagos o abonos en cuenta. En ella hay un común denominador y es el de que tanto los dividendos, los intereses, como cualquier otra utilidad deben provenir del mismo título y no de actuaciones, operaciones o negocios con relación a ellos.

"En el decreto acusado se observa claramente, que la obligación de retener está establecida con relación a la potencial utilidad que se deriva de la adquisición del título al portador, calculada en la diferencia entre su valor nominal y el efectivamente recibido por el girador o el 'enajenante'.

"En cambio, en el artículo 155 del Decreto 2053 de 1974 el gravamen y la retención opera sobre los beneficios producidos por el propio título en favor de su propietario o tenedor, en forma de dividendos, intereses, u otra clase de utilidades generadas por él.

"Las palabras 'PROVENIENTES DE' utilizadas por el decreto legislativo, son suficientemente claras para indicar la naturaleza de los ingresos sujetos al gravamen con retención, pues la expresión 'proveniente' es el participio activo del verbo 'PROVENIR', que de acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua es:

" '(Del latín provenire, crecer, desenvolverse), intr. Nacer, proceder, originarse una cosa desde otra como de su principio'...

"De acuerdo con lo anterior, es claro que la utilidad que se derive de la enajenación o transferencia de un título al portador por el hecho de ser negociado por debajo de su valor nominal, no es una utilidad proveniente del título mismo, sino de la operación de cambio realizada o de la adquisición del título, la cual solo se liquidará en el momento en que el titular del mismo, obtenga de la entidad o empresa obligada su liberación o su conversión a dinero efectivo, de acuerdo con el criterio de 'ingreso realizado' a que se refiere el artículo 16 del mismo Decreto-ley 2053 de 1974, que dice:

" 'Se entienden realizados:

" '1. Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, solo se graven en el año o período gravable en que se causan...'.

"Ahora bien, nuestro Código de Comercio, en su Capítulo IV del Título 3º define y reglamenta los títulos al portador y por lo tanto de utiliza-

ción de esa clase de valores está autorizada expresamente por la ley con las ventajas o desventajas que de su naturaleza se deriven en contraposición a las ventajas o inconvenientes de los títulos nominativos y a la orden.

"Del análisis anterior resulta claramente violentado por el decreto acusado, el artículo 135 del Decreto-ley 2053 de 1974, pues solo son susceptibles de retención los intereses, dividendos o cualquier otra clase de utilidades derivadas de la naturaleza del título y no de las operaciones que con él puedan realizar los particulares, y consecuencialmente se ha incurrido en violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"Con relación al artículo 2º del decreto, que es consecuencia del criterio que informa el artículo 1º del mismo; su existencia está condicionada a la vigencia del anterior, por lo que al suspender éste, obviamente debe quedar suspendido el segundo, puesto que al no aceptarse como renta susceptible del impuesto y de la retención, la utilidad potencial del adquiriente, establecida por la diferencia entre el valor nominal del mismo y el valor de adquisición, mal puede aceptarse en cabeza del enajenante como gasto o pérdida deducible, esa utilidad.

"Igualmente, las expensas necesarias en la emisión, colocación y transferencia de esos títulos, para que sean deducibles tienen que estar acreditadas con los requisitos previstos por el artículo 55 del Decreto-ley 2053 de 1974 y por lo tanto lo dispuesto en el artículo 2º del decreto acusado, no tiene sentido ni aplicación práctica especial".

Y agregó el Fiscal:

"F. Es indudable que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 2053 de 1974, en la determinación de la renta líquida sujeta al impuesto influye, de manera fundamental, el concepto de ingreso realizado o sea el recibido efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, salvo las excepciones consagradas en el artículo 16 del mencionado estatuto.

"Teniendo en cuenta esas normas, es fácil interpretar el mandato contenido en el artículo 135 del decreto extraordinario al imponer la retención, a título de impuesto sobre la renta, sobre el monto de pagos o abonos en cuenta por concepto de dividendos, intereses y otras utilidades provenientes de documentos al portador.

"La Fiscalía considera correcta la interpretación consignada en el auto de suspensión provisional sobre el alcance del ordenamiento legal en íntima relación con el criterio jurídico tributario de ingreso realizado. Y también encuentra acertada la afirmación del demandante en el sentido de que el decreto acusado excedió el mandato superior al imponer la obligación de retener el 40% 'por concepto de dividendos, intereses y otras utilidades provenientes de títulos al portador', cuando esto es incierto 'comoquiera que el título puede no ser pagado...' ".

A lo anterior basta con agregar que las diferencias sustanciales establecidas en nuestro Código de Comercio para los títulos al portador y los títulos nominativos y a la orden tienen fatalmente que traducirse no solamente en la forma de la negociabilidad, de la prueba de su propiedad y de los riesgos que cada uno de ellos tengan en frente de los particulares y del Estado, aun para los efectos de carácter fiscal correspondientes.

Pero como el tema es nuevo y es por demás interesante, vale la pena un bosquejo realista de la situación para llegar a las conclusiones jurídicas necesarias que informan la decisión que se toma.

Es de todos sabido que hay actualmente en el país varias entidades financieras y aun muchas empresas industriales y comerciales de origen privado, que están obteniendo créditos en dinero de los particulares, en el mercado extrabancario, mediante el otorgamiento de pagarés al portador con determinado plazo, cuyo valor nominal está conformado por el monto del capital prestado más el valor de los intereses pactados por todo el tiempo en que esté pendiente la liberación o pago de esa obligación.

El prestamista, al realizar una operación de esta naturaleza está entregando determinada suma de dinero en mutuo o préstamo y se somete a recaudar el valor de los intereses de su capital en la fecha de su vencimiento, sin que por este concepto derive utilidad alguna en el momento de realizar esa operación, pues se han sometido a liquidarla en la fecha en que libere el título y le paguen su dinero.

¿Podría afirmarse que el adquiriente del título ha realizado un ingreso susceptible de generar impuestos sobre la renta cuando de acuerdo con la definición del artículo 16 solo se entiende realizado el ingreso cuando se reciba efectivamente el dinero en forma que equivalga a un pago? la respuesta es obvia y solo se modificaría cuando el contribuyente lleve contabilidad por el sistema llamado de causación, pues en ese caso debe registrarse como causado el ingreso a pesar de que no se haya efectuado el pago. Pero como muy bien lo dice el artículo 16 comentado, esta es la excepción a la regla general de lo que debe entenderse como ingreso realizado.

Por otra parte, el prestatario que realiza una operación de esta naturaleza debe efectuar los registros contables necesarios para diferenciar en ellos el monto del capital recibido en préstamo y el monto del interés incluido en el valor nominal del título al portador, para poder deducir el pago de dichos intereses en el momento en que libere la obligación y efectúe el pago.

Es claro también, que por la vía de excepción anteriormente explicada, si su contabilidad es de causación, podrá deducir la cuota proporcional del interés acumulado en el título el respectivo año gravable, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 55 del mismo Decreto legislativo 2053 de 1974; pero la retención a que se refiere el Decreto 486 no puede efectuarla sino en la fecha de liberación del título, o sea la del pago total de la obligación, pues hasta ese momento se realizó el ingreso para el acreedor con la virtud de generar el impuesto de renta correspondiente, que es la materia de retención.

Es evidente, que la intención de la Administración al dictar el decreto acusado es el de evitar la posible evasión de impuestos a través del uso y abuso de los títulos al portador, pero este justo propósito no puede ocasionar el que se modifiquen las instituciones jurídicas correspondientes, dándoles un alcance que la ley no les ha dado y montando un sistema de retenciones que la misma ley no ha autorizado. El problema es de control de carácter administrativo, para evitar ese tipo de evasiones, para sancionar oportunamente el juego de dobles contabilidades por parte de las empresas y reprimir en todas las formas cualquier maniobra que los contribuyentes realicen, por fuera de las prescripciones de orden legal, para ocultar operaciones comerciales y beneficios exagerados.

Esa misma sana intención no puede ni autoriza a la autoridad reglamentaria a ir más allá de lo previsto y definido por la norma reglamentada sin violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Por otra parte en el alegato del abogado impugnador se confunde la noción de pago con las operaciones de mutuo o préstamo que se realizan a través de la suscripción de documentos de crédito los cuales, al ser liberados o descargados configuran el fenómeno de pago, cualquiera que sea la forma en que éste se realice; pero no puede sostenerse dentro de una sana hermenéutica jurídica que en la primera colocación de un título al portador, la entrega del documento que configura un crédito constituya un pago al tenor de los artículos 882 y 905 del Código de Comercio, pues del texto de los mismos artículos resulta que es forzosa la preexistencia de una obligación anterior para que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio signifiquen un pago.

Lo anterior es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Declárase la nulidad del Decreto número 486 de 12 de marzo de 1976.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 31 de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CINEMATOGRAFIA. — Estímulos económicos. Se decreta la nulidad del artículo 13 del Decreto 950 de 1976, "por el cual se reglamenta la Ley 9ª de 1942 y se dictan otras disposiciones".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., abril doce de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor: *Alvaro Pérez Vives.*

Expediente número 2534. Actor: Jorge Suárez Perdomo.

Se decide la demanda presentada por el doctor Jorge Suárez Perdomo contra los artículos 10 y 13 del Decreto reglamentario 950 de 1976.

Según la demanda: "El artículo 1º del Decreto 950 de 1976 dice: 'A partir del año de 1978, la cuota pantalla para películas nacionales de largo metraje será la siguiente: Año 1978, treinta días; año de 1979, cuarenta días; año de 1980, en adelante, sesenta días'.

" 'La obligación de exhibir producciones cinematográficas colombianas de largo metraje de acuerdo con lo establecido en este artículo, no podrá ser sustituida total o parcialmente por la presentación de producciones colombianas de corto metraje'.

"El artículo 13 del decreto citado establece: 'A partir del año de 1978 cesarán los estímulos económicos para la exhibición de producciones cinematográficas nacionales de corto metraje, y en ningún tiempo podrán cobrarse sobreprecios por su presentación, cuando se proyecten con producciones colombianas de largo metraje'.

"*Normas violadas.*

"1º Constitución Nacional, artículo 120, ordinal 3.

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

"2º La Ley 9ª de 1942:

" 'Artículo 1º Autorízase al Gobierno Nacional para que proceda a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la presente ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana'.

" 'Artículo 4º El Gobierno, de conformidad con la clasificación a que se refiere el artículo anterior, determinará cuáles empresas cinematográficas, por su capacidad y demás condiciones, podrán gozar por determinado tiempo de

exención de derechos de aduana para las sustancias químicas necesarias para la elaboración de cintas y para el material virgen (película) que introduzcan al país con destino a la producción a que se dediquen.

" 'Parágrafo. Para gozar de este beneficio será indispensable que la respectiva empresa celebre un contrato con el Ministerio de la Economía Nacional en el que se estipulen las condiciones de producción de que hablan los artículos anteriores y en que aquélla se comprometa a producir y exhibir mensualmente en los teatros del país una cantidad mínima de metros de película que contengan *noticieros educativos, científicos, industriales y turísticos de propaganda nacional*'. (Subrayo).

" 'Artículo 7º El Gobierno reglamentará la presente Ley, teniendo en cuenta que el fin que ella persigue es el de estimular y fomentar, por todos los medios que estén a su alcance, la industria cinematográfica nacional'.

"Consideraciones del demandante.

"De la lectura y confrontación de los textos acusados y de las normas que se consideran violadas, aparece claramente que los artículos impugnados no estimulan de manera alguna la industria cinematográfica nacional, sino que por lo contrario, la desaniman y desestimulan hasta llevarla a la desaparición total. En efecto, no podemos desconocer que en Colombia esta industria está apenas naciendo y que faltan por lo menos 20 a 30 años para llegar a ser desarrollada. Pretender acabar con el cortometraje es aspirar a que una persona nazca y sin pasar por la niñez y la pubertad llegue a ser no solo adulta sino anciana.

"Nadie puede desconocer en Colombia que todavía no estamos en condiciones de lanzarnos en una forma competitiva al largo metraje en el campo internacional ya que no contamos ni con la técnica, ni con el capital, ni con el personal artístico necesario para realizar las películas que atraigan al público de los distintos países y produzcan en taquilla siquiera la suma invertida en la producción de la película.

"Cabe aquí preguntar: Y ¿cómo se va a llegar a este nivel competitivo? la respuesta es muy sencilla: A través de muchos años de consagración, sacrificio y técnica, es decir, realizando corto-metrajes, películas cortas que no exigen inversión de sumas fabulosas de dinero y que sí van dando técnica y experiencia para algún día poderse lanzar en el campo de una película de largo metraje.

"Alguien decía, con toda razón, que el cortometraje es al largometraje, como el cuento a la novela. Y si acabamos y no estimulamos a quienes escriben cuentos, jamás llegaremos a tener novelistas.

"No podemos olvidar que el gran novelista colombiano Gabriel García Márquez empezó escribiendo cuentos antes de llegar a producir su novela cumbre 'Cien Años de Soledad'.

"Ahora bien, al establecer el artículo 10 del Decreto 950 de 1976 que la obligación de exhibir producciones cinematográficas colombianas de largometraje no podrá ser sustituida total o parcialmente por la presentación de producciones colombianas de cortometraje, le está asestando un golpe de gracia a la industria cinematográfica nacional, ya que, no existirán esas películas de largometraje, porque como ya se dijo, no contamos ni con la técnica, ni con el dinero para hacerlas, ni tampoco habrá cortometraje pues al no poderlos exhibir nadie se pondrá en el trabajo de realizarlos.

"Y para acabar de rematar, el artículo 13 del mismo decreto establece que a partir de 1978 cesarán los estímulos económicos para la exhibición de producciones cinematográficas nacionales de cortometraje y, en ningún tiempo po-

drán cobrarse sobreprecios por su presentación, cuando se proyecten con producciones cinematográficas naciaonales colombianas de largometraje'.

"Es apenas lógico que si no existe ningún 'estímulo económico' nadie va a realizar un cortometraje ya que el único aliciente con que cuenta el productor es la esperanza de recuperar su inversión y el valor de su trabajo con la parte del sobreprecio que cobran los exhibidores por la exhibición del cortometraje.

"Al suprimir estos estímulos económicos, nos preguntamos, ¿se está fomentando la industria del cine en Colombia, tal como lo ordena el artículo 1º de la Ley 9ª de 1942? Tenemos que concluir que el decreto viola flagrantemente este artículo, y es por eso por lo que debe declararse la nulidad.

"De otro lado el parágrafo del artículo 4º de la Ley 9ª de 1942 establece, infine, que se deben producir y exhibir películas que contengan noticieros educativos, científicos, industriales y turísticos de propaganda nacional ¿Y qué es esto? Nada más ni nada menos que los cortometrajes, o sea que suprimirlos, que no a otra cosa se llega con la suspensión de los 'estímulos económicos' se está violando esta norma, la cual, además, quiere que se muestren nuestros aspectos educativos, científicos, industriales y turísticos, aspecto del cual se olvida el Decreto 950 ya que a éste tan solo le importa que sea un largometraje sin preocuparle el tema de que se ocupe, el cual, muy seguramente no irá a mostrar ninguno de estos aspectos, sino que, siguiendo la modalidad del cine actual y para lograr éxitos de taquilla que garanticen la recuperación de la inversión, se limitará a mostrar los aspectos del sexo y la violencia que llenan las carteleras colombianas.

"Para terminar, la Ley 9ª de 1942, en su artículo 7º, le puso una cortapisa a la facultad reglamentaria del Gobierno al decir: 'El Gobierno reglamentará la presente Ley, teniendo en cuenta que el fin que ella persigue es el de estimular y fomentar por todos los medios que estén a su alcance, la industria cinematográfica nacional'. Los artículos 10 y 13 del Decreto 950 de 1976 al suprimir los beneficios para los cortometrajes están desestimulando la industria cinematográfica nacional, luego violan directamente y PRIMA FACIE el artículo 7º de la Ley 9ª de 1942, por lo cual el honorable Consejo de Estado debe proceder a declarar su nulidad.

"De todo lo anterior se concluye claramente que los artículos 10 y 13 del Decreto reglamentario 950 de 1976, violan manifiestamente los artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 9ª de 1942, por lo cual debe declararse su nulidad".

El señor Agente del Ministerio Público, en sù vista de fondo expresó: "Si se analizan no solo las disposiciones que se indican como violadas sino también todo el contenido de la Ley 9ª de 1942, bien puede deducirse que lo que se pretende mediante esta ley, es el 'fomento de la industria cinematográfica colombiana'; que el Gobierno hará una 'clasificación' para determinar 'cuáles empresas cinematográficas, por su capacidad y demás condiciones, podrán gozar por determinado tiempo de derechos de aduana para la elaboración de sustancias químicas...'. 'Que el Gobierno queda autorizado también para eximir... a los teatros o empresas que exhiban este material...' y que el Gobierno 'reglamentará la presente ley teniendo en cuenta que el fin que ella persigue es el de estimular y fomentar por todos los medios que estén a su alcance, la industria cinematográfica nacional'.

"Al estudiar el contenido del artículo 10 acusado, bien puede verse que lo que se busca mediante esta norma es nada menos que obligar a las empresas respectivas a exhibir una cuota de películas nacionales, que año por año se va aumentando, lo cual, lógicamente, implica un estímulo a los productores de cine, pues van a encontrar con ello un acogimiento obligado para el producto de su industria.

"Mirando el asunto desde este punto de vista, la acusación más bien debería provenir de las salas de exhibición a las cuales les imponen una cuota mínima sin fijarles bases precisas de calidad y cantidad; pero sobre esto no se debe hablar ya que no es objeto de la demanda.

"Bien o mal, lo que se pretendió con el artículo 10, una de las disposiciones acusadas, fue el estímulo a la industria cinematográfica, y esa fue también la finalidad de la ley reglamentada, por lo cual la acusación de este artículo no debe prosperar.

"No puede decirse lo mismo respecto al artículo 13, igualmente impugnado, pues cuando la ley reglamentada se busca estimular y fomentar, por todos los medios que estén a su alcance, la industria cinematográfica nacional, al contrario, por el artículo 13 del Decreto 950 de 1976, se pone término a los estímulos económicos para la exhibición de producciones cinematográficas nacionales, lo cual no solo rebasa las facultades reglamentarias, sino que abiertamente contraría la finalidad de la norma que se dice reglamentar.

"Respecto de la potestad reglamentaria ha dicho el honorable Consejo de Estado: 'La potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley; pero el Gobierno, so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería *reglamentar* sino *legislar*. El decreto reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la ley reglamentaria. (Sentencia, agosto 22 de 1944, tomo LIII, 341-346, página 66, y junio 16 de 1948, tomo LVII 362-366, página 225).

Por lo brevemente expuesto, y sin que sean necesarias otras consideraciones, en concepto de esta Fiscalía, debe accederse a decretar la nulidad del artículo 13 del Decreto 950 de 1976 y negarse la del artículo 10 del mismo Decreto".

No observándose causal alguna de nulidad, para resolver se considera:

Dos son los conceptos de la acusación presentada por el actor contra los artículos del Decreto 950 cuya nulidad se pide.

El primero, se refiere al artículo 10, por cuanto, según el actor, al disponer que no podrán sustituirse total o parcialmente las películas colombianas de largometraje por producciones nacionales de cortometraje, se está desestimulando la cinematografía colombiana y contrariando la finalidad de la Ley 9ª de 1942.

El segundo, se refiere al artículo 13 del citado Decreto 950, el que al disponer que a partir de 1978 cesarán los estímulos económicos para la exhibición de producciones cinematográficas nacionales de cortometraje y prohibir el cobro de sobreprecios por su presentación, cuando se proyecten con producciones colombianas de largometraje, contraría la finalidad de la citada ley, de estimular la producción cinematográfica colombiana.

El primer punto implica una cuestión de hecho, la cual ha debido previamente demostrarse con la prueba pertinente, sin la que no es posible saber si el artículo 10 del Decreto 950 estimula o desestimula la industria cinematográfica nacional, pues ello implica el decidir sobre cuestiones técnicas respecto de las cuales ninguna prueba se aportó al proceso.

En efecto: ¿Cómo afirmar que la limitación de los cortometrajes en beneficio de las películas de largo metraje sea desestimulante para la cinematografía nacional, sin un previo dictamen de expertos sobre el particular?

Por tanto, respecto de este primer concepto la Sala acoge lo dicho por su colaborador Fiscal.

Y también lo hará en cuanto al segundo, pues es claro que no se estimula la referida industria cuando se dispone la cesación de toda clase de estímulos para los cortometrajes nacionales, pues la ley no autorizó al Gobierno para restringir tales estímulos, sino antes bien, para incrementarlos. Y al proceder así, violó el Gobierno la norma que dice reglamentar y excedió la potestad que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Carta.

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

FALLA:

Es nulo el artículo 13 del Decreto 950 de mayo 14 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional, "por el cual se reglamenta la Ley 9ª de 1942 y se dictan otras disposiciones".

Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CONTRATOS DE APARCERIA. — Se declara la nulidad del literal c) del artículo 7º y del literal a) del artículo 21, del Decreto 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".

POTESTAD REGLAMENTARIA. — Solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.

Bogotá, D. E., quince de abril de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Ref.: Expediente número 2034. Actor: Hernando Carvajal Ortiz.

El ciudadano Hernando Carvajal Ortiz, en ejercicio de la acción pública, demandó la declaratoria de nulidad de los literales c) del artículo 7º y a) del artículo 21 del Decreto número 2815 de 1975, "por el cúal se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".

Fundamentó su petición en la siguiente forma:

"1º El Gobierno Nacional, en uso de la potestad reglamentaria, conferida por el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución, dictó el quince (15) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), el Decreto número 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".

"2º El artículo 7º del Decreto 2815 de 1975, dispone:

" 'Son obligaciones de la parte que suministra la parcela, las siguientes:

'.....

'c) Suministrar al aparcero para su uso y aprovechamiento exclusivos, una porción de tierra equivalente al 5% del área objeto del contrato de participación, en el lugar que determine, preferencialmente en el sitio próximo a la vivienda que se le haya destinado al aparcero, con libertad para establecer en ella cultivos de pronto rendimiento básicos para su alimentación.

'Esta obligación solo existirá cuando se trate de la explotación de parcelas de extensión menor de veinte (20) hectáreas en las cuales de las clases V, VII, VIII o diez (10) hectáreas, en los suelos de las clases I, II, III o IV, de acuerdo con las clasificaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi'.

"3º El artículo 21 del Decreto 2815 de 1975 ordena:

" 'Cuando el contrato celebrado entre el propietario y el aparcero o grupo de aparceros tenga como objeto la siembra de pastos, se observarán estas reglas:

"a) El propietario entregará al aparcero o grupo de aparceros para su exclusivo goce una parcela que en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) hectáreas".

"Disposiciones que se estiman violadas:

"El literal c) del artículo 7º y el literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, violan lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional y violan el ordenamiento contenido en el artículo sexto de la Ley 6ª de 1975, y lo preceptuado por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

"Concepto de la violación:

"En cuanto al concepto de la violación expresa:

"I. *Ley 6ª de 1975.*

"El artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, establece:

"Los contratantes PODRAN determinar que el propietario entregue al aparcero, adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, ubicada en el lugar que ellos convengan, de preferencia en un sitio próximo a la vivienda del aparcero, con derecho a establecer en ella cultivos de pronto rendimiento, básicos para la alimentación".

"El término PODRAN que utiliza el artículo transcrito corresponde a la tercera persona en plural del futuro del verbo PODER.

"El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define así el verbo PODER:

"Tener expeditas la facultad o potencia de hacer una cosa". "Tener facilidad, tiempo o lugar de hacer una cosa".

"Ser contingente o posible que suceda una cosa".

De manera, honorables Magistrados, que el artículo 6º de la Ley 6ª de 1975 al decir "LOS CONTRATANTES PODRAN...", estableció una facultad, una facilidad o una posibilidad de que las partes contratantes, es decir, el dueño de la tierra y el aparcero, de que se pusieran de acuerdo, si lo estimaban conveniente, para que una parcela adicional se destinara para el uso exclusivo del aparcero.

"Por parte alguna la Ley 6ª de 1975 impone una obligación al dueño de tierra para que destine en favor del aparcero o grupo de aparceros una parcela de tierra adicional que su uso exclusivo (sic). Dejó abierta la posibilidad de que el dueño de tierra, si quiere, si lo tiene a bien, ayude a su aparcero o aparceros, los estimule, les haga fácil la vida por demás dura del agro, dejándoles una faja de tierra para que la exploten cultivando de preferencia productos 'de pronto rendimiento, básicos para la alimentación'.

"Pero, ¿qué hizo el decreto reglamentario?

"El artículo 7º del Decreto 2816 de 1975 estableció:

"SON OBLIGACIONES de la parte que suministra la parcela, las siguientes:

"....

"C). Suministrar al aparcero para su uso y aprovechamiento exclusivo, una porción de tierra equivalente al cinco por ciento (5%) del área objeto del contrato de participación, en el lugar que determinen, preferencialmente en el sitio próximo a la vivienda que se le haya destinado al aparcero, con libertad para establecer en ella cultivos de pronto rendimiento, básico para su alimentación. Esta obligación solo existe cuando se trate de la explotación de parcelas de extensión menor de veinte (20) hectáreas en los suelos de las clases V, VI, VII y VIII, de diez (10) hectáreas, en los suelos de las clases I, II, III o IV, de acuerdo con la clasificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

"La ley abrió la posibilidad de que el dueño de tierra diera al aparcero un lote adicional, y el Decreto volvió esa posibilidad una OBLIGACION.

"Y el artículo 21 del decreto reglamentario estableció también:

"Cuando el contrato celebrado entre el propietario y el aparcero o grupo de aparceros tenga como objeto la siembra de pastos, *se observarán* estas reglas:

a) *El propietario entregará* al aparcero o grupo de aparceros para su exclusivo goce una parcela que en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) hectáreas.

"Este literal también convirtió en OBLIGACION lo que la ley estableció como una POSIBILIDAD.

"Este literal acusado, si se hubiera redactado en esta forma: EL PROPIETARIO PODRA ENTREGAR... no hubiera violado la ley que reglamenta.

"Pero es más. Respecto a este literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975. Hay un grave problema y es el siguiente: Si un propietario de una parcela de tres (3) hectáreas la quiere dar en aparcería para siembra de pastos de corte de alta selección, ¿cómo puede cumplir con la obligación de darle al aparcero o grupo de aparceros, para su exclusivo beneficio, tres (3) hectáreas de tierra, si la parcela solo tiene tres (3) hectáreas?

"Estamos en presencia de nuevas normas de obligaciones que no impuso la Ley 6ª de 1975, sino que estableció el Decreto reglamentario, so pretexto de reglamentar una facultad, una posibilidad, o una potencia que la ley dejó en manos de las partes contratantes.

II. *Constitución Nacional.*

"Establece el artículo 120 de la Constitución Nacional:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

"....

"3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

"Antes de la expedición del artículo 72 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que atribuyó al honorable Consejo de Estado el conocimiento de las acusaciones de inconstitucionalidad de los decretos reglamentarios, la honorable Corte Suprema de Justicia se pronunció repetidas veces sobre el alcance de la potestad reglamentaria que el Presidente de la República tiene. Me permito transcribir tan solo unas importantes doctrinas, que en sus partes pertinentes dicen:

" 'La Corte considera: la potestad reglamentaria tiene dos características: el primero es un factor esencial de la Administración Pública y el segundo lo constituye su imperio general y obligatorio como desarrollo de la ley. Este doble carácter proviene no solo de los principios generales sino de textos expresos de la Carta Fundamental; por eso al Presidente de la República corresponde velar por el exacto cumplimiento de las leyes, como suprema autoridad administrativa, y también ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo los decretos conducentes a la cumplida ejecución de la ley. La potestad reglamentaria va encaminada no solamente a hacer práctica la ejecución de las leyes, sino también a desarrollar el pensamiento del legislador, en ocasiones demasiado concreto y sintético en las normas generales. Tal potestad está limitada en cuanto al ejercerla se modifique o viole la ley que se reglamenta o invada la acción del legislador, decretando normas que solo a éste competen y que no están comprendidas dentro del espíritu de la ley que se reglamenta". (Sentencia, 26 de junio, 1940. Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón, G. J. T. XLIX, número 1957-58, página 464).

"La potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Const. Nal. artículo 120, ord. 3º), no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o *adicionar* las leyes; por medio de tal potestad el Ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de los mandatos del Congreso. El Gobierno no puede variar en lo mínimo, lo que pudiera llamar la sustancia de la voluntad del legislador consagrada en la ley, lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta". (Sentencia, 11 octubre, 1912, XXI, número 159; auto 2, noviembre 1916, XXVI, página 35).

"La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritud de la ley.

"Aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa dificultad desaparece si se tiene en cuenta, conforme a nuestra legislación, los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión, y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu". (Sentencia Sala Plena, 4 de septiembre de 1939, G. J. XLVIII, página 615).

"Es de anotar que el ordinal c) del artículo 120 de la actual codificación constitucional, corresponde exactamente al ordinal d) del artículo 120 de la Constitución de 1886, a pesar de tantas reformas que ha sufrido la Constitución Nacional. Por ello son aplicables las doctrinas que a través de todas las épocas sentó la honorable Corte Suprema de Justicia, y son

de recibo los comentarios de los tratadistas. Así me permito transcribir los comentarios de don José María Samper y del doctor Francisco de Paula Pérez.

"Dice el primero:

" 'Por lo tocante a la potestad reglamentaria, está en la lógica misma la legislación. No es posible que el legislador prevé todas las dificultades materiales que suelen ocurrir en la ejecución de las leyes, ni que determine minuciosamente todas las diligencias que en la práctica son consiguientes al cumplimiento exacto de aquéllas. Conocedor constante de las necesidades administrativas y de los medios prácticos de acción, el Presidente es quien puede mejor reglamentar la parte mecánica de la ejecución de las leyes, con sujeción a las reglas orgánicas o substantivas que éstas contienen'. (José María Samper, "Derecho Público Interno de Colombia", tomo II, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951, página 290).

"El doctor Pérez comenta así este literal del artículo 120:

" 'Se denomina potestad reglamentaria la que tiene el Ejecutivo para dictar providencias que faciliten la aplicación de las leyes.

" 'La reglamentación debe ceñirse al pensamiento del legislador, sin desvirtuarlo; debe dirigirse a respaldar su autoridad, no a menguarla; debe concretarse a lo indispensable, y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en el orden a la ejecución de las leyes.

" 'La facultad reglamentaria exige una fidelidad completa, en quien la ejerce, para consultar el espíritu de las disposiciones que se quieren aclarar, procurando su mejor inteligencia y eficacia. De otro modo se implantaría un régimen dictatorial.

" 'Por medio del segundo grupo, cuando se ejerce una función reglamentaria dentro de las leyes, se dan disposiciones de fuerza obligatoria y que hacen parte de la legislación común. Mas si su expedición se aparta de las bases fijadas por el legislador, las nuevas normas que establezcan no pueden hacerse efectivas por atentar contra la integridad constitucional y legal. Constituyen tales actos verdadera extralimitación de funciones'. (Francisco de Paula Pérez, 'Derecho Constitucional Colombiano', tomo II, Biblioteca de Autores Colombianos, tercera edición. Bogotá, 1952, páginas 128 y siguientes).

"Tanto la honorable Corte Suprema de Justicia, como el señor Samper y el doctor Pérez explican con toda claridad el alcance de la facultad reglamentaria que le corresponde al Presidente de la República. Cualquier otro comentario sobraría.

"Se violó el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, porque el Presidente de la República al incluir en el Decreto reglamentario número 2815 de 1975 los literales que se acusan, fue más allá del pensamiento del legislador, es decir, impuso unas OBLIGACIONES que la ley que se reglamentó tenía como POSIBILIDAD, FACULTAD o PODER DISCRECIONAL DE LAS PARTES, como antes se analizó.

"III. *Ley 153 de 1887.*

"El artículo 12 de la Ley 153 de 1887, dice:

"Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán apli-

cables mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a doctrina legal más probables".

"Es de anotar que 'doctrina legal más probable' ya no existe entre nosotros).

"El artículo que se acaba de transcribir es lógica consecuencia del principio de la Constitución y las leyes sobre los decretos del Gobierno, y los literales acusados, al ser contrarios al artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, no pueden ser aplicados".

Por auto de 9 de junio de 1976, al decidir la petición de suspensión provisional de las normas acusadas, se accedió a decretarla, con las siguientes razones:

"Sabido es que la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (artículo 120, ordinal 3º, Constitución Política), no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes.

"En el caso *sub júdice,* mientras la Ley 6ª de 1975, en su artículo 6º faculta a los contratantes para determinar la entrega al aparcero, una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, las normas acusadas, convierten esa facultad de los contratantes, esa posibilidad de que mediante mutuo acuerdo el aparcero reciba el citado beneficio, en UNA OBLIGACION para el propietario, como expresamente lo dicen las normas acusadas:

"'*Son obligaciones* de la parte que suministra la parcela...' reza el artículo 7º, impugnado, '...el propietario entregará...' afirma el artículo 21, literal a) acusado.

"Basta, pues, la simple comparación de las normas acusadas con la ley reglamentada, para que surja diáfana y manifiesta la violación de la norma positiva superior, lo que hace procedente la suspensión provisional impetrada".

Surtido el trámite de rigor, ha llegado el momento de dictar sentencia, lo que se hace con las siguientes consideraciones:

El concepto Fiscal

El señor Fiscal 2º de la corporación, doctor Gilberto Gartner Posada, conceptúa en el sentido de que la demanda debe prosperar, con base en las siguientes argumentaciones:

"De la comparación entre las normas acabadas de transcirbir, con el texto de las disposiciones acusadas, necesario es concluir que al impugnador le asiste toda la razón, ya que en verdad no es lo mismo establecer que 'los contratantes podrán determinar que el propietario entregue al aparcero, adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra para su uso y goce exclusivo', a disponer como obligación para el propietario la de suministrar al aparcero una porción de tierra. Por la primera locución se otorga a las partes un *poder,* una *facultad* para determinar que el propietario entregue al aparcero, adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra que su uso y goce exclusivo. En cambio la norma acusada impone la OBLIGACION de suministrar al aparcero una porción de tierra.

"Si la intención del legislador hubiera sido la de imponer como obligación del propietario la entrega de una parcela para su uso y goce exclusivo, cualquiera que fuere la extensión de la finca rural, lo hubiere establecido expresamente en el artículo primero de dicha Ley 6ª que trata precisamente sobre las 'obligaciones del propietario'.

"El artículo 22 de la mencionada Ley 6ª, que es una reproducción del artículo 10 del Decreto-ley 290 de 1957, dispone que en toda propiedad rural se destinará conjunta o separadamente al menos media hectárea por familia para que el personal permanente de la misma pueda hacer cultivos de corta duración en su propio beneficio, pero advierte ese mismo artículo que la propiedad debe ser 'mayor de 200 hectáreas no están obligados a destinar parcela alguna para el uso exclusivo del aparcero'.

"Al generalizar dicha obilgación del Decreto reglamentario, sin hacer distinción del área que debe tener la propiedad rural, desbordó la potestad reglamentaria, por cuanto constituye una modificación ostensible a la ley que reglamenta.

"En cuanto hace a la acusación del ordinal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, igualmente se observa un desbordamiento de la potestad reglamentaria. Nótese cómo mientras que allí se dispone que 'el propietario entregará al aparcero...', en la norma reglamentaria se dice que: 'a) La parcela que el propietario dé en goce exclusivo al cultivador no será inferior a tres (3) hectáreas'.

"La disposición de la ley debe interpretarse en consonancia con el resto del articulado. Con este entendimiento debe aceptarse, entonces, que la disposición acabada de citar tiene vigencia y es aplicable solamente cuando se haya pactado entre las partes que el propietario entregue una parcela para el uso y goce exclusivo del aparcero, suministro que se torna obligatorio en los casos y con las limitaciones de que trata el artículo 22 de la Ley 6ª, ya transcrito. Pero no puede hacerse extensivo a toda clase de propiedades, como lo hizo el decreto reglamentario en la forma que se acusa.

"Precisando un poco el contenido de estas disposiciones, se tiene que, de conformidad con la Ley 6ª de 1975, los contratantes podrán establecer que el propietario entregue al aparcero, adicionalmente a la parcela dada en aparcería, una porción de tierra para uso y goce exclusivo, ubicada en el lugar en que aquéllos convengan, de preferencia, en un sitio próximo a la vivienda del aparcero, con derecho a establecer en ella cultivos de pronto rendimiento, básicos para la alimentación (artículo 6º).

"Pero cuando la propiedad rural es mayor de 200 hectáreas, se hace obligatoria la destinación conjunta o separadamente al menos de media hectárea por familia, sin obligación de exceder de las superficies de que habla el artículo 22 de la misma ley. Y cuando el contrato que celebran el propietario y el cultivador de tierras verse sobre la siembra de pastos, la parcela que el propietario dé en goce exclusivo al cultivador no será inferior a tres (3) hectáreas (artículo 26 ib.).

"Se concluye de lo anterior, que al establecer el decreto reglamentario la obligación para el propietario de suministrar una porción de tierra para el uso y goce exclusivo del aparcero, sin hacer distinción alguna en cuanto al área de la propiedad rural, estableciendo una norma nueva, no traída por la ley reglamentada que afecta de nulidad a la disposición así dictada.

"Es, pues, evidente que el Gobierno Nacional al expedir las normas que se acusan, se excedió en la potestad reglamentaria al hacer extensiva una obligación no comprendida en la norma reglamentada violando así normas de superior jerarquía, violación que se manifiesta de la sola confrontación de los textos corrrespondientes, tal como lo dedujo el honorable Consejero Sustanciador para acceder a la suspensión provisional pedida con la demanda.

"Es suficiente lo anterior para conceptuar que las súplicas de la demanda deben prosperar".

SE CONSIDERA:

La simple comparación de la norma contenida en el artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, con las disposiciones de los literales c) del artículo 7º y a) del artículo 21 del Decreto reglamentario 2815 de 1975, demuestra, sin necesidad de mayor análisis, que mientras el legislador creó para las partes, una simple facultad, una posibilidad, de que se entregue al aparcero, además de la parcela contratada, una porción adicional de tierra, a título gratuito, para su explotación, el reglamento convierte esa facultad en obligación.

Surge lo anterior de la simple consideración del sentido natural y obvio de los términos usados por el legislador "PODRAN" y del reglamento "ENTREGARA", "SON OBLIGACIONES...".

Reiteradamente ha dicho esta corporación que la potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, pero el Gobierno so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar, ni restringir, ni contrariar el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley o contrariándolas, porque ello no sería *reglamentar*, sino *legislar*. El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada, so pena de que se viole el artículo 120, ordinal 3º de la Carta Fundamental, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y, obviamente, la misma ley reglamentada, que es, precisamente, lo que ha ocurrido en el asunto *sub júdice* y por ello, la demanda prospera.

En mérito de las breves consideraciones anteriores, 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:

Primero. Es nulo el literal c) del artículo 7º del Decreto número 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975", y que dice:

> "c) Suministrar al aparcero para su uso y aprovechamiento exclusivos, una porción de tierra equivalente al 5% del área objeto del contrato de participación, en el lugar que determinen, preferencialmente en el sitio próximo a la vivienda que se le haya destinado al aparcero, con libertad para establecer en ella cultivos de pronto rendimiento básicos para su alimentación. Esta obligación solo existirá cuando se trate de explotación de parcelas de extensión menor de veinte (20) hectáreas en los suelos de las clases V, VI, VII y VIII o de diez (10) hectáreas, en los suelos de las clases I, II, III o IV, de acuerdo con las clasificaciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi".

Segundo. Es nulo el literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975" y que dice:

> "a) El propietario entregará al aparcero o grupo de aparceros para su exclusivo goce una parcela que en ningún caso podrá ser inferior a tres (3) hectáreas".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Revalídese el papel común que lo requiera.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Portocarrero M., Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día quince de abril de mil novecientos setenta y siete.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CARTA DE CREDITO. — Su régimen. — Se denegó la petición de suspensión provisional del artículo 3º del Decreto reglamentario número 2756 de 1976.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Ref: Expediente número 2633. Actor: Guillermo Cortés Gutiérrez.

El señor Guillermo Cortés Gutiérrez pide que se declare la nulidad del artículo 3º del Decreto reglamentario número 2755 de 1976, porque lo considera violatorio de los artículos 76, ordinales 1º y 2º y 120, ordinal 3º, de la Constitución, 26 y 1602 del Código Civil, 2º, 822, 1408, 1413, 1415 y 2035 del Código de Comercio, en cuanto al disponer que "los documentos que deben presentarse para la utilización de una carta de crédito han de reflejar una operación cierta de compraventa de mercancías", extralimitó la potestad reglamentaria, ya que los artículos 1408, 1413 y 1415 del Código de Comercio no se refieren exclusivamente a un contrato de compraventa, y los artículos 1602 del Código Civil, 2º, 822, 1406, 1409 y 1413 del Código de Comercio reconocen y garantizan la libertad contractual y el artículo 1415 ibédem, por el contrario, que "la carta de crédito es *independiente* del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito" (el demandante subraya).

Por los motivos expuestos, y por considerar que la norma cuestionada es manifiestamente violatoria de los preceptos que invoca como infringidos, también pide que se disponga la suspensión provisional.

SE CONSIDERA

La demanda es admisible porque reúne los requisitos formales y se presentó acompañada de copia autenticada del acto cuestionado. En consecuencia, es preciso resolver la petición de suspensión provisional, mediante las siguientes consideraciones:

1ª *El acto cuestionado.* El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2756 de 1976, reglamentario, según su propio epígrafe, de los artículos 1406, 1409 y 1413 del Código de Comercio dispuso que las cartas de créditos transferibles no pueden negociarse por endoso (artículo 1º), que el obligado al pago de una carta de crédito, "al momento de la negociación o cancelación, según el caso, deberá identificar plenamente al beneficiario de la misma", dejando las constancias en "los registros respectivos" (artículo 2º) y que "los documentos que deben presentarse para la utilización de una carta de crédito han de reflejar una operación cierta de compraventa de mercancías" (artículo 3º). Esta última disposición es el objeto de la acción.

2ª *El régimen de las cartas de crédito.* El artículo 1400 del Código de Comercio dispone que "se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante

el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal, a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos". El artículo 1409, ordinal 6º, señala, entre los elementos de la carta de crédito, *"los documentos y requisitos que deban presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito"*, y el artículo 1415 ídem, dispone que "la carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito abierto", y que, "en consecuencia, ni el banco emisor, ni el banco corresponsal, en su caso, contraerán ninguna responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efecto legal de ningún documento concerniente a dicho contrato; ni en cuanto a la designación, cuantía, peso, calidad, condiciones, embalaje, entrega o valor *de las mercancías* que representen los documentos (se subraya); ni en lo referente a las condiciones generales o particulares estipuladas en la documentación, a la buena fe o a los actos del remitente o cargador, o de cualquiera otra persona; ni a lo que atañe a la solvencia, reputación, etc., de los encargados del transporte o de los aseguradores *de las mercancías*" (se subraya).

3ª *La norma cuestionada y el régimen de las cartas de crédito.* Según las normas transcritas, específicamente los artículos 1409, ordinal 6º y 1415 del Código de Comercio, por una parte, la carta de crédito debe contener determinados elementos, entre ellos, "los documentos y requisitos que deben presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito" y, por otra, para los efectos relacionados con el banco emisor y el corresponsal, "es independiente del contrato con el cual haya de aplicarse el crédito abierto", que, aunque la ley no lo especifica, por su denominación, según los términos reiterados del artículo 1415 del Código de Comercio se refiere, por lo menos prima facie, a la compraventa de mercancías, cuya prueba exige el artículo 3º del Decreto 2785 de 1976. Además, si el artículo 1602 del Código Civil, al cual se remiten los artículos 2º y 822 del Código de Comercio, garantizan la libertad contractual, el artículo 3º del Decreto 2756 de 1976 no los contraría, por lo menos de modo manifiesto, porque, por una parte, reglamenta uno de los requisitos de la carta de crédito y, por otra, no prohibe ni se opone a que los particulares contraten libremente, los cuales pueden, si lo consideran necesario, acogerse al régimen de las cartas de crédito. En consecuencia, es preciso denegar la petición de suspensión provisional.

Por lo expuesto se resuelve:

1º Se admite la demanda y se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

b) Fíjase en lista por el término legal;

c) Comuníquese al Gobierno Nacional la admisión de la demanda por conducto del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

2º Deniégase la petición de suspensión provisional.

Notifíquese.

Humberto Mora Osejo.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

PERIODISMO. — Reglamentación de su ejercicio profesional (Ley 51 de 1975). — La tarjeta profesional. — Ejecución, control del cumplimiento de la ley e inspección y vigilancia del Estado, a través del Ministerio de Educación, respecto a esta profesión. — Cancelación y suspensión de la licencia o tarjeta. — Se declaró la nulidad del último inciso del artículo 14 y del artículo 15 del Decreto reglamentario número 733 de 1976.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., mayo diez y seis (16) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Sesión del dia mayo 6 de 1977.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Referencia: 2479. Actor: Círculo de Periodistas de Bogotá —CPB—.

El Círculo de Periodistas de Bogotá, en ejercicio de acción pública, demanda la nulidad de varias disposiciones del Decreto número 733 de 1976 (abril 22), por el cual se reglamentó la Ley 51 de 1975, relativa al ejercicio del periodismo.

Síntesis de los cargos de ilegalidad.

Primero. a) En concepto del demandante, el artículo 5º del decreto acusado es parcialmente nulo, en cuanto dispone que "el Ministerio de Educación podrá suspender o cancelar la tarjeta profesional, cuando el titular infringiere las disposiciones constitucionales o legales en materia de periodismo o cuando, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, hubiere sido judicialmente declarado responsable de perjuicios causados a terceros en desarrollo de su actividad periodística".

El demandante subraya que el cargo se limita al otorgamiento de competencia al Ministerio de Educación Nacional para suspender o cancelar la tarjeta profesional sin la definición legal previa de los hechos constitutivos de la causal para la imposición de tales sanciones, lo cual implica quebranto de la garantía constitucional consagrada en el artículo 28 de la Carta, según la cual "aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado 'ex-post facto' sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinado la pena correspondiente".

b) Agrega el demandante, que el poder de policía atribuido al Ministro de Educación por virtud del decreto acusado, entraña violación de la Carta, pues ese poder solo puede otorgarse mediante una ley formal.

Segundo:

Afirma el demandante que el inciso 2º del artículo 11 del Decreto 733 de 1976, en cuanto dispone que los aspirantes improbados en el examen para obtener la tarjeta profesional de periodistas solo podrán presentar nuevo examen después de transcurridos seis meses de la primera prueba, implica violación del artículo 39 de la Carta, pues no es dable consagrar por vía reglamentaria un precepto de esta naturaleza, que según el artículo citado es de competencia de la ley.

Tercero:

Se afirma en la demanda que el término de 90 días, señalado en la última parte del inciso 2º del artículo 13 del Decreto reglamentario 733 de 1976, también quebranta el artículo 39 de la C. N., porque ese plazo no está previsto en la ley reglamentada y su señalamiento le compete al legislador.

Cuarto:

Estima el demandante que la integración del Consejo Nacional de Periodismo con los Ministros de Educación, Gobierno y Comunicaciones, en los términos de los literales a), b) y c) del artículo 16 del Decreto reglamentario número 733 de 1976, entraña violación del artículo 39 de la C. N., porque mediante acto reglamentario no puede el Gobierno hacer algo que la Carta le reserva al legislador.

Agrega que la parte pertinente del acto acusado viola el artículo 20 de la C. N., en cuanto adiciona las atribuciones legales propias de cada uno de esos Ministerios.

Considera el demandante que el precepto reglamentario viola también el artículo 13 de la propia ley reglamentada, pues ésta limitó el ejercicio de la función consultiva del Gobierno en todo lo pertinente a la aplicación de dicha ley, a las juntas directivas de las organizaciones periodísticas de carácter gremial.

Quinto:

A juicio del actor el artículo 15 del decreto reglamentario acusado, viola el artículo 12 de la Constitución Nacional, en cuanto contiene una prescripción sobre responsabilidad civil o penal de los medios de comunicación, que la Carta reserva al legislador.

Sexto:

Se sostiene en la demanda que el último inciso del artículo 14 del Decreto 733 de 1976, viola el artículo 309 del C. R. P. y M., porque autoriza la imposición de sanciones en cuantía superior a la prevista en esta última disposición. Agrega que las penas correccionales deben tener origen en la ley y no en normas de carácter reglamentario.

El concepto Fiscal:

El señor Agente del Ministerio Público termina su vista en los siguientes términos:

> "En resumen, en concepto de esta Fiscalía, debe accederse a lo pretendido en cuanto se refiere a la nulidad parcial del artículo 5º; de la última parte del inciso 2º del artículo 13 y de los ordinales a), b) y c) del artículo 16 del Decreto 733 de 1976, y negarse la nulidad del inciso 2º del artículo 11, por las razones ya expuestas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspectos generales.

En un régimen político como el que nos rige, estructurado bajo el principio de la libertad, todas las personas disfrutan al menos, de la posibilidad jurídica de realizar su vida en la forma como mejor se adecúe a su vocación, a sus anhelos, a sus ideas o sus creencias. Pero la necesidad de garantizar a todos esa libertad supone reglas que concilien el ejercicio del derecho de cada uno con el el de los demás; de otra parte, el hecho de que la vida humana solo sea posible dentro de un contexto social supone, a su vez, un condicionamiento al bien de la comunidad. El orden jurídico se hace eco de estas dos categorías de factores y, con fundamento en ellas, prescribe el régimen de la libertad.

Ordinariamente este régimen que la Constitución defiere a la ley, tiene un carácter represivo en cuanto señala las conductas lesivas del derecho ajeno o contrarias al bien común y determina las sanciones correspondientes. Pero en ciertos casos, cuandoquiera que el ejercicio de alguna forma de la libertad pueda comprometer en forma grave el interés colectivo, ya sea por sus repercusiones sobre el orden público, o el derecho de los demás, o cuando la realización del bien común no sea posible sino a través de un condicionamiento más severo de la actividad de los particulares. A los requerimientos de aquél, la propia Constitución instituye sistemas jurídicos de tipo preventivo, sin perjuicio de la normatividad represiva ordinaria. Dentro de ese criterio nuestra Constitución somete el ejercicio de ciertas actividades a la inspección y vigilancia estatal. Tal es el caso de la enseñanza (artículos 41 y 120 numeral 12), del crédito y de la actividad de las sociedades mercantiles (artículo 15), de las instituciones de utilidad común (artículo 120, numeral 19) y de las profesiones y oficios (artículo 39).

En desarrollo de las disposiciones constitucionales que se mencionan y, en todo caso, bajo el presupuesto fundamental de la libertad, el legislador suele condicionar su ejercicio a una licencia otorgada por la autoridad pública después de acreditar ciertos requisitos; así mismo prescribe limitaciones, señala finalidades, consagra prohibiciones, etc., en una palabra, configura el cauce general del ejercicio lícito y, a la vez, asigna específicamente a determinada autoridad la función de velar por el cumplimiento cabal de sus disposiciones.

En el caso específico de las profesiones y oficios, prescribe el artículo 39, C. N., que es potestativo de la ley exigir títulos de idoneidad y le confiere al Congreso la competencia para reglamentar el ejercicio de las profesiones; así mismo prevé como función propia de la autoridad administrativa su inspección y vigilancia, en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. De esta suerte la Constitución señala el marco general dentro del cual el legislador debe ejercer las competencias normativas para armonizar la libertad y el bien común mediante la expedición de estatutos que, a su vez, le permitan a la autoridad administrativa el desempeño de sus atribuciones de inspección y vigilancia.

En desarrollo de los anteriores preceptos constitucionales se expidió la Ley 51 de 1975, "por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo". No podría decirse que este estatuto sea un modelo de legislación sobre la materia, pues fácilmente se advierte que el mayor énfasis radica en la defensa y seguridad del gremio, con descuido notorio de las obligaciones y responsabilidades que debe aparejar el ejercicio de una profesión, que tiene tanta incidencia en la vida de la comunidad. No obstante, los fines consignados en la ley, cuando menciona entre sus objetivos el de "garantizar la libertad de información y de expresión" (artículo 1º) y cuando prescribe que su aplicación debe perseguir "la observancia de una estricta ética profesional", implican la exigencia a los profesionales del periodismo de una conducta acorde con la realización de tales fines.

De acuerdo con los artículos 3º, 4º y 5º de la ley, para ejercer permanentemente la profesión de periodista se requiere un título en la especialidad, o la comprobación de haberla ejercido durante un lapso no inferior a cinco años anteriores a la vigencia de la ley, o de tres años también anteriores a la ley, caso en el cual, debe aprobarse un examen de cultura general y de conocimientos periodísticos. Solo después de comprobar estos requisitos en la forma señalada, el Ministerio de Educación Nacional podrá otorgar la tarjeta profesional, único documento por medio del cual se acredita la calidad de periodista profesional. De los términos de la ley se viene en conclusión que la tarjeta profesional equivale, como en otras profesiones, a una licencia o permiso que habilita para el ejercicio de la actividad correspondiente.

Ha sostenido esta misma Sala (sentencia de 6 de octubre de 1976 expediente 2243), que "en toda licencia o permiso para ejercer una actividad para la cual la ley exige condiciones o requisitos, está ínsita la facultad de la Administración para cancelar o suspender la licencia o permiso si, con posterioridad a su otorgamiento se han dejado de cumplir las condiciones y los requisitos, previstos en la ley" o se ha ejercido la actividad contrariando los deberes u obligaciones impuestos en el permiso, o contenidos en la ley. En la misma sentencia agregaba la Sala lo siguiente:

> "En relación con actividades sometidas a la inspección y vigilancia del Estado, el mecanismo de las licencias y de los permisos es uno de los instrumentos jurídicos de que se vale la ley para hacer viable y efectiva esa función, pues gracias a los requisitos que se exigen para su otorgamiento y a las condiciones para ejercer la actividad correspondiente, el Estado tiene la posibilidad de velar porque la actividad vigilada se desarrolle dentro de los cauces y para las finalidades previstas en la ley. Tal es el caso de la enseñanza, la cual si bien es libre, no obstante debe impartirse para cumplir unos fines generales que la propia Constitución determina: por esto último, el estatuto fundamental le reserva al Estado su inspección y vigilancia".

Si, como se dijo anteriormente, el otorgamiento de la tarjeta profesional de periodista tiene, según la Ley 51 de 1975, el carácter de una licencia para ejercer la profesión del periodismo, y si, además, esa profesión está sometida a inspección y vigilancia del Estado por ministerio de la Constitución Nacional y de la misma ley, ha de concluirse que la autoridad administrativa encargada de ejercer esa vigilancia tiene competencia para cancelar o suspender la licencia o tarjeta, cuando se compruebe que su titular ha incumplido sus obligaciones legales y reglamentarias. De no ser así, la autoridad carecería de los atributos idóneos y apropiados para ejercer la inspección y vigilancia que le asigna la propia Constitución. Aún más, si la ley prescribe que el periodismo debe ejercerse con observancia de una estricta ética profesional (artículo 13, Ley 51 de 1975), ello significa que, por ministerio de la ley se le ha conferido a la ética profesional una entidad jurídica y que, en tal virtud, por la vía reglamentaria es posible desarrollar la exigencia del precepto legal mediante la adopción de un catálogo de deberes cuyo incumplimiento puede acarrear la suspensión o la cancelación de la licencia o tarjeta profesional.

Varias disposiciones de la Ley 51 de 1975 señalan al Ministerio de Educación como la autoridad encargada de reglamentar los exámenes de cultura general y de conocimientos periodísticos [artículo 3º, literal c), de otorgar la tarjeta profesional (artículo 5º), de imponer las multas previstas en el artículo 7º] lo cual significa que ese Ministerio es el órgano a través del cual el Gobierno Nacional prové lo concerniente para la ejecución de la ley y velar por su cumplimiento ello quiere decir que esa y no otra autoridad administrativa es la encargada de

ejercer, por ministerio de la ley, la inspección y vigilancia sobre el ejercicio de la profesión del periodismo.

II. Examen específico de los cargos formulados en la demanda.

Primer cargo. Sostiene el demandante que el artículo 5º del Decreto acusado es parcialmente nulo, en cuanto confiere competencia al Ministerio de Educación Nacional para suspender o cancelar la tarjeta profesional, sin la previa definición legal de los hechos constitutivos de causales para la imposición de tales sanciones.

El precepto acusado, es del siguiente tenor:

> "Previo concepto del Consejo Nacional de periodismo a que se refiere el artículo 16 del presente Decreto, el Ministerio de Educación Nacional podrá suspender o cancelar la tarjeta profesional, cuando el titular infringiere las disposiciones constitucionales o legales en materia de periodismo o cuando, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, hubiere sido judicialmente declarado responsable de perjuicios causados a terceros en desarrollo de su actividad periodística".

Quedó demostrado anteriormente que la propia ley le ha atribuido al Ministerio de Educación la función de ejercer la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodista. Igualmente, quedó demostrado que las funciones de inspección y vigilancia aparejan la facultad de cancelar o suspender las licencias o permisos que se otorguen para poder ejercer la actividad sometida a inspección y vigilancia, todo lo cual obliga a concluir que la norma acusada constituye un desarrollo perfectamente legítimo del artículo 39 de la Carta Fundamental y de las disposiciones de la Ley 51 de 1975.

Tampoco es aceptable el argumento fundado en la ausencia de una previa definición legal de los hechos constitutivos de causal para la suspensión o la cancelación, pues la propia disposición acusada se remite en este punto a la infracción de las disposiciones constitucionales y legales preexistentes en materia de prensa y de periodismo, cuyo cumplimiento constituye el deber primordial de quien ha obtenido la licencia para ejercer la profesión de periodista. Por lo demás el artículo 28 de la Constitución no solo contempla la definición de hechos constitutivos de infracción a través de la ley normal, sino también por medio de decretos, como es el distinguido bajo el número 733 de 1976, del cual hace parte el artículo 5º, acusado.

b) Si la potestad de cancelar o suspender una licencia o permiso es algo inherente a la función de inspección y vigilancia de determinada actividad y si la suspensión o cancelación constituyen actos correlativos al concepto jurídico de la licencia que se otorga para ejercer una actividad dentro de determinado marco legal, entonces es preciso concluir que tal potestad tiene un carácter eminentemente administrativo y que, en tal virtud, la autoridad legítima para ejercerla es precisamente la señalada en la ley como órgano de inspección y vigilancia, la cual, para el caso es el Ministerio de Educación, según las disposiciones de la Ley 51 de 1975 que se indicaron anteriormente.

Segundo cargo:

En concepto del actor el inciso segundo del artículo 11 del decreto acusado, por medio del cual se dispone que los aspirantes improbados en el examen para obtener la tarjeta profesional no podrán presentar nuevo examen antes de seis meses de la prueba anterior, es una norma que solo puede dictar el legislador, porque ella se refiere al ejercicio de una profesión.

Para la Sala es evidente que la disposición acusada no reglamenta el ejercicio de la profesión; regula un fenómeno anterior a la obtención de la tarjeta o licencia, que es el instrumento que habilita para ejercer la profesión. El precepto en cuestión persigue la debida ejecución de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 51 de 1975 sobre presentación de exámenes y es, por lo mismo, una norma típica de reglamentación, de las previstas en el literal c) del referido artículo 3º.

Tercer cargo:

Afirma el demandante que el término de 90 días señalado en el inciso 2º del artículo 13 del decreto acusado implica violación del artículo 39 de la C. N., porque ese plazo no lo prevé el legislador, único órgano competente para señalarlo.

Dice el parágrafo 1º del artículo 7º de la Ley 51 de 1975:

> "Quienes a la fecha de la expedición de la presente ley estén vinculados a un medio de comunicación, durante período inferior a tres años, podrán acogerse a lo dispuesto en el literal c) del artículo 3º de la presente Ley, y obtener la tarjeta profesional una vez cumplido el período requerido".

El texto transcrito es muy claro al disponer que quienes se hallen en la situación allí prevista y resuelvan acogerse a lo dispuesto en el literal c) del artículo 3º soliciten la tarjeta profesional, *una vez cumplido el período requerido,* vale decir tan pronto como esto haya ocurrido, o sea que no fue la intención del legislador dejar abierta en forma indefinida la posibilidad de formular la solicitud correspondiente. Por lo tanto, la fijación de un plazo de 90 días es medida que no solo armoniza con lo dispuesto en la ley sino que interpreta cabalmente su sentido para hacerle producir los efectos previstos en ella.

Cuarto cargo:

Según el artículo 13 de la Ley 51 de 1975, las juntas directivas de las organizaciones de carácter gremial o sindical que funcionen con personería jurídica *podrán* ser entidades consultivas del Gobierno Nacional en todo lo referente a la aplicación de la ley. Ello significa que el Gobierno dispone de la potestad de atribuir o no ese carácter a las entidades gremiales allí mencionadas. Por lo demás, cuando el legislador no dispone imperativamente la constitución de órganos de carácter simplemente consultivo, es claro que el Gobierno, como ejecutor de la ley, pueda señalar cuál sea su constitución y aún más: la función constitucional de administrar implica que el Gobierno puede crear otros órganos especiales de consulta, además de los creados por la ley. Si se trata de un mejor estudio de los problemas para lograr un mayor grado de acierto y de eficacia en la gestión, no habría razón válida para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, no pudiera emplear medios que se consideran óptimos y que, dada la naturaleza de la función consultiva, de ninguna manera pueden entrañar una limitación de sus potestades constitucionales.

Este principio fundamental de la organización administrativa está consagrado en nuestro Derecho en virtud de lo previsto en el artículo 16 del Decreto-ley 1050 de 1968 que a la letra dice:

> "Artículo 16. De los Consejos Superiores. En los Ministerios que el Gobierno determine habrá un consejo encargado de asesorar al Ministro en la formulación, coordinación y ejecución de la política o planes de acción. En su composición y funcionamiento se buscará una estrecha cooperación entre el sector público y el sector privado y la debida coordinación

tanto en el estudio de la política, los programas de cada ramo y la evaluación periódica de los resultados obtenidos, como en el examen de los problemas específicos que por su importancia se considere necesario someter al análisis del Consejo.

El Consejo Superior estará presidido por el Ministro respectivo y de él formará parte el Viceministro, el Secretario General y los gerentes o directores de las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio, y a su seno podrán ser llamados funcionarios de otras reparticiones administrativas, lo mismo que técnicos y representantes del sector privado.

Tales Consejos llevarán la denominación específica del Ministerio a que corresponden, precedida de las palabras 'Consejo Superior de...' El Jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio, o, en su defecto, otro funcionario del mismo, será su secretario y de sus deliberaciones y conclusiones se llevarán actas, cuyas copias serán enviadas a la Presidencia de la República.

Parágrafo. En los Ministerios en donde no se cree el Consejo previsto en este artículo, podrá autorizarse el funcionamiento de otra u otras unidades asesoras, conforme a la naturaleza de las actividades que desarrolle el organismo".

Al tenor de lo preceptuado en el artículo 19 del Decreto 733, que no fue objeto de la pretensión de nulidad formulada en este proceso, el Consejo Nacional de Periodismo, cuya constitución se determina en el artículo 16 del mismo Decreto, es un órgano puramente consultivo del Gobierno, sin ninguna facultad decisoria.

Por consiguiente, cuando por medio del referido artículo 16 del Decreto reglamentario acusado, el Gobierno determina la composición de este Consejo, incluyendo a tres Ministros del Despacho, estima la Sala que se ha hecho uso legítimo de un atributo constitucional inherente a la función administrativa. Naturalmente, la constitución de este organismo consultivo no impide que el Gobierno pueda consultar, cuando lo considere conveniente, a las juntas directivas de las organizaciones gremiales, tal y como está previsto en el artículo 13 de la Ley 51 de 1975.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de una función puramente consultiva y que, por lo mismo, no apareja ningún poder de decisión, no implica, como dice el actor, una adición o modificación de las competencias legales propias de cada Ministerio.

Quinto cargo:

Se acusa de ilegal el artículo 15 del Decreto 733 de 1976 en cuanto contiene una prescripción sobre responsabilidad, que solo puede expedir el legislador.

Dice el artículo 15:

"Para determinar las responsabilidades a que se refiere el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, el representante del medio de comunicación que utilice material que no hayan suministrado periodistas profesionales, será responsable de los perjuicios ocasionados por dicha utilización".

El artículo 11 de la Ley 51 de 1975 es del siguiente tenor:

"El periodista profesional no estará obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones".

Por otra parte resulta pertinente hacer aquí algunas breves consideraciones sobre que el artículo transcrito corresponde al que se pretende reglamentar con la norma acusada. La Constitución Nacional consagra la libertad de prensa, pero a la vez instituye su responsabilidad conforme a las leyes; por consiguiente todo precepto legal que impida o haga imposible deducir esa responsabilidad, está viciado de inconstitucionalidad; el artículo 11 instituye una reserva sobre las fuentes de información y el origen de las noticias, de la cual podrá hacer uso el periodista a voluntad suya, aun en los casos de investigaciones y procesos civiles sobre responsabilidad periodística; es obvio que cuando ello ocurra, no será posible precisar al responsable de informaciones injuriosas o calumniosas.

El precepto contenido en el artículo 11 de la Ley 51 de 1975 hace, pues, inocuo el principio constitucional de la responsabilidad de la prensa y por tal concepto es violatorio del artículo 42 de la C. N. En tal virtud no puede ser aplicado al tenor de lo estatuido en el artículo 215 de la misma Carta que dice:

> "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. (Artículo 54 del Acto Legislativo número 1 de 1945)".

Si el artículo 11 en mención no puede ser aplicado, obviamente, y con mayor razón aún, no puede ser materia de reglamentación ejecutiva. Esta razón sería suficiente para un pronunciamiento sobre la nulidad del artículo 15 del Decreto 733 de 1976. Pero en concepto de la Sala, a lo anterior se agrega la circunstancia de que el referido artículo 15 contiene, además, un principio o regla general determinante de una modalidad especial de responsabilidad que la ley no contempla y que, por lo mismo, no puede establecerse por la vía reglamentaria (artículo 20 C. N.).

Sexto cargo:

Se afirma en la demanda que por vía reglamentaria no pueden señalarse sanciones de multa no previstas en la ley, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 6º de la Ley 51 de 1975, pues para el caso debe estarse a las prescripciones contenidas en el artículo 309 del C. R. P. y M. Se agrega que, como el inciso final del artículo 14 del Decreto reglamentario 733 de 1976 contiene un señalamiento de esa naturaleza, viola la disposición del referido Código.

De conformidad con lo preceptuado en la disposición acusada el solicitante de la tarjeta profesional de periodista que no logre obtener de una organización gremial o sindical la constancia necesaria para acreditar uno de los requisitos previstos en la Ley 51 de 1975 podrá pedir que el Ministerio la solicite directamente y, en tal caso, la renuencia a expedirla dará lugar a sanciones de multa de $ 1.000.00 a $ 10.000.00 a favor del Tesoro Nacional. Se trata, pues, de un caso de desobediencia a la autoridad de la República para la cual los artículos 186-187 y 193 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970 y 522 de 1971), 309 del C. de R. P. y M., las leyes que lo adicionan y reforman, además de diversidad de disposiciones especiales, tienen previstas la sanción correspondiente, lo cual significa que una norma de esta naturaleza ha de tener carácter de ley y que el reglamento no pueda disponer nada en contrario. Por consiguiente, este cargo ha de tener prosperidad.

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

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad del último inciso del artículo 14 y del artículo 15 del mismo Decreto.

Segundo. No se accede a las demás peticiones de la demanda.

Comuníquese al Ministerio de Educación y remítasele copia de la sentencia. Previa ejecutoria, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Mora Osejo, Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, no asistió. *Alvaro Pérez Vives,* con aclaración voto.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

Aclaración de voto del Consejero Alvaro Pérez Vives.

Expediente número 2479. Actor: Círculo de Periodistas de Bogotá, CPB.

Ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla.

La argumentación central de la sentencia estriba en que, puesto que le es lícito al Gobierno crear juntas consultivas para el mejor desempeño de las funciones ejecutivas, juntas que no tienen poder decisorio sino de mera consejería, los artículos 5º, 13 y 19 del Decreto reglamentario 733 de 1976, son mero desarrollo de lo dispuesto por la Ley 51 de 1975, en particular por el artículo 13 del citado estatuto del periodista.

Considero que hay una confusión sobre el particular, porque si bien es cierto que el artículo 16 del Decreto-ley 1050 de 1968 faculta al Gobierno para crear consejos consultivos en los respectivos Ministerios, también lo es que tales consejos nada tienen que ver con los consejos gremiales creados por los particulares, como entidades privadas, a los cuales se refiere la Ley 51 de 1975, al decir que el Gobierno podrá asesorarse de estos consejos gremiales en lo relativo a la aplicación de dicha ley.

La forma como se crea e integra el Consejo Nacional de Periodistas en el Decreto 733, implica, en el fondo, la organización de una entidad sustitutiva de los consejos gremiales en referencia, entidad oficial permanente, a la que de modo obligatorio, según el artículo 5º del Decreto 733, debe pedir concepto el Gobierno cuando de aplicar sanciones por violaciones a la ética profesional o a los deberes del periodista se trate.

En esta forma, lo que según la ley es facultativo del Gobierno y se refiere a entidades privadas, según el decreto reglamentario es obligatorio y concierne a una entidad oficial.

La contradicción entre la ley y el reglamento ejecutivo es, pues, innegable.

Si por defecto de la demanda los anteriores conceptos no aparecen expresamente deducibles de su texto, ello no implica el que, al analizar el conjunto de la acusación, tales cargos no puedan derivarse de los fundamentos de aquélla.

Alvaro Pérez Vives, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., mayo 24 de 1977.

DECRETOS DEL GOBIERNO

ENSEÑANZA. — Sentido y alcance de los artículos 41 y 120, ordinal 12 de la Constitución Nacional.

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN. — Inspección y vigilancia sobre ellas por parte del Presidente de la República. Los reglamentos constitucionales o autónomos y el artículo 120, ordinal 19 de la C. N. — Vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República.

UNIVERSIDAD, SOCIEDAD Y ESTADO.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

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

Sesión del día 25 de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Ref.: Expedientes número 2310, 2320 y 2342. Actores: Carlos Holguín Holguín y otros.

Se deciden los juicios acumulados 2310, 2320 y 2342, promovidos por los doctores Abel Mercado Jarava, Carlos Holguín Holguín, Fernando Hinestrosa, Alvaro García Herreros, Antonio Cardona Londoño, Andrés Uribe Crane, Even Zetelius, Jorge Uribe Restrepo y Darío Correa Gómez y otros, cuyas firmas son ilegibles y cuyos nombres y cédulas no se indicaron en la constancia de la Secretaría, para que se declare la nulidad del Decreto número 554 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se establece la representación del Gobierno en los establecimientos de educación superior de carácter privado".

Los fundamentos de las acciones propuestas. Los demandantes fundamentaron sus respectivas acciones en la violación de las disposiciones que, específicamente, en seguida se indican:

1. *Juicio número 2320.* Los demandantes pidieron que se declare la nulidad del mencionado acto por violación, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

1º Sobre la base de considerar que existe la libertad inmanente de la cultura, afirman que la autonomía "es una coincidencia de todas las universidades, en términos constantes, depurados de toda contingencia, que rebasa al carácter de oficial o privada, de capitalina o provincial, de nacional, departamental o municipal que ostente cada una de las integrantes del conjunto, y del origen de la dependencia respectiva".

2º Pero el decreto cuya declaratoria de nulidad se solicita "dispone la participación de un agente oficial en las deliberaciones de los organismos estatuta-

riamente encargados de la orientación y dirección de los establecimientos universitarios privados, con la misión de llevar en aquéllos la vocería del Gobierno, lo cual, a nuestros ojos, trae consigo injerencia del Ejecutivo en tales campos, incompatible con la autonomía universitaria", con "menoscabo de las libertades constitucionales", a saber:

a) Los artículos 41 y 120, ordinal 15, de la Constitución de 1886, que tuvieron por antecedentes inmediatos el mensaje del Presidente Rafael Núñez al Consejo Nacional de Delegatarios y el acuerdo sobre reforma constitucional aprobado por éste el 1º de diciembre de 1885, dispusieron, respectivamente, que la "educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la religión católica" y que corresponde al Presidente, como suprema autoridad administrativa, "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional"; de donde se concluye que los preceptos transcritos no comprendieron "la instrucción o educación privada", la cual quedó sometida a un régimen de libertad igual al prescrito por el artículo 15 de la Constitución de 1863, salvo "algunos establecimientos privados de enseñanza, pero no como institutos docentes, sino solo en cuanto fueran instituciones de utilidad común y para los fines previstos sobre conservación de sus rentas en el numeral 21 del artículo 120";

b) El artículo 14 del Acto Legislativo número 1º de 1936, que corresponde al actual artículo 41 de la Constitución, "garantiza la libertad de enseñanza", como parte integrante de "los derechos civiles y garantías sociales", cuya limitación, tanto para la enseñanza pública como para la privada, es, por excepcional, de restrictiva interpretación, es un triple sentido: el órgano es el Estado, no el Gobierno, el cual, por tratarse de medidas reguladoras de una libertad pública, debe obrar por medio del Congreso, "como depositario inmediato de la soberanía popular" y "es la ley la que puede definir, ella sola, cuáles son los fines sociales de la cultura y qué se entiende por la mejor formación de los educandos en los ámbitos físico, moral e intelectual"; la materia está limitada a la "inspección y vigilancia", no a la intervención y a la dirección de la enseñanza pública y privada, como sucede también en casos similares contemplados por la Constitución, las cuales "no permiten interferencias en la dirección y administración del establecimiento y no se pueden confundir con cogobierno o coadministración o participación en uno u otra o en ambos", como así lo entendió el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 1971, y la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de abril de 1952; y es, así mismo, "la ley la que puede definir los fines y las bases de la inspección y vigilancia en materia educativa, tanto pública como privada";

c) El artículo 120-12 de la Constitución, a diferencia de lo que prescribe el artículo 41 ibídem, faculta al Presidente "para reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional", es decir, la "impartida directamente por la Nación", de la cual se excluyen, por lo mismo, la privada y la organizada por los departamentos y municipios, lo que también se deduce de la comparación textual de los artículos 41, 54 y 120-12 de la Carta. De lo contrario, "si el Gobierno pudiera dirigir los establecimientos privados de educación, habría que concluir que el artículo 120-12 habría derogado la garantía de la libertad de enseñanza, consagrada en el artículo 41, del Título III, la cual no tiene otra limitación que la inspección y vigilancia del Estado", sobre aquéllos;

d) Aun si se considera que la enseñanza privada es un servicio público la conclusión es la misma, porque el Estado no lo podría dirigir y porque las únicas consecuencias constitucionales "serían las de que la revisión y fiscalización de sus tarifas debería hacerse mediante ley, como lo ordena el artículo 39 de la Constitución, y que debería prohibirse la huelga en tales establecimientos, conforme al artículo 18";

e) El Gobierno Nacional, fuera de "los planteles públicos oficiales del orden nacional", tampoco puede "dirigir" los establecimientos públicos educativos de carácter nacional, como las universidades, porque su creación y la facultad de expedir sus estatutos básicos corresponde, según el artículo 76, ordinales 9º y 10, de la Constitución, al Congreso, por medio de leyes;

f) El decreto acusado no pertenece a la clase de los reglamentos constitucionales, porque el artículo 120-12 no es aplicable, como se ha expuesto, a los establecimientos de educación privada ni a los oficiales de origen departamental o municipal, fuera de que, "en la duda, debe privar la competencia general del Congreso". Es cierto que el Gobierno puede dictar reglamentos autónomos en ejercicio de las atribuciones que le da el artículo 120-19 de la Constitución, en relación con las instituciones de utilidad común, pero solo para que "sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas" y para que "se cumpla la voluntad de los fundadores"; además, según la jurisprudencia de la Corte, esa competencia "solo se aplica a funciones que tengan carácter de instituciones de utilidad común, no a corporaciones o asociaciones, sean éstas civiles o de carácter canónico"; pero, de todos modos, como en el caso del artículo 41 de la Constitución, "la inspección y vigilancia del Gobierno no implica dirección ni administración de tales entidades privadas". Además, el decreto acusado no se funda en el artículo 120-19 de la Constitución;

g) Los demandantes concluyen el análisis y sustentación de los cargos con la aseveración de que con el decreto acusado "se ha intervenido en la dirección y administración de entidades privadas, corporaciones, asociaciones o fundaciones del orden civil o canónico, no solo en el aspecto académico sino en todo el rodaje de su gestión patrimonial", con violación por aplicación indebida del artículo 41 de la Constitución, que garantiza la libertad de enseñanza y que permite inspeccionarla y vigilarla mediante ley, y del artículo 120-12 de la Constitución, porque solo da al Presidente las competencias a que se refiere "en relación con los planteles públicos oficiales del orden nacional". Los demandantes, así mismo, afirman que el decreto, cuya declaratoria de nulidad impetran, es violatorio del artículo 44 de la Constitución, porque modificó, desconociéndolos "los estatutos de personas jurídicas privadas", que "al invadir funciones que corresponden al Congreso, infringió el artículo 76 de la Constitución, en relación con el 2º, el 20 y el 56, que señalan la existencia de poderes públicos diferentes, cuyas funciones son separadas, aunque colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado", y que es violatorio del artículo 120-19 de la Constitución, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, en cuanto se aplica "a algunos establecimientos que no tienen tal carácter, y porque, respecto de las que sí lo tienen, excedería la noción de inspección y vigilancia, pues se extiende a fines diferentes de los previstos en la norma".

2. *Juicio número 2310.* El actor pidió que se declare la nulidad del artículo 1º del decreto impugnado, en suma, por violación de las siguientes normas:

a) El artículo 55 de la Constitución dispuso que el Poder Público se divide en ramas con el fin de que ejerzan funciones separadas pero armónicas y para que exista entre ellas un recíproco control; pero en este caso ocurre que una función atribuida a determinada Rama del Poder Público la ejerció otra distinta;

b) El artículo 41 de la Constitución garantiza la libertad de enseñanza, y prescribe que 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". Pero, las limitaciones a una libertad pública y la definición de "los fines sociales de la cultura" y las orientaciones básicas de la educación son atri-

buciones políticas propias del legislador, no del Gobierno, el cual es competente, según el tenor literal del artículo 120-12 de la Constitución, para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". De donde deduce que el Gobierno, al arrogarse, mediante la norma acusada, la competencia del Congreso, violó el artículo 76 en relación con los artículos 2º, 20 y 55 de la Constitución;

d) Como el Gobierno, al expedir el Decreto número 554 de 1975, abusó de sus funciones y usurpó las del Congreso, la norma acusada es también violatoria del artículo 66, inciso 2º, del C. C. A.

3. *Juicio número 2342.* El demandante pidió que se declare la nulidad del artículo 1º del decreto cuestionado, en resumen, por infracción de los siguientes preceptos:

a) Artículos 63 de la Constitución y 6º de la Ley 4ª de 1913, porque no fijó "las funciones que deberían ejercer sus representantes, ni existe una ley o reglamento que lo haga";

b) Artículos 76, ordinal 9º, y 120, ordinal 9º, de la Constitución, porque "además de no fijar sus funciones especiales, tampoco establece sus dotaciones o salarios, violando, por esto último, el artículo 76, ordinal 9º, de la Carta, ya que el cargo de delegado del Presidente de la República ante los Consejos Superiores o Consejos Directivos de las Universidades, no está determinado dentro de la estructura de la Administración, no existiendo, por ende, su remuneración";

c) Artículo 135 de la Constitución, porque si el artículo 1º de la Ley 202 de 1936 determina, entre las funciones que el Presidente puede delegar "la de inspección de la instrucción pública nacional", no es menos cierto que el invocado precepto constitucional señala taxativamente los funcionarios en los cuales se puede efectuar esa delegación.

Los impedimentos. Los Consejeros doctores Alfonso Arango Henao y Carlos Galindo Pinilla se declararon impedidos para conocer y, como sus respectivas manifestaciones fueron aceptadas por autos del 25 de agosto y del 19 de septiembre de 1975, se los reemplazó por los suscritos conjueces.

Las peticiones de suspensión provisional. Los demandantes pidieron, en las respectivas demandas, la suspensión provisional del acto impugnado, pero sus peticiones fueron denegadas, en los juicios número 2310 y 2342, por autos del 24 de julio y 1º de septiembre de 1975, respectivamente, que no fueron recurridos y, en el juicio número 2320, por auto del 24 de julio del año indicado, confirmado por el del 27 de octubre siguiente, que resolvió el recurso de súplica.

La acumulación. El señor Fiscal 1º de la corporación y el doctor Abel Mercado Jarava pidieron la acumulación de los juicios, lo que se dispuso por auto del 21 de junio de 1976.

El concepto del señor Fiscal. El señor Fiscal 1º del Consejo de Estado conceptúa que es preciso acceder a las peticiones de los demandantes, en síntesis, porque considera, de acuerdo con el salvamento de voto que transcribe, que el Gobierno no tenía competencia para expedir el decreto impugnado, ya que el carácter de "Jefe de Estado" que el artículo 120 de la Constitución le atribuye al Presidente, solo se refiere a las relaciones diplomáticas y que, la competencia que le otorga el ordinal 12 del indicado precepto, no comprende la enseñanza privada, sino exclusivamente la instrucción pública nacional. En este orden de ideas, concluye en los siguientes términos:

> "De lo dicho en el anterior escrito, lo mismo que de las citas que le antecedieron respecto del contenido de los artículos 41 y 120, numeral 12, de la Constitución Nacional, bien puede deducirse que la interpretación

más adecuada es la de que la 'inspección y vigilancia' que el Estado puede ejercer sobre 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', y de que trata el artículo 41, no puede asimilarse a las facultades que el Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, le corresponden a fin de 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional', de que habla el numeral 12 del artículo 120.

"Ni la inspección y vigilancia consagrada para el Estado sobre los establecimientos docentes, públicos y privados, puede extenderse hasta llegar a la facultad presidencial de intervenir en su reglamentación y dirección de los mismos; ni la autorización al Jefe del Estado, de reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, puede entenderse como facultad de intervenir, para tales efectos, en las universidades privadas.

"Sobre este particular, es muy significativa la afirmación que se hace en uno de los libelos, respecto de la autonomía de que gozan las universidades oficiales como establecimientos públicos, con lo cual se pretende resaltar la razón que asiste a los demandantes en defensa de la autonomía de las universidades privadas, porque la presencia de un delegado presidencial y su participación en las reuniones de las juntas directivas, no puede calificarse de simple inspección y vigilancia, pues así no tenga voto, no deja de ser una intervención directa en su funcionamiento, para lo cual no existe norma expresa que así lo disponga, como sí existe para cuestiones económicas y que no pueden ser objeto de aplicación analógica...".

Las consideraciones de la Sala. Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a dictar la sentencia, mediante las siguientes consideraciones:

1ª *El acto impugnado.* El Gobierno Nacional, mediante el Decreto número 554 de 1975, dictado con base en los artículos 41 y 120-12 de la Constitución, dispuso que "en los Consejos Directivos o Consejos Superiores de cada una de las universidades o institutos superiores de educación de carácter privado habrá un delegado del Presidente de la República, quien asistirá a las sesiones del respectivo organismo y llevará allí la vocería del Gobierno".

De manera que, según el texto transcrito del precepto cuestionado, el Gobierno creó los cargos de delegados del Presidente en los Consejos Superores o Directivos de las universidades privadas, para que asistan a sus sesiones y lleven su vocería. Se trata, en consecuencia, de cargos creados con una finalidad específica, la de llevar la vocería del Presidente en los mencionados consejos de las universidades privadas, para lo cual se les permite asistir a sus sesiones.

En el expediente 2320 se pidió que se declare la nulidad de todo el Decreto 554 de 1975, cuyo artículo 2º se limitó a disponer que "rige a partir de la fecha de su expedición"; pero ningún cargo específico se hace en la demanda en relación con este precepto.

2ª *El alcance de los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución.* Como se expuso en el auto del 24 de julio de 1975, que resolvió la solicitud de suspensión provisional en el expediente 2320, la interpretación de los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución, ha originado controversias en la doctrina y en la jurisprudencia. De ahí que sea pertinente definir su alcance, ya que, según su propio enunciado, el acto impugnado se dictó con base en esos preceptos:

a) El artículo 120, ordinal 16 de la Constitución de 1886 atribuyó al Presidente, "como suprema autoridad administrativa", "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". Este precepto armonizaba con el artículo 41 ibídem, según el cual "la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la religión católica", reconocida como "la de la Nación" por el artículo 38 de la misma Constitución. Se trataba inequívocamente, como afirman los demandantes en el expediente 2320 de la enseñanza oficial, excluida únicamente la primaria a cargo de los departamentos (artículo 185 de la Constitución de 1886), que el Gobierno debía orientar con base en los principios programáticos enunciados por la Carta. La enseñanza privada, que no fue regulada por la Constitución, podía, en principio, ejercerse libremente, a condición de que no contrariara la "moral cristiana" y sin perjuicio de que pudiera ser objeto de reglamentación legal, con base en las atribuciones ordinarias del Congreso, como lo fue, por ejemplo, por los artículos 41 de la Ley 38 de 1903 y 12 de la Ley 56 de 1927, que la sometieron, en los casos a que se refirieron, a la inspección y vigilancia del Gobierno. Pero éstos, en la práctica, fueron excepcionales, porque, por regla general, los establecimientos de enseñanza privada, solo se sometieron a la vigilancia e inspección del Gobierno al ser incorporados, por petición propia, a una institución oficial, como la Universidad Nacional, o subsidiadas por el Estado, o si, con el objeto de poder otorgar diplomas oficiales, se comprometieron a observar, a este respecto, las prescripciones legales y a aceptar la inspección y vigilancia del Gobierno. (Ver artículos 9º del Decreto 596 de 1888; 5º, ordinal 1º, de la Ley 92 de 1888; 1º del Decreto 1872 de 1926; 1º del Decreto 268 de 1936, y 1º del Decreto 620 de 1936);

b) Pero, el artículo 14 del Acto legislativo número 1º de 1936, correspondiente al actual artículo 41 de la Constitución, efectuó un cambio fundamental sobre la materia porque, a la vez que garantizó como principio esencial, "la libertad de enseñanza", dispuso que "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". Además, si ni esta reforma constitucional, ni las posteriores, se ocuparon específica y expresamente del artículo 120, ordinal 15, de la Constitución de 1886, cuyo texto corresponde al artículo 120, ordinal 12, de la actual codificación, su sentido y alcance, en rigor lógico, fueron modificados por el artículo 41 de la Constitución que implicó una sustancial transformación, a saber:

1. Consagró la libertad de enseñanza, sin ningún condicionamiento ideológico o religioso. 2. Prescribió que el Estado tendrá "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", con el objeto de "procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos"; el precepto involucró no solo a la enseñanza privada, sino también a la oficial, que ya era objeto de regulación constitucional, *con la clara finalidad de hacer que los nuevos principios comprendan a toda la educación.* 3. Definió, en la forma indicada, los objetivos del precepto: individuales, relativos a la formación de los educandos, y sociales, referentes a la cultura general del país. 4. Como la inspección y vigilancia se atribuyó al Estado, cuyo órgano político es el Congreso, el Gobierno debe ejercerlas mediante ley.

c) Esto implica que, como la Constitución es una unidad lógico-jurídica, un todo unitario y armónico, el artículo 41 de la Constitución —14 del Acto Legislativo número 1º de 1936— modificó el artículo 120, ordinal 12, de la misma Carta, sobre todo, en cuanto a que "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", debe efectuarse por el Estado, *en idéntica forma, mediante ley que defina o señale las opciones políticas fundamentales* con base en las cuales el Presidente, "como suprema autoridad administrativa",

ejerza las que le corresponden en relación con la educación, específicamente las prescritas por el artículo 120, ordinal 12, de la Constitución. De manera que, según los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución, el Estado debe adoptar, *mediante ley que defina los principios y opciones políticas fundamentales*, los principios con base en los cuales el Gobierno debe ejercer la inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados.

d) Este criterio fue sustentado, en materia similar, por la sentencia, invocada por el señor Fiscal 1º, proferida por esta Sala el 14 de junio de 1974 y por la dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 6 de octubre pasado, en el sentido de considerar que los llamados reglamentos autónomos o constitucionales implican el ejercicio de la función administrativa sobre la base de las opciones políticas fundamentales definidas por la ley. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha prohijado esta interpretación, como en la sentencia del 10 de octubre de 1966, reiterada por otras posteriores (sentencias del 16 de noviembre de 1966, G. J., tomo CXVIII, páginas 27 y 28) y del 5 de febrero de 1970 ("Foro Colombiano", tomo II, número 8, página 138), a saber:

> "Es incuestionable que cuando la Carta faculta al Presidente para reglamentar la instrucción pública, como suprema autoridad administrativa, según reza el artículo 120, está ubicando la función en el ámbito de la actividad administrativa, que en el constitucionalismo moderno cada vez amplía su radio de acción a costa del gubernamental, y que generalmente es obra de la legislación y como tal se somete a ella. Concurren a radicarla en ese ámbito tres motivos de orden subjetivo, objetivo y formal; es el primero, que la respectiva potestad le ha sido confiada al Jefe del Estado, no en esta calidad, sino en la de Jefe de la Administración, por lo que configura como administrativa, y no como política o gubernamental, ni tampoco como legislativa, pues conforme al artículo 78 de la Carta, no es el Presidente de la República sino el Congreso el titular de esta última función; es el segundo, que todo lo que concierne al incremento de la educación y la cultura corresponde a necesidades comunes que requieren la actividad técnica, regular y continua de la Administración, por lo cual solo pueden quedar satisfechas al través del servicio público; y es el tercero, que el ordinal 13 autoriza al Presidente para reglamentar, y la función reglamentaria si bien es, como la legislativa, reguladora de relaciones o situaciones jurídicas, se distingue de la segunda, sin embargo, en que es actividad interna de la Administración en cuanto solo se propone la organización y perfeccionamiento prácticos del servicio público y la regulación de los actos y relaciones jurídicas de dicho servicio. De ahí que el reglamento suele entrar en cuestiones de detalle, impropias de la legislación... A la legislación incumbe, en cambio, lo que por rebasar el concepto de lo administrativo se sustrae a esta especie de actividad, apareciendo como materia propia del derecho objetivo".

> "El ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria de la educación que al Presidente da el ordinal 13 del artículo 120 depende, por tanto, del criterio que se tenga sobre el concepto de lo administrativo y de lo legislativo, pero la distinción entre estos dos conceptos configuran en todo caso un haz de facultades para el legislador, en esa materia, que se identifica con el poder que constitucionalmente le compete de formular la regla jurídica de carácter abstracto..." (G. J., tomo CXVIII, páginas 7ª, 8ª y 9ª).

3ª *El plan y los establecimientos públicos en relación con la inspección y vigilancia de los establecimientos docentes.* Los artículos 32, 76, ordinales 4º y 9º, 79, inciso 2º, 80, 187, ordinales 2º y 6º, 189 y 197, ordinal 4º, de la Constitución, correspondientes al Acto Legislativo número 1º de 1968, prescriben los planes de

desarrollo económico y social y de obras públicas y la posibilidad de crear establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales, los cuales, por su índole o naturaleza, implican limitaciones a las facultades del legislador para regular la educación. Pero ello no obsta para que el Estado, de conformidad con el artículo 41, en armonía con el artículo 120, ordinales 3º y 12 de la Constitución, ejerza la inspección y vigilancia de "institutos docentes", directamente o mediante el concurso de organismos especializados, como el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, que es un establecimiento público de carácter nacional (artículo 1º del Decreto-ley 089 de 1976).

4ª *La facultad de crear empleos en la Administración Nacional.* El artículo 76, ordinal 9º, de la Constitución, prescriba que corresponde al Congreso, entre otras atribuciones, "crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones". Pero este precepto fue subrogado por el artículo 41 del Acto Legislativo número 1º de 1968, que atribuye al Presidente, 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", que prescribe que corresponde al Congreso, por iniciativa del Gobierno, "determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y establecimientos públicos, y fijar la escala de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales". De manera que, según los preceptos constitucionales transcritos, sobre la base de la estructura de la Administración Nacional y de la escala de remuneración de los distintos empleos, determinadas por la ley, el Gobierno puede crear, fusionar y suprimir empleos en las diversas dependencias administrativas para el cumplimiento de sus objetivos; la competencia del Congreso, sobre este particular, así fue transferida al Gobierno por el Acto Legislativo número 1º de 1968 y, por lo mismo, la materia a que se refiere, de legislativa que era, devino en administrativa.

5ª *La inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común.* El artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, que con ligeras modificaciones corresponde al artículo 120, ordinal 21, de la Constitución de 1886, atribuye al Presidente, como "suprema autoridad administrativa", "ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores". Este precepto fue desarrollado por el Decreto 685 de 1964, pero la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles varias de sus disposiciones por sentencia proferida el 10 de agosto de 1937. Esto determinó que se expidiera la Ley 93 de 1938, cuyas disposiciones reiteraron, en buena parte, las del mencionado decreto, pero varias de ellas también fueron declaradas inexequibles por la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 1973 ("Foro Colombiano", número 35, páginas 13 a 21). Sobre la base esencial de considerar que el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, consagró en favor del Presidente una cláusula general de competencia que excluye, en la materia, la del Congreso. Esta decisión hizo que el Gobierno dictara el Decreto 054 de 1974, expedido con base en las indicadas atribuciones constitucionales, respecto del cual esta Sala, por sentencia proferida el 28 de octubre de 1974, declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada, por estimar sustancialmente, que se dictó como consecuencia directa de la sentencia pronunciada por la Corte el 13 de diciembre de 1973. De este modo, según la expuesta decisión de la Corte, el Presidente puede desarrollar, mediante reglamentos constitucionales o autónomos, la facultad que le otorga el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, con absoluta exclusión del Congreso. Pero, como expuso la Sala en sentencia del 7 de septiem-

bre pasado, esto, sin perjuicio de las funciones "de la Contraloría General de la República, de acuerdo con los artículos 9º y 15 de la Ley 93 de 1938, declarados exequibles por la sentencia proferida por la Corte el 1º de diciembre de 1973, y con los artículos 2º y 61 de la Ley 20 de 1975 que le atribuyen, respectivamente, "la vigilancia y el control fiscal de las entidades o personas que a cualquier título reciben, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación", y la obligación de organizar "una unidad de trabajo especial, encargada de establecer la existencia y representación legal de las entidades de carácter privado que reciban dineros o bienes de la Nación para acción comunal o para fines sociales o culturales, y de la fiscalización de su manejo", entidad que "podrá delegar en las Contralorías Departamentales el control previo y perceptivo sobre el manejo de fondos y bienes nacionales entregados a las instituciones de utilidad común, juntas de Acción Comunal y agremiaciones particulares", pero no "el examen posterior de dichas cuentas". ("Diario Oficial", número 34313, páginas 481 y 483).

6ª *El análisis de los cargos.* Con base en los principios jurídicos expuestos, la Sala procede a examinar los cargos específicos:

a) *El cargo por violación de los artículos 2º, 20, 41, 55, 76 y 120, ordinal 12 de la Constitución.* Como se expuso, se basa en el argumento consistente en que el Decreto 554 de 1975 fue expedido por el Gobierno sin facultades legales y en ejercicio de las que la Constitución le otorga en relación con la instrucción pública, con desconocimiento de las atribuciones del Congreso. La Sala encuentra que este cargo no es fundado, por los siguientes motivos:

i) El Decreto 554 de 1975 fue expedido por el Gobierno, según su enunciado, en uso de las atribuciones "contenidas en los artículos 41 y 120, numeral 12, de la Constitución Nacional"; en consecuencia, según esto, el Gobierno afirma implícitamente haber expedido el acto con base en un precepto legal que, en armonía con el artículo 41 de la Constitución, lo facultaba para ello;

ii) El artículo 2º del Decreto-ley 3157 de 1968, vigente cuando se expidió el decreto impugnado, prescribió que "corresponde al Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con el Presidente de la República y de conformidad con los artículos 41, 57, 120 (numeral 12), y 132, de la Constitución Nacional, garantizar la libertad de enseñanza, ejercer la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes 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. Igualmente, reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". Esta disposición significa *que el legislador facultó al Gobierno, por cláusula general de competencia, que implica una opción política fundamental,* para ejercer la inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados;

iii) Acusado este precepto ante la Corte, ésta lo declaró exequible por sentencia del 6 de febrero de 1970, con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

> "1. Fuera de los preceptos de los artículos 76, ordinal 12 y 118, ordinal 8º, los actores señalan como infringidos por las normas acusadas los preceptos de los artículos 38, 41, 42 y 53 de la Constitución que, en su orden, consagran la libertad de circulación de impresos; de enseñanza; de pensamiento, opinión y expresión, y de conciencia.
>
> "2. El artículo 41 ordena:
>
> "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 señala la ley".

"El artículo regula tres aspectos fundamentales de la educación:

"a) El de la libertad de enseñanza, que se opone a la enseñanza confesional, por parte del Estado;

"b) La suprema inspección y vigilancia por parte del Estado de los *institutos* docentes, públicos y privados, en orden a procurar los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos;

"c) La enseñanza primaria con las calidades de gratuita en las escuelas del Estado, y *obligatoria,* en el grado que determina la ley.

"En relación con el segundo se observa:

"i) *Vigilancia* es la acción o efecto de *vigilar* y *vigilar* es velar sobre alguna cosa, atender exacta o cuidadosamente a ella. Por tanto, la vigilancia de los 'institutos docentes, públicos y privados', que autoriza la Constitución, es, o debe ser, su auténtico *'control'* para alcanzar la meta señalada. (La Corte subraya).

"ii) *Los fines sociales de la cultura.* No existe una definición a propósito. Pero ellos están insitos en el parágrafo 2º del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita por Colombia.

"La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas".

"El artículo 13 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Ley 74 de 1968, ratifica lo anterior en estos términos:

" 'Artículo 13. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen así mismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos nacionales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz' ".

"iii) *Institutos docentes públicos y privados.* Institutos es corporación, entidad o establecimiento, literario o científico y dados los inventos y progresos actuales de carácter técnico, abarca a los establecimientos *docentes* de radiodifusión y televisión y los de enseñanza por correspondencia. Pero no llega la locución a comprender los 'espectáculos, textos, impresos o cualquier medio de divulgación' no utilizados para sus fines por dichos institutos, ya que ello sería dar al artículo 41 de la Carta un alcance extensivo que no tiene, aumentando arbitrariamente el poder de los gobernantes.

"Estrecha relación guarda el artículo 41 con los artículos 76, ordinal 10, y 120, ordinal 12.

"El primero atribuye al Congreso la regulación del servicio público y el segundo confiere al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, la facultad de 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional'. El alcance de ella lo ha precisado la Corte en estos términos:

"La voz dirigir expresa una función más elevada que la voz reglamentar; dirigir es gobernar, regir, lo cual abarca más que la facultad simplemente reglamentaria". (Jurisprudencia 1, 1973, 2832, 3173, 3437).

"Por tanto, y armonizando las disposiciones constitucionales, se puede concluir que al Congreso corresponde adoptar, por medio de leyes, la política a criterios generales sobre la materia, y al Gobierno dirigir, vigilar e inspeccionar, de acuerdo con esas pautas o en su desarrollo...". ("Foro Colombiano" número 8, páginas 136 a 138).

iv) Aunque posterior al Decreto 554 de 1975, el Decreto-ley 089 de 1976, cuyo artículo 54 derogó expresamente, entre otros, el artículo 2º del Decreto-ley 3157 de 1966, en el artículo 16, letra a), reiteró textualmente el mencionado precepto;

v) Además, según el artículo 2º del Decreto-ley 3156 de 1968, vigente cuando se expidió el acto acusado, *el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior "tendrá como finalidad servir de órgano auxiliar del Ministerio de Educación Nacional en lo relativo a la inspección y vigilancia de la educación superior..."* (la Sala subraya), para lo cual, conforme al artículo 3º, letra a), del mismo Decreto, podrá efectuar de oficio o a petición del Ministerio de Educación o de las instituciones interesadas, visitas de inspección y evaluación de las universidades y demás establecimientos de educación superior y rendir concepto al Ministerio de Educación sobre los estudios y las instituciones visitadas para su reconocimiento y demás efectos legales". Los artículos 6º, letra b), 17, 19 y 20 ibídem, constituyen sus desarrollos específicos, a saber:

"Artículo 6º La Junta Directiva tendrá las siguientes funciones:

"a)...

"b) Aprobar las programas de asistencia técnica, económica y administrativa de las universidades y de inspección y vigilancia de la educación superior, así como los proyectos de servicios específicos a las universidades...".

"Artículo 17. El Ministerio de Educación Nacional solo impartirá el reconocimiento a las instituciones y programas de educación superior cuando medie un concepto favorable del instituto, previa visita de inspección y evaluación.

"Artículo 19. Solo podrán emplear la denominación facultad, universidad o universitario los establecimientos de educación superior que hayan obtenido el reconocimiento del Gobierno Nacional de conformidad con lo establecido en el presente Decreto.

"Parágrafo. Los nuevos establecimientos de educación superior que se funden con posterioridad a este Decreto, para obtener licencia de iniciación de labores o de funcionamiento, o el reconocimiento de uno o varios cursos, deberán utilizar una denominación distinta a universidad, facultad y universitario hasta cuando se les reconozca tal carácter por parte del Gobierno Nacional.

"Artículo 20. Las entidades que violaren la prescripción del artículo anterior no podrán obtener el reconocimiento de su personería jurídica con dicha denominación. Tampoco podrán recibir auxilios de ninguna entidad oficial ni el reconocimiento de los títulos, grados, diplomas y certificados que expidan.

"Parágrafo. El Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior publicará cuáles instituciones se denominan legalmente con los nombres de facultad, universidad y universitario para prevenir a la ciudadanía sobre el no reconocimiento de diplomas, grados, títulos y certificados de estudios". (D. O. número 32697 del 29 de enero de 1969);

vi) Los artículos 17, 19 y 20 del Decreto-ley 3156 de 1968, acusados de inconstitucionales ante la Corte, fueron declarados exequibles por sentencia del 15 de diciembre de 1969, con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"El artículo 2º del Decreto 3156 dispone: 'El Instituto tendrá como finalidad servir de órgano auxiliar del Ministerio de Educación Nacional en lo relativo a la inspección y vigilancia de la educación superior, otorgar asistencia técnica, económica y administrativa a las universidades, dentro del respeto a su autonomía legal y prestar aquellos servicios que sean necesarios para el desarrollo cuantitativo y cualitativo de la misma, en consonancia con los requerimientos del progreso armónico de la Nación...'

"1. Las normas de los artículos 17, 19 y 20 del Decreto 3156, son una consecuencia de los principios consignados en el artículo 2º del mismo, y emanan directamente de la facultad de 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional', que al Presidente de la República le otorga el ordinal 12 del artículo 120 de la Constitución; ratifican y perfeccionan el sistema que se inició con los Decretos con fuerza de ley números 3686 de 1954 y 0251 de 1958. Mas también hallan su fundamento en lo previsto en el artículo 41 de la Constitución.

"2. En efecto: el artículo 41 de ésta, al garantizar la libertad de enseñanza, concede al Estado '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'. Lo cual no es extraño a la ley, en su normación general; pero la actividad misma se traduce en actos típicamente administrativos.

"3. Como se desprende del preámbulo mismo del Decreto 3156, no se invoca para dictarlo el ejercicio de la potestad reglamentaria a que se refiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, sino las facultades constitucionales propias del Presidente de la República y las extraordinarias que le confirió la Ley 65 de 1967. Por eso sus disposiciones tienen fuerza de ley y no podrán ser abrogadas o modificadas sino por un acto jurídico de igual jerarquía...". (G. J., tomo CXXXVII, número 2338, páginas 564, 565, 566 y 567).

vii) El artículo 22 del Decreto-ley 089 de 1976, posterior al acto impugnado, derogó expresamente el Decreto-ley 3156 de 1968, pero los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 9º y 10 ibídem, reiteraron, esencialmente, los preceptos trancritos de aquél.

De manera que, varios preceptos legales declarados exequibles por la Corte, *como opciones políticas fundamentales*, autorizaron al Gobierno para ejercer la inspección y vigilancia de las universidades privadas, con el concurso del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

b) *El cargo por violación del artículo 120, ordinal 19, de la Constitución.* Como afirman los demandantes en el juicio número 2320, el Decreto 554 de 1975 no se fundó expresamente en el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, sino en los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la misma Carta. Pero, según los estatutos de algunas universidades, que en copias auténticas obran en autos, se constituyeron como fundaciones y, como tales, son instituciones de utilidad común que están sujetas, de conformidad con el invocado precepto constitucional, a la inspección y vigilancia del Gobierno, "para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas" y para que "en todo lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores". En este caso, de acuerdo con las expuestas doctrina y decisión de las Corte, el Gobierno puede ejercer directamente tal atribución;

c) *El cargo por violación de los artículos 44 de la Constitución, 635, 636, 638, 641 y 650 del Código Civil.* El cargo consiste, como se expresó, en que el Gobierno, por el acto impugnado, modificó "los estatutos de personas jurídicas privadas" y desconoció los mencionados preceptos, "que garantizan la independencia de tales personas jurídicas, asociaciones, corporaciones y fundaciones civiles y canónicas". Pero, por una parte, si el artículo 44 de la Constitución reconoce el derecho a "formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal", ello no obsta para que las que sean o tengan institutos docentes deban someterse, como dispone el artículo 41 de la Constitución, a la inspección y vigilancia del Estado. Además, por la medida específica adoptada mediante el acto impugnado, no se modifican sus estatutos, con base en los cuales se rigen, sino que sufren una limitación en su autonomía o libertad, por causa de la inspección y vigilancia del Estado, prescrita por el artículo 41 de la Constitución en interés de la formación de los educandos y de la cultura del país, con mayor razón si, como sucede, por disposiciones legales, varias universidades privadas perciben auxilios o aportes de carácter nacional, cuyo control para su adecuada utilización incumbe al Estado.

d) *El cargo por violación del artículo 41 de la Constitución.* Consiste en que, sobre la base de aceptar que el Gobierno obró con base en él, lo aplicó indebidamente, porque no se limitó a la inspección y vigilancia de las universidades privadas, sino que se inmiscuyó en su funcionamiento interno. Pero el acto acusado solo dispuso que haya en los consejos superiores o directivos de las universidades privadas delegados del Presidente, con voz pero sin voto para intervenir en su manejo o administración hasta el punto de que, *por esta circunstancia,* uno de los demandantes llegó a estimar que los cargos se crearon sin funciones. Además, las medidas específicas que puedan adoptarse, con base en la Constitución y en la ley, con el fin de ejercer la inspección y vigilancia de los "institutos docentes", quedan comprendidas dentro de la discrecionalidad administrativa, mientras no violen, desconozcan o quebranten esos preceptos de jerarquía superior;

e) *El cargo por violación de los artículos 63 de la Constitución y 6º de la Ley 4ª de 1913.* Se afirma que, como el acto acusado no determinó las funciones de los delegados del Presidente de la República, violó los artículos 63 de la Constitución y 6º de la Ley 4ª de 1913. Pero el artículo 1º del Decreto 554 de 1975 dispuso que esos delegados deben asistir "a las reuniones del respectivo organismo" y llevar "allí la vocería del Gobierno", funciones que, sin ser decisorias, cumplen con lo prescrito por los artículos 63 de la Constitución y 6º de la Ley 4ª de 1913, y permiten determinar, de conformidad con el artículo 20 ibidem, si el empleado incurrió o no en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones;

f) *El cargo por violación del artículo 135 de la Constitución.* Se lo fundamenta en que el Presidente delegó sus funciones en empleados distintos de los señalados exclusivamente por el artículo 135 de la Constitución. Pero no se trata

de delegación de funciones del Presidente, quien podía adoptar, de conformidad con los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución, y 2º del Decreto-ley 3157 de 1968, las medidas pertinentes con el fin de efectuar la inspección y vigilancia de los institutos docentes, sin que debiera cumplirlas o realizarlas personalmente. Además, el artículo 1º del Decreto 554 de 1975 creó los cargos de delegados del Presidente, con las atribuciones ahí mismo señaladas y analizadas en el epígrafe anterior, con base en el artículo 120, ordinal 21, de la Constitución que faculta al Presidente para crear, fusionar o suprimir cargos en la Administración Nacional, sobre la base de la ley que determine la estructura de la misma y la escala de remuneración de los empleos. (Artículos 76, ordinal 9º, y 120, ordinal 21, de la Carta), sin que se hubiera demostrado que, al dictar el acto impugnado, hubiera infringido estos preceptos;

g) *El cargo por violación de los artículos 76, ordinal 9º, y 120, ordinal 19 de la Constitución.* Se afirma que el acto impugnado es violatorio de los preceptos indicados porque no señaló la remuneración correspondiente a los cargos de delegados del Presidente en los consejos superiores o directivos de las universidades privadas y porque ellos no están determinados "dentro de la estructura de la Administración". Pero, por una parte, el artículo 76, ordinal 2º de la Constitución le atribuye al Congreso, por iniciativa del Gobierno (artículo 79, inciso 2º, ibídem), "determinar la estructura de la Administración Nacional" y "fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos", con base en las cuales el Gobierno, de conformidad con el artículo 120, ordinal 21, ibídem, puede "crear, suprimir y fusionar empleos", los cuales, por lo mismo, no hacen parte de la estructura de la Administración Nacional; por otra parte, el artículo 76, ordinal 9º, de la Constitución atribuye al Congreso fijar las escalas de remuneración de los empleos con el fin de que, los que cree el Gobierno, queden comprendidos en ellos, pero no se ha demostrado, como correspondía, que esto no sucedió en el caso sub júdice. Además, por el hecho de que en el acto impugnado no se hubiera señalado la remuneración correspondiente a los cargos, no se puede deducir, sin más, que se infringieron los invocados preceptos de la Constitución porque ellos no exigen, como tampoco la ley, que se determine, como requisito solemne, en el acto de creación del empleo, porque, por lo mismo, se la puede señalar en un acto posterior y porque bien pueden existir empleos servidos ad honorem.

En fin, el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, relativo a la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, en nada se relaciona con este cargo y, por lo mismo, no es pertinente al mismo;

h) *La jurisprudencia de la corporación y el caso sub júdice.* Los demandantes en el proceso 2320 citan, en apoyo de sus asertos, la sentencia proferida por esta Sala el 22 de octubre de 1971. Pero ella no es pertinente al caso porque atañe al juzgamiento de los actos por los cuales la Comisión Octava de la Cámara designó comisionados especiales, con voz pero sin voto, ante los departamentos administrativos e institutos descentralizados, mientras que el caso sub júdice versa sobre los cargos creados por el Gobierno, mediante el artículo 1º del Decreto 554 de 1975, para que sus delegados lleven su vocería ante los consejos superiores o directivos de las universidades privadas; porque, en el primer caso, se declaró la nulidad de los mencionados actos ya que se consideró fundamentalmente, que la Constitución, con la salvedad de los casos prescritos por los artículos 80 y 185 ibídem, que permiten a los representantes y senadores concurrir con voz a los organismos de Planeación Nacional y Departamental, respectivamente, no autorizó al Congreso para inmiscuirse en la Administración sino que, por el contrario, los artículos 55 y 78, ordinal 2º, le prohiben hacerlo, y los artículos 72 y 81, numeral 2º y 134 ibídem, solo permiten a las comisiones preparar proyectos de ley, estudiarlos y aprobarlos en primer debate y citar a los viceministros, jefes de depar-

tamentos administrativos y gerentes de institutos descentralizados para obtener las pertinentes informaciones; porque, en el caso sub júdice, por el contrario, el Gobierno expidió el acto impugnado con base en los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución que lo facultan para, con base en la ley, como el artículo 2º del Decreto-ley 3157 de 1960, reglamentar, inspeccionar y vigilar la enseñanza pública y privada, con la doble finalidad indicada, para cuya realización bien puede crear cargos de voceros suyos, sin derecho a voto, ante los consejos superiores o directivos de las universidades privadas, y porque, en consecuencia, se trata de dos diferentes regímenes, con diversos fundamentos constitucionales y legales, sobre materias completamente distintas, que no se pueden ni asimilar ni menos confundir; en el caso de la sentencia del 22 de octubre de 1971 el órgano vigilante es el Congreso y el vigilado la Administración, mientras que en el caso sub júdice, el Gobierno tiene la suprema inspección y vigilancia de la enseñanza pública y privada, en la cual están comprendidas las universidades privadas, objeto de la medida adoptada por medio del acto impugnado;

i) *La universidad, la sociedad y el Estado.* Hoy como nunca la universidad tiene una gran importancia social. La idea tradicional de la universidad, que la concebía como integrada por grupos aislados de esclarecidas personalidades dedicadas al cultivo del saber, ha cedido el paso a la que la entiende como un núcleo fundamental de profesores y alumnos, científico, crítico, investigativo y creador que, con base en una permanente información, tiene por finalidad ofrecer las ideas y los especialistas que requiere la comunidad para el examen y solución de los grandes y crecientes problemas contemporáneos. Nos encontramos en la llamada era de los intangibles, en la cual el progreso depende sustancialmente de la capacidad creadora de los pueblos, formada y alentada necesariamente por la universidad. Esto explica que actualmente su funcionamiento académico e intrínsecamente autónomo, en cualquier sistema jurídico interese a la sociedad y, por ende, al Estado. De ahí que, según el artículo 41 de la Constitución, el Estado colombiano tenga, en la forma expuesta, "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", incluidas las universidades, para hacer que se cumplan "los fines sociales de la cultura" y se propenda por "la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DENIEGA las peticiones de las demandas acumuladas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese y archívese, previa ejecutoria.

Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives, con aclaración de voto. *Policarpo Castillo Dávila,* conjuez. *Enrique J. González,* conjuez.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

Aclaración de voto del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives.

Ponente: doctor Mora Osejo.

Expediente número 2320. Actor: Carlos Holguín Holguín y otros.

La Constitución de 1886, inspirada en el más puro confesionalismo, había dispuesto que "la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la religión católica" (artículo 41).

Armónico con este precepto, el numeral 15 del artículo 119 de la Carta del 86 ordenó al Presidente de la República "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

Al modificarse, en 1936, el citado artículo 41 de la Constitución Nacional en el sentido de garantizar la libertad de enseñanza (artículo 14, Acto Legislativo número 1 de 1936), se dejó intocado el transcrito numeral 15 del artículo 119, el cual figuró en la codificación constitucional de ese año como numeral 13 del artículo 115.

De esta manera, a partir de 1936, las normas constitucionales vigentes dispusieron:

CODIFICACION CONSTITUCIONAL de 1936:

"Artículo 35. 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...". Este precepto es hoy el artículo 41 de la codificación constitucional de 1968.

"Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:... 13. Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

Se ha dicho que la reforma de 1936 derogó tácitamente este numeral del artículo 115 de la codificación constitucional de ese año.

No obstante, él aparece textualmente reproducido en las posteriores codificaciones y en la vigente se reitera bajo el número 12, del artículo 120 de la Carta.

No es aceptable la tesis de la derogatoria del citado numeral, pues más acertado es sostener que el actual artículo 41 de la Constitución (artículo 14 del Acto Legislativo 1 de 1936), MODIFICO el que hoy aparece como numeral 12 del artículo 120, en el sentido de que ya no puede el Presidente dirigir la educación pública conforme a los dogmas de la Iglesia Católica, sino que su acción debe atemperarse al principio de la libertad de enseñanza.

Por tanto, cabe elucidar dos cosas: la primera, cuál ha sido el alcance de la expresión "instrucción pública nacional" que desde 1886 contiene el que es hoy numeral 12 del artículo 120 de la Constitución. La segunda, cuál es el alcance de las facultades presidenciales en la materia.

Sobre lo primero, dice don José María Samper, en su "Derecho Público de Colombia": "Con el inciso 15 se quiso dar al Presidente la alta dirección de la instrucción pública nacional, y la consiguiente facultad de reglamentación, conforme a las leyes; sin perjuicio de la facultad que tienen las asambleas departamentales (artículo 185), de dirigir y fomentar, con los recursos propios del departamento respectivo, la instrucción primaria. Para que no haya discordancia entre las atribuciones conferidas por los artículos 119 (inciso 15), y 185, a las dos distintas entidades, creemos que debe sentarse la siguiente doctrina:

"Respecto de la instrucción pública en general, sea de la clase que fuere, pues toda es nacional, el Presidente tiene la facultad de inspeccionar el servicio en toda la República; y así mismo tiene la dirección suprema respecto de aquellos establecimientos de instrucción pública que dependen del Gobierno, por cuanto él los sostiene.

"Respecto de la instrucción primaria que los departamentos establezcan, su dirección corresponde a las asambleas departamentales, y solo puede intervenir el Presidente con sus reglamentos generales, por el interés nacional de dar unidad a la enseñanza pública, o inspeccionando las escuelas, por cuanto son establecimientos de carácter público, o cuando las leyes nacionales las fomentan con alguna protección directa".

Como puede verse, la expresión "instrucción pública nacional" no tiene el sentido de "oficial", por oposición a la "privada" o impartida por los particulares, sino que se contrapone ese concepto de NACIONAL a la *departamental*, o sea a la costeada con fondos de los departamentos.

Tan cierto es lo anterior, que el párrafo final del señor Samper, que se acaba de transcribir, dice claramente cómo la inspección y vigilancia de que trata el artículo 119, numeral 15 de la Carta del 86 (hoy numeral 12 del artículo 120), puede ejercerla el Presidente de la República respecto de aquellos establecimientos de educación que, sin ser oficiales, reciban auxilio pecuniario del Tesoro Nacional.

Y es que resultaría un contrasentido pretender ese auxilio y, además, el reconocimiento oficial de los títulos de estudio que tales establecimientos expidan, y al mismo tiempo negarle al Estado toda injerencia en la calidad de la enseñanza que ellos imparten. Pues a lo menos, quien refrenda dichos títulos debe tener la facultad de cerciorarse de la idoneidad de quienes los reciben y del establecimiento que los expide. Y quien otorga un auxilio debe saber si éste será bien empleado para los fines que con él se persiguen.

En cuanto al segundo punto, es bueno repetir que la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 41 de la Carta es la filosófica o de credo, y en manera alguna significa que cualquiera persona pueda montar un establecimiento de enseñanza reconocido por el Estado, sin que éste tenga manera de fiscalizar su funcionamiento.

Por tanto, al hablar el artículo 41 de la Constitución de que el Estado tendrá 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, precisa saber cuál es el alcance que hoy tiene el numeral 12 del artículo 120, frente a la reforma de 1936.

Ante todo, hay que decir que esa norma aparece modificada en cuanto al establecerse la libertad de enseñanza, ya no cabe hablar de facultad del Presidente para "dirigir" la instrucción privada o particular, sino únicamente para inspeccionarla y vigilarla.

Esa "dirección" tenía su fundamento en la educación confesional estatuida por la Carta de 1886; bajo el régimen de libertad consagrado en 1936, carece en absoluto de sentido.

De otra parte, al conservar el constituyente de 1936 el que es hoy numeral 12 del artículo 120 de la Constitución, puso de presente que, dentro de la inspección y vigilancia predicada por el artículo 141, como función del Estado, el Presidente de la República tenía la parte ejecutiva, en tanto que al legislador correspondía dictar las normas "marcos" o "cuadros" que fijaran cuáles serían los fines sociales de la cultura.

En esta forma, corresponde al Presidente, como "suprema autoridad administrativa", dictar aquellas normas encaminadas al desarrollo de los "cuadros" trazados por el legislador.

Este, por lo tanto, no puede ni debe inmiscuirse en los detalles, como serían, por ejemplo, los planes de estudio, la intensidad horaria de cada materia y otras cosas por el estilo, porque es atribución del Ejecutivo el hacerlo. Absurdo sería que los programas y su desarrollo fueran determinados por el legislador y se requiera de una ley cada vez que se considere conveniente su modificación.

En resumen: el Estado tiene la suprema inspección y vigilancia de todos los establecimientos de educación, públicos y privados, la que ejerce, dentro de los marcos trazados por el legislador, el Presidente de la República.

Como el acto acusado constituye una simple medida encaminada a ejecutar esa inspección y vigilancia en nada quebranta las normas superiores invocadas en la demanda como violadas por aquél.

Con las anteriores precisiones, suscribo la parte resolutiva de la sentencia glosada.

Alvaro Pérez Vives, Consejero de Estado.

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

DECRETOS REGLAMENTARIOS

COMERCIO EXTERIOR. — Junta Monetaria. — Créditos en moneda extranjera.—Facultades de la Junta Monetaria. Créditos externos.—Prohibiciones y limitaciones.
Junta Monetaria: tiene facultad de dirección y control en materia de cambios internacionales y comercio exterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Gustavo Salazar T.*

Ref.: Expediente número 4005. Actor: Carlos de la Espriella.

El ciudadano doctor Carlos de la Espriella demandó del Consejo de Estado la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto número 404 de 1976, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades del artículo 120, ordinales 3º y 22, de la Constitución Nacional, artículos que textualmente dicen:

"Artículo 1º De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 del Decreto-ley 444 de 1967, la Junta Monetaria, mediante normas de carácter general podrá prohibir los créditos externos originados tanto en la contratación de empréstitos como en la importación de bienes, servicios y capitales, cuando sus objetivos fueren incompatibles con la política cambiaria y monetaria, o limitarlos, cuando el endeudamiento externo del país fuere excesivo.

"Artículo 2º Para cumplir adecuadamente con la función de que trata el artículo anterior, la Junta Monetaria, por resoluciones de carácter general podrá limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones, y al momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos. Para ello tendrá en cuenta las diversas modalidades de las importaciones, si lo considera conveniente.

"Podrá, igualmente, la Junta Monetaria regular los plazos a que habrán de sujetarse los establecimientos de crédito en el otorgamiento de cartas de crédito sobre el exterior, o en la concesión de crédito para el pago de mercancías importadas".

El artículo 137 del Decreto-ley 444 de 1967 invocado en el texto de las normas transcritas, es del siguiente tenor:

"La Oficina de Cambios *vigilará* el endeudamiento externo de los residentes en Colombia e informará periódicamente a la Junta Monetaria sobre su monto y condiciones. La Junta, mediante normas de carácter general, podrá prohibir los créditos externos cuyos objetivos fueren incompatibles con la política cambiaria y monetaria y *podrá* también limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo".

En el capítulo de las disposiciones violadas y el concepto de la violación dice el demandante:

"Violación de los artículos 16 y 17 de la Constitución.

"Las normas que se estiman transgredidas están en el Título III de la Carta, sobre derechos civiles y garantías sociales, cuyo articulado constituye parte sustancial del sistema democrático, político y económico, adoptado en Colombia.

"Los artículos 16 y 17 disponen que las 'autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes', y que el trabajo 'gozará de especial protección del Estado'.

"Las zonas francas son establecimientos públicos, con personería jurídica y patrimonio propio, al tiempo que los usuarios de este servicio público son personas naturales o jurídicas.

"Lo atinente puede sostenerse acerca de quienes trabajan al amparo de las normas del 'Plan Vallejo'.

"Cuando el Gobierno Nacional facultó a la Junta Monetaria para prohibir los créditos externos o limitarlos, según los términos del artículo 2º acusado, 'mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones' y teniendo 'en cuenta las diversas modalidades de las importaciones, si lo *considera conveniente*' (subrayas mías), incurrió en desconocimiento de la protección debida al trabajo y los bienes de las personas amparadas por disposiciones legales especiales. Su determinación, entregó a la voluntad omnímoda de la Junta Monetaria la función de regular 'las diversas modalidades de las importaciones, con el agravante de ejercer la atribución, si lo considera conveniente' como si la Ley 105 de 1958 y el Decreto-ley 444 de 1967 no ampararan las modalidades económicas y tributarias de las zonas francas y las 'modalidades de las importaciones' del Plan Vallejo, que no pueden supeditarse al criterio de la Junta Monetaria 'si considera conveniente' eludir el cumplimiento de aquellas reglas superiores de derecho.

"Violación de los artículos 30 y 32 de la Constitución.

"Como la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, conforme a las leyes, gozan de las garantías emanadas del artículo 30, y en dicho texto se consagra el principio de que son las leyes —jamás las resoluciones de la Junta Monetaria— los instrumentos formales y materiales idóneos para intervenir sobre aquéllos y, además, el artículo 32 garantiza 'la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común', reservándole al Estado el derecho de intervenir 'en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y en los servicios públicos y privados', pero por mandato de la ley, el artículo 2º tachado rebasó los límites legales y, por lo tanto, los constitucionales, al no existir ninguna ley que faculte al Gobierno para otorgarle a la Junta Monetaria funciones de intervención sobre los servicios públicos de las zonas francas ni sobre las operaciones mercantiles propias del 'Plan Vallejo'. Y en ese sentido el Gobierno debería haber hecho la salvedad, que no hizo.

"Violación de los artículos 76 y 79 de la Constitución.

"Las violaciones a estos textos constitucionales pueden sustentarse así:

"a) El numeral 1º manda que al Congreso corresponde 'interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes'. Están en vigor la Ley 105 de 1958 y el Decreto-ley 444 de 1958 (artículos 172, 176 y 244). Siendo esto así, aflora la violación en que incurrió el Gobierno al expedir el artículo 2º del Decreto 404, por las mismas razones antes apuntadas, o sea, porque so pretexto de reglamentar el artículo 137 del Decreto-ley 444, invistió a la Junta Monetaria de atribuciones que puede ejercer 'si lo considera necesario' contra los mandatos de las leyes anteriormente citadas, lo cual determina que su órbita alcanza la del propio Congreso.

"b) El numeral 9º del artículo 76 adscribe al Congreso, entre otras, de la función de 'determinar la estructura de los establecimientos públicos'. Pues bien: Las zonas francas son establecimientos públicos de creación legal y su régimen estructural no puede sufrir variaciones por actos de la Junta Monetaria, derivados de facultades otorgadas por un decreto reglamentario. Este, por lo mismo, violó el artículo 76, en el numeral 9º;

"c) La atribución legislativa de 'expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos' (numeral 10), fue igualmente quebrantada por el artículo 2º demandado. Se repite hasta el cansancio que las zonas francas son establecimientos públicos y la facultad legislativa de expedir sus estatutos básicos 'conlleva implícita la de modificar en cualquier forma o la de extinguir, por los medios legales, el funcionamiento de tales entidades de la Administración' (sentencia Consejo de Estado, agosto 30 de 1972). Por ello, como el artículo 2º demandado le confirió a la Junta Monetaria facultades que se extienden hasta el extremo de 'proceder', si lo considera 'conveniente', sobre 'diversas modalidades de importaciones', esas frases vician de nulidad al Decreto por violar normas superiores positivas de derecho;

"d) La facultad de 'regular el cambio internacional y el comercio exterior, modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas', corresponde al Congreso limitativamente (como la del ordinal 9º del mismo artículo 76), por cuanto el artículo 79 dispone que tal función legal debe tener origen en la iniciativa del Gobierno. Existen estatutos generales sobre la materia, pero el Gobierno no ha presentado aún a la consideración del Congreso ningún proyecto de ley que regule el cambio internacional y el comercio exterior, o modifique los aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen tributario en relación con las zonas francas ni el Plan Vallejo. Como la Ley 105 de 1958 es un estatuto de excepción, cuyas disposiciones regulan asuntos especiales tributarios de su territorio 'segregado', su aplicación prevalece en caso de incompatibilidad con leyes de carácter general, ateniéndonos a los términos del numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887. Idéntico razonamiento es pertinente sobre las exenciones tributarias contenidas en el artículo 172 del Decreto-ley 444. Fluye, así, la violación al numeral 22 del artículo 76 y la infracción al artículo 79 de la Constitución Política".

A continuación agrega que el Gobierno se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria al decir, en el artículo 2º acusado, que la Junta Monetaria "tendrá en cuenta las diversas modalidades de las importaciones, *si lo considera conveniente*", pues la Junta quedó facultada para "desarrollar a su antojo el mandato de la ley, expresado en el artículo 137 del Decreto 444 de 1958" (sic).

Cita también como violados varios artículos de la Ley 105 de 1958, que creó la Zona Franca de Barranquilla y 172, 176 y 244 del Decreto 444 de 1967.

Se constituyó parte impugnadora de la acción el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

El Fiscal 3º del Consejo de Estado repite la vista fiscal rendida en el proceso adelantado por el mismo doctor Carlos de la Espriella contra la Resolución número 52 de 25 de agosto de 1976 de la Junta Monetaria (proceso número 3977), que se resolvió adversamente mediante sentencia de fecha *26 de mayo de 1977*, de esta misma Sala.

Cumplido el trámite propio del juicio ordinario, procede la Sala a decidir la cuestión sometida a jurisdicción mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 6ª de 1967, el Presidente de la República expidió el Decreto-ley 444 de 1967, sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, que en su Capítulo VIII reglamenta la materia relacionada con las inversiones de capital extranjero en Colombia, los créditos en moneda extranjera otorgados en favor de personas naturales o jurídicas residentes en el país y las inversiones o préstamos que estas últimas hagan o concedan en favor de personas naturales o jurídicas del exterior.

Por lo que hace a los créditos en moneda extranjera concedidos en favor de personas residentes en el país, el estatuto confirió facultades a la Junta Monetaria para que reglamente, con carácter general, los plazos, intereses y demás condiciones de tales préstamos, con el fin de que ellos se contraten en términos favorables y que su servicio se pueda hacer en forma oportuna, sin que ocasionen presiones inconvenientes sobre el mercado de cambio exterior (artículo 127).

Y también facultó a la misma Junta para que mediante normas de carácter general prohiba tales créditos cuando resulten incompatibles con la política cambiaria y monetaria o limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo (artículo 137).

En ejercicio de la potestad reglamentaria que la Constitución confiere al Presidente de la República y según la cual debe expedir las órdenes, decretos o resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (artículo 120, ordinal 3º), el Gobierno expidió el Decreto número 404 de 1976, reglamentario de los artículos 75 y 137 del Decreto-ley 444 de 1967, que por lo que hace a esta última norma dispone que la Junta Monetaria podrá prohibir los créditos externos originados tanto en la contratación de empréstitos como en la importación de bienes, servicios y capitales, cuando sus objetivos fueren incompatibles con la política cambiaria y monetaria, o limitarlos cuando el endeudamiento externo del país fuere excesivo.

Agrega el referido decreto reglamentario que para cumplir adecuadamente con la función que se le impone a la Junta Monetaria, ésta puede limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos. Y termina así la norma: "Para ello tendrá en cuenta las diversas modalidades de las importaciones, si lo considera conveniente".

El demandante estima que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria cuando le dio a la Junta la facultad de que trata la frase que va entre comillas, pues con ella quedó investida del poder de "desarrollar a su antojo el mandato de la ley, expresado en el artículo 137 del Decreto 444 de 1958" (sic).

No lo estima así la Sala. Es bien sabido que el Gobierno al ejercitar la potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley que reglamenta. Para ello debe tener en cuenta los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y

el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu.

En materia de cambios internacionales y de comercio exterior, el legislador de 1967 le dio facultades extraordinarias al Gobierno para reglamentar, de manera permanente, los procedimientos adecuados para vigilar su funcionamiento regular y para que la demanda de cambio exterior sea regulada, con el objeto de impedir bruscas alteraciones en el valor externo de la divisa nacional.

En el estatuto expedido en desarrollo de esas facultades quedó prescrito que la Junta Monetaria está facultada para reglamentar, con carácter general los plazos, intereses y demás condiciones de los préstamos externos a particulares e, inclusive, para prohibirlos cuando considere que son incompatibles con la política monetaria y cambiaria o para limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo.

De tal suerte que el legislador de 1967 entregó a la Junta Monetaria un papel de dirección y control en materia de cambios internacionales y de comercio exterior, que es parte de la política monetaria del país, haciendo suya la competencia correspondiente, condicionada, claro está, a lo que disponga el estatuto orgánico.

Y al ejercitar el Gobierno la potestad reglamentaria respecto de lo prescrito en el artículo 137 del Decreto-ley 444 de 1967, se limitó a decir, en el artículo 1º del Decreto 404 de 1976, que por lo que hace a créditos externos quedan comprendidos tanto los empréstitos como la importación de bienes, servicios y capitales, y en el artículo 2º que para cumplir las funciones que le corresponden al respecto "podrá limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos".

Todo lo cual encaja dentro de la potestad reglamentaria, pues ello hace eficaz la norma de derecho, fuera de que está contenido en ésta.

Y por lo que hace a la crítica del actor contra la última parte de la norma de que la Junta "tendrá en cuenta las diversas modalidades de las importaciones si lo considera conveniente", para refutarla es suficiente reproducir lo que dice el Fiscal sobre ella:

> "5. De la lectura cuidadosa de las normas copiadas, que regulan la actividad estatal referente a los complejos y variantes fenómenos cambiarios y monetarios, se desprende la necesidad de estudiar el sistema implantado a la luz de las apreciaciones doctrinarias sobre el poder discrecional.
>
> "Como ha dicho el profesor uruguayo Luis Alberto Viera, en reciente estudio: 'La discrecionalidad, entendida como libertad de decisión, dentro de determinados límites, es imprescindible en el proceso de realización del derecho. Nunca las normas generales y abstractas pueden abarcar en todos sus matices, la realidad concreta y particular. Por eso, es imposible que una norma superior pueda determinar en todos sus detalles, el contenido de la inferior. Siempre hay un ámbito de indeterminación sobre la que el creador de la norma inferior debe decidir dentro de un conjunto de posiblidades'. Y 'planteada la discrecionalidad en este plano de la teoría general del derecho, aparece claro que la división entre acto discrecional y acto reglado no es exacta, puesto que no hay acto que no tenga algo de discrecional y algo de reglado. Por eso, en la doctrina, actualmente se habla, con más propiedad científica, de facultades o potestades discrecionales'. (Los Procesos Contencioso-Administrativos, página 17).

"Las facultades discrecionales emanan de la ley. Por eso ha escrito Manuel María Díez, que 'cuando el legislador se propone prever expresamente un caso dado, pero ese caso o situación requiere por su índole misma que se deje al órgano estatal que aplique el derecho una gran latitud de atribuciones, se incluyen en las ley términos gramaticales que entrañan fórmulas elásticas'. (El Acto Administrativo, página 59).

"Es indudable que esa técnica legislativa fue utilizada por los redactores de los estatutos básicos, en relación, principalmente, con el otorgamiento de facultades a la Junta Monetaria. Es clarísimo que el Decreto-ley 444 de 1967, al disponer en el artículo 137 que 'la Oficina de Cambios vigilará el endeudamiento externo de los residentes en Colombia e informará periódicamente a la Junta Monetaria sobre su monto y condiciones' y que ésta, 'mediante normas de carácter general *podrá* prohibir los créditos externos cuyos objetivos fueren incompatibles con la política cambiaria y monetaria, y *podrá* también limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo', estableció el tiempo de arbitrio llamado extraordinario, pues, según ha señalado Prat, citado por Manuel María Díez, cuando la ley, refiriéndose a la administración, emplea el término 'debe' estamos en presencia de competencia reglada, y cuando utiliza el término 'puede' hay margen de discrecionalidad. Esto no es, como lo cree el demandante doctor De la Espriella, 'entrega a la voluntad omnímoda de la Junta Monetaria la función de regular las diversas modalidades de las importaciones', sino un instrumento legal tendiente a promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, objetivo del régimen establecido por el Decreto 444 de 1967".

Por último, las normas acusadas en nada modifican el régimen de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, creada por la Ley 105 de 1958, pues tales normas, como quedó dicho, se limitan a reglamentar una de las facultades de que está investida la Junta Monetaria, en materia de préstamos en moneda extranjera. Y por lo que hace a los artículos 16, 17, 30, 32, 76 y 79 de la Carta, que el demandante estima violados con el Decreto 404 de 1976, basta confrontar las normas de éste con aquéllas, para concluir sin esfuerzo alguno, que no existe contradicción alguna.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niégase la nulidad del Decreto 404 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional.

Envíese copia de esta sentencia a la Junta Monetaria para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Gustavo Salazar T., Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

PROMULGACION DE LA LEY.—Error cometido en el "Diario Oficial" al promulgar el Decreto 224 de 1972, artículo 5º, en cuanto a la obligación de decretar retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad, en la docencia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos setenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Nemesio Camacho R.*

Ref.: Radicación número 3079. Resoluciones ministeriales. Actor: Luis Martínez Pinzón.

Por apelación interpuesta por el apoderado de Luis Martínez Pinzón, ha llegado al Consejo el expediente contentivo de la sentencia de 20 de noviembre de 1974, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las siguientes súplicas de la demanda, que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado inició ante dicha entidad:

"Primera. Que es NULA la Resolución número 155 de 26 de enero de 1971, en cuanto por ella se declaró sin efecto el nombramiento hecho a Luis Martínez Pinzón como profesor externo del Externado Nacional 'Camilo Torres'.

"Segunda. Que como consecuencia de lo anterior y para restablecer el derecho del demandante, se disponga que el Gobierno Nacional (Ministerio de Educación Nacional), debe reintegrar a Luis Martínez Pinzón en el mismo empleo de profesor que tenía a su cargo en el Externado Nacional 'Camilo Torres' y de que fue declarado insubsistente por la providencia anteriormente citada, o en otro establecimiento oficial nacional de Bogotá, pero en iguales o superiores condiciones a las existentes en la fecha en que fue removido el actor.

"Tercera. Que, igualmente, se disponga que el Tesoro Nacional, por conducto de la Pagaduría del Ministerio de Educación Nacional o del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, debe pagar al señor Luis Martínez Pinzón o a quien sus derechos represente, la totalidad de las asignaciones (sueldos, primas, bonificaciones, etc.), que hubiere dejado de percibir desde la fecha en que se hizo efectiva la Resolución número 155 del Ministerio de Educación Nacional de 26 de enero de 1971 hasta aquella en que efectivamente fuere reintegrado, como aquí se pide; así mismo se declarará que para todos los efectos legalmente significantes, tales como prestaciones sociales, escalafón, vacaciones, etc., no ha existido solución de continuidad en los servicios del demandante al Ministerio de Educación Nacional por causa de los hechos que han dado lugar a esta demanda.

"Cuarta. Que a la respectiva sentencia se dé cumplimiento dentro de los términos que ordena el artículo 121 del C. C. A.".

Posteriormente a la demanda el apoderado la corrigió en cuanto a sus peticiones primera y segunda, así:

"La petición primera quedará en los siguientes términos:

"Que es NULA la Resolución número 155 de 26 de enero de 1971 del Ministerio de Educación Nacional en cuanto por ella se retira del servicio activo al señor Martínez Pinzón del cargo de profesor de enseñanza secundaria, primera categoría, del Externado Nacional 'Camilo Torres' de Bogotá.

"La petición segunda del libelo original queda reemplazada por la siguiente:

"Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución número 155 de 1971 del Ministerio de Educación Nacional y para restablecer el derecho del demandante se ordene al Gobierno Nacional, Ministerio de Educación Nacional, reintegrar al señor Luis Martínez Pinzón al mismo cargo de que fue ilegalmente removido en el Externado Nacional 'Camilo Torres' de Bogotá o en otro establecimiento oficial de Bogotá, pero en iguales o superiores condiciones a las existentes en el momento de su insubsistencia".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1º El señor Luis Martínez Pinzón se encuentra inscrito en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, de conformidad con la Ley 43 de 1945 y normas reglamentarias.

"2º Por pertenecer al Escalafón dicho y en virtud de nombramiento regular, mi mandante laboraba al servicio del Ministerio de Educación Nacional como profesor en el Externado Nacional 'Camilo Torres' de esta ciudad.

"3º Encontrándose en desempeño de sus funciones docentes oficiales y sin que previamente se le excluyera del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria por no existir causal legal para ello, el actor fue destituido de su cargo de profesor del Externado Nacional 'Camilo Torres', mediante la Resolución número 155 de 26 de enero de 1971 por el Ministerio de Educación Nacional.

"4º La decisión administrativa citada en el hecho anterior se profirió con violación de normas superiores en forma irregular, con abuso de las atribuciones propias de la autoridad de que emana y adolece, además, de falsa motivación.

"5º Igualmente, la providencia citada lesionó el derecho que expresas normas vigentes consagran a favor de los profesores escalafonados para no ser removidos de su empleo sino únicamente por incompetencia o mala conducta comprobadas.

"6º En virtud del artículo 67 de la Ley 167 de 1941, cuando un acto administrativo es violatorio de un derecho particular, podrá solicitarse, además de la anulación del acto el consiguiente restablecimiento del derecho, acción, que se instaura en el presente libelo.

"7º Como la Resolución número 155 de 26 de enero de 1971 del Ministerio de Educación Nacional no le ha sido notificada al señor Luis Martínez Pinzón, ni tampoco ha sido publicada, estoy dentro del término de los cuatro (4) meses prescritos por el artículo 83, inciso 3º, para la caducidad de la acción de plena jurisdicción.

Citó el señor apoderado como disposiciones que considera violadas las siguientes: artículos 2º, 16, 17, 20, 26, 30 y 39 de la Constitución, toda la Ley 43 de 1945, especialmente en sus artículos 6º, parágrafo; 7º, 9º y 10, de la Ley 167 de 1941, en su artículo 66 y disposiciones complementarias y concordantes; Leyes 65 de 1967 y 89 de 1892 y el Decreto 2400 de 1968.

Explicó el concepto de la violación.

El Tribunal basó su sentencia en que el retiro del demandante se produjo por haber sobrepasado los 65 años y con base en lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el Decreto 224 de 1972 que en su artículo 5º establece también para el personal docente el retiro forzoso al cumplir 65 años. El señor apoderado, en su demanda, invoca el artículo 15 de la Ley 89 de 1892 que previó que "los servicios que prestan los profesores no constituyen función pública", por lo cual el Decreto 2400 de 1968 ni la Ley 65 de 1967, se pueden aplicar al profesorado".

El artículo dice:

"La remuneración que concede el Estado no imprime al magisterio y al profesorado el carácter de servicio administrativo, ni las casas de educación son oficinas públicas. En consecuencia, los maestros y profesores, por razón de su oficio, no están sujetos a las incompatibilidades que comprenden a los empleados públicos, sino a aquellas que fueren necesarias, a juicio del Gobierno, para el exacto cumplimiento de su misión docente".

Pero el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 5º establece: "Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos...".

El señor apoderado ante el Consejo fundó el recurso interpuesto así:

"Entre los considerandos del fallo destaco los que siguen:

"El artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el sector privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, decreta una *pensión de retiro por vejez,* a partir del 26 de diciembre de 1968 para 'el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reunir los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación o invalidez...'. (El subrayado es del Tribunal).

"En el mismo sentido se pronunció el Decreto 224 de 1927 (sic), en su artículo 5º, que dice: 'El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad'.

"En el caso que nos ocupa, el acto administrativo que resuelve separar del servicio activo al profesor de enseñanza secundaria, escalafonado en primera categoría, considera que lo puede hacer con fundamento en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, es decir por el hecho de que el empleado llegó a la edad de 65 años y tiene derecho a disfrutar de una pensión de retiro por vejez.

"En este evento, un derecho —el de la estabilidad— se suple con otro derecho, el de la pensión de retiro por vejez o el de jubilación, según sea el hecho fundamental.

"Sin embargo, si se confronta el texto transcrito por el Tribunal del artículo 5º del Decreto 224 de 1972 con el de esa misma norma, publicado a folio 773 del ejemplar del 'Diario Oficial' número 33542 correspondiente al día lunes 13 de marzo de 1972, se encuentra que ambos textos difieren, ya que a la transcripción del de la sentencia le falta el vocablo NO que tiene el del citado 'Diario Oficial', lo cual hace que cambie fundamentalmente el significado y el sentido de la disposición y ese cambio, necesariamente, dio origen a que el Tribunal la aplicara

erróneamente en perjuicio del derecho reclamado por mi mandante en su demanda, como lo explicaré adelante.

"La transcripción fiel del texto del citado artículo 5º del Decreto 224 de 1972 (febrero 21), según el 'Diario Oficial', es como sigue:

" 'El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero NO se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad'. (Las mayúsculas son mías).

"El sentido de la disposición en cita es claro, y, de consiguiente, no puede alegarse que la mutilación que de su texto hizo el Tribunal fue con el fin de consultar su espíritu, porque ese proceder de desatender el tenor literal de las leyes cuando el sentido de ellas es claro, lo prohibe el artículo 27 de la Ley 57 de 1887; es contrario a la garantía constitucional del debido proceso y de respeto al derecho de defensa y mantenimiento de la igualdad de las partes; fuera de que la adulteración en cita varió el sentido de la norma y al ser aplicada con ese defecto hizo que la sentencia apelada sea contraria a la ley (artículos 4º del Código de Procedimiento Civil; 231, numeral 6º y 168 de la Ley 95 de 1936, cuyo texto se adoptó mediante Decreto número 2300 de 1936). Porque el presente es uno más de los casos de excepción a la regla general del retiro forzoso del servicio a los sesenta y cinco (65) años de edad, vigente y de obligatorio cumplimiento por ser de orden público, desde la fecha de expedición del Decreto que lo consagró, el número 224, o sea, desde el 21 de febrero de 1972. No obstante de que sigo estimando que el escalafón tanto de maestros de primaria como el de profesores de secundaria, se rigen, no por el estatuto de los empleados públicos y trabajadores oficiales, sino por las Leyes 43 y 97 de 1945; y que al tenor del artículo 15 de la Ley 89 de 1892 los servicios que presten tales profesores no constituyen función pública".

La Fiscalía 4ª de la corporación acoge los argumentos del Tribunal y pide la confirmación de la sentencia recurrida.

Después del auto de citación para sentencia, consultada la Sala, autorizó un auto para mejor proveer con el objeto de agregar al expediente el "Diario Oficial" en el cual se publicó el Decreto 224 de 1972, y copia auténtica del original del mismo Decreto.

PARA DECIDIR SE CONSIDERA

Evidentemente en el "Diario Oficial", mencionado, correspondiente al 13 de marzo de 1972, está publicado el Decreto 224 y su artículo 5º figura así:

"Artículo 5º El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".

En cambio en la copia auténtica del decreto enviada al Consejo por el Ministerio de Educación Nacional, el artículo 5º dice:

"Artículo 5º El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".

Como se ve hay una discrepancia fundamental en los dos textos, debida a la inserción en el texto publicado por el "Diario Oficial" de la palabra "NO", porque allí se dice que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación... pero NO se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad. En cambio el original dice que cuando se llega a la edad de 65 años se decretará retiro forzoso del servicio.

¿Cuál debe ser la norma aplicable ante lo que la Sala cree que no es un simple error de tipografía sino una total tergiversación del sentido del decreto?

Desde luego la promulgación tiene por objeto que los ciudadanos conozcan el texto de la ley, pero si el fallador encuentra que existe la tergiversación que, en este caso, al Sala quiere pensar que no fue dolosa, no hay duda que lo aplicable es lo auténtico. Sería irritante, por decir lo menos, aplicar una norma que no existe, a sabiendas. Pero, además, es que el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 es reiterativo de lo que en general la legislación ha establecido para el personal civil de la administración. Así el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 invocado por el propio demandante, dice:

"Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

"Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este Decreto".

El artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 dice:

"Artículo 29. Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión, equivalente al veinte por ciento de su último sueldo devengado y un dos por ciento más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal".

El artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, dice:

"Artículo 122. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año".

Uno de los elementos que debe tener en cuenta el fallador para interpretar la ley es el del espíritu general de la legislación que, como ya se ha visto, coincide con las normas citadas.

Lo contrario sería establecer la vitalicidad para ciertos cargos, lo cual ha sido descartado por la ley.

Podrá decirse que cuando el sentido literal de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Pero ¿cuál sentido literal? Cree la Sala que el del texto auténtico de esa ley.

En estas condiciones habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero se ordenará enviar copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación

para que investigue, si lo considera pertinente, las irregularidades en la publicación del Decreto 224 de 1972 y al Ministerio de Educación Nacional para que ordene la corrección del caso.

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

FALLA:

1º CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de noviembre de 1974.

2º Por la Secretaría, envíense copias de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Educación Nacional.

3º Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto de fallo fue estudiado y aprobado por la Sección Segunda, en reunión verificada el día 1º de diciembre de 1976.

Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Carlos Aníbal Restrepo S., Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CESANTIA DEFINITIVA Y PARCIAL.—Diferencia para efectos del auxilio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Segunda.

Bogotá, D. E., treinta de abril de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 2429. Resoluciones Mtles. Actor: Julio César Ocaña J.

El señor Julio César Ocaña Jurado, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., presentó demanda ante esta entidad con el objeto de obtener las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se declare que es PARCIALMENTE NULA la Resolución número 846, dictada por el Ministerio de Defensa Nacional, con fecha 5 de febrero de 1973 y NULA TOTALMENTE la número 4935, dictada también por el mismo Ministerio con fecha 8 de julio de 1973.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaratoria anterior se ordene:

"a) Que el Ministerio de Defensa Nacional debe reconocer y pagar al señor Julio César Ocaña Jurado una cesantía por 20 años, 8 meses y 13 días de servicios prestados a entidades de derecho público con posterioridad al 1º de enero de 1942, liquidada a razón de un mes de los últimos haberes devengados por cada año y proporcionalmente por las fracciones, tomando para tal liquidación el total de los haberes que conjuntamente devengó como Especialista Jefe del Comando del Ejército y profesor de la Policía Nacional, incluyendo la prima de ACTIVIDAD en cuantía del 15% del sueldo básico devengado como Especialista Jefe del Comando del Ejército;

"b) Que el Ministerio de Defensa Nacional debe liquidar la pensión reconocida al señor Julio César Ocaña Jurado, a partir del 1º de mayo de 1972, con base en el 75% de los haberes percibidos en promedio durante el último año de servicio, o sean los que devengó como Especialista Jefe del Comando del Ejército y los que devengó como profesor de la Policía Nacional, incluyendo también la prima de ACTIVIDAD en cuantía del 15% del sueldo básico, de Especialista Jefe.

"Tercera. Subsidiariamente solicito que la cesantía por 8 años, 6 meses y 28 días reconocida en la Resolución número 846 de 1973, se liquide tomando todos los haberes devengados como Especialista Jefe del Comando del Ejército y profesor de la Policía Nacional, incluyendo la prima de ACTIVIDAD en cuantía del 15% del sueldo básico de Especialista Jefe".

El actor funda sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1º El señor Julio César Ocaña Jurado, prestó servicios oficiales así:

	Años	Meses	Días
A la Policía Nacional:			
Del 8 de julio de 1963 al 1º de febrero de 1971 .	7	6	23
Al Ministerio de Defensa Nacional:			
Varias épocas	13	1	20
Total...	20	8	13

2º El retiro definitivo del servicio oficial del señor Ocaña Jurado se produjo con fecha 1º de febrero de 1972, previa alta de tres meses.

3º El señor Julio César Ocaña Jurado, simultáneamente prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional como Especialista Jefe en el Comando del Ejército y a la Policía Nacional como profesor.

4º El Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la Resolución número 846 de 5 de febrero de 1973, y a partir del 1º de mayo de 1972, se reconoció una pensión mensual de jubilación con cargo a la Policía Nacional y a dicho Ministerio, la cual se liquidó sobre el promedio de los siguientes haberes percibidos durante el último año:

Sueldo básico ... ...$	2.565.00
Subsidio familiar	1.821.15
Prima de servicios	193.50
Prima de alimentación	60.00
Prima de Navidad	473.30
Total ... ...$	5.611.45

"6º El Ministerio de Defensa Nacional no tuvo en cuenta dentro de los últimos haberes sobre los cuales liquidó las prestaciones sociales al señor Ocaña Jurado, lo que éste devengó como profesor al servicio de la Policía Nacional y que figuran certificados en cuadro adjunto. Tampoco incluyó el 15% del sueldo básico percibido en forma permanente como prima de actividad.

"7º El Ministerio omitió el pago total de la cesantía de 20 años, 8 meses y 13 días, pues solo reconoció esta prestación por 8 años, 6 meses y 28 días, o sea que dejó de reconocer 12 años, 1 mes y 15 días.

"8º Con fecha 16 de febrero de 1973, se solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el pago de las prestaciones con base en los haberes percibidos conjuntamente del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, lo cual fue negado por medio de la Resolución 4935 de 8 de julio de 1973".

La demanda invoca como violadas las siguientes normas: Artículos 17 y 64 de la Carta Fundamental; Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946, 24 y 72 de 1947; 4ª de 1966 y 5ª de 1969; Decretos 1600 de 1945; 1743 de 1966, y 188 de 1968.

El concepto de violación está presentado en forma debida.

El Ministerio de Defensa Nacional se hizo parte en el proceso para impugnar las súplicas de la demanda, mediante apoderado debidamente constituido.

La Fiscalía 4ª del Consejo, en su vista de fondo solicita "acceder parcialmente a las súplicas de la demanda en el sentido de declarar la nulidad parcial de los actos acusados y como restablecimiento del derecho ordenar la inclusión total de los tiempos de servicios acreditados para la liquidación de la cesantía definitiva".

Surtido el trámite que corresponde a esta clase de procesos y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Son tres los problemas jurídicos planteados en este juicio, a saber: 1. Si la cesantía debe serle reconocida al actor por 20 años, 8 meses y 13 días, es decir, por todo el tiempo servido o solo como aparece en los actos demandados por 8 años, 6 meses y 28 días. 2. La inclusión de otros factores o partidas, además de los incluidos en los actos acusados, para la liquidación de dicha cesantía. 3. La inclusión de otras partidas en la liquidación de la pensión jubilatoria del demandante.

Respecto al primer problema, es decir al tiempo por el cual debe serle reconocida y pagada la cesantía al actor, tenemos que el señor Ocaña trabajó en la Armada Nacional desde el 1º de agosto de 1951 hasta el 16 de julio de 1963, o sea, 12 años, 1 mes y 15 días (folios 1 y 34, Ant. Adm.). En la Policía Nacional trabajó como Especialista 7º desde el 8 de julio de 1963 hasta el 1º de febrero de éste, es decir, 7 años, 6 meses, 23 días y a partir de esta fecha hasta enero de 1972 (folio 15 Ant. Adm.), dictó algunas horas de clase. En el Ejército desempeñó funciones de igual naturaleza desde el 1º de enero de 1971, habiendo sido reclasificado como Especialista Jefe el 1º de enero de 1972. El 1º de febrero del mismo año fue dado de baja, previa continuidad de alta de tres meses (folios 1 y 34 Ant. Adm.). El total efectivo de los servicios es de 20 años, 9 meses y 13 días (folio 1 Ant. Adm.).

Los actos demandados reconocen al actor la cesantía por 8 años, 6 meses y 28 días de servicios prestados a la Policía Nacional y al Ministerio de Defensa. El actor reclama cesantía por 20 años, 8 meses y 13 días de servicios prestados a entidades de derecho público. Así la diferencia es por el tiempo en que el actor trabajó en el Ramo de Defensa (Armada Nacional), del 1º de agosto de 1951 al 16 de julio de 1963.

En el folio 19 del cuaderno principal aparece una certificación del Jefe de la División de Servicios Generales del Ministerio de Defensa Nacional de que "con Resolución 0048 de 1964 se reconoce el valor de $ 9.210.11 como cesantía definitiva al señor Ocaña, cancelada con orden de pago 022/20143 del 24 de febrero de 1964 al citado señor Ocaña". Esta cesantía definitiva correspondió al tiempo servido al Ramo de Defensa Nacional (Armada Nacional), del 1º de agosto de 1951 al 16 de julio de 1963. (Folios 48 y 49 C. P.). CESANTIA DEFINITIVA Y CESANTIA PARCIAL (ACUMULACION DE TIEMPOS).

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, establece el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio; la Ley 65 de 1946, en su artículo 1º expresa: "Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo

trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro". El Consejo de Estado ha interpretado las normas transcritas, entre otros, en los fallos de 7 de diciembre de 1971, actor: Julia Vaca de Leal y 3 de noviembre de 1972, actor Alfonso García Rangel, de la siguiente forma: "Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une a un empleado con el Estado, cuando se demuestra que han de utilizarse para ciertos fines, claramente señalados en los preceptos legales que regulan la materia, como, por ejemplo, adquisición de vivienda.

"Las cesantías definitivas, como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio.

"La Sala estima que de conformidad con la Ley 65 de 1945 no importa que el tiempo sea continuo o discontinuo para liquidar el auxilio de cesantía. En cambio sí importa, y mucho, que a una persona que estuvo vinculada por un tiempo se le haya liquidado en forma definitiva su cesantía y luego vuelva a vincularse al Estado. En este caso no hay lugar a acumular tiempos servidos. En este sentido debe entenderse la citada Ley 65 de 1945. Si no fuera esta la interpretación habría que llegar a la conclusión absurda de que solo con la muerte de una persona se podrían liquidar cesantías definitivas, pues mientras esté viva se encuentra en posibilidad de regresar al servicio público y obtener reliquidación de cesantías ya pagadas y consideradas como definitivas".

Así, para que una liquidación de cesantía sea definitiva se requiere que haya desvinculación del servicio y que la situación jurídico-laboral quede definida mediante un acto administrativo que liquide la cesantía en forma definitiva.

El actor fue desvinculado del servicio civil del Ramo de Defensa Nacional en la Armada Nacional el 16 de julio de 1963, cuando fue dado de baja por insubsistencia, según Resolución número 2844/63 (folio Ant. Adm.). Con Resolución 0048 de 1964 se reconoció cesantía definitiva al señor Ocaña por todo el tiempo servido en la Armada Nacional, o sea, 12 años, 1 mes y 15 días (folios 48 y 49 C. P.). Estos actos jurídicos no fueron controvertidos o recurridos oportunamente por el señor Ocaña y por lo tanto, definieron las situaciones jurídico-laborales a que ellos se refieren. Por lo tanto, la cesantía definitiva reconocida y pagada al actor por el tiempo en que trabajó al servicio de la Armada Nacional no puede considerarse como parcial y no hay lugar a acumular dicho tiempo con el otro durante el cual el actor laboró para la Policía y el Ejército a efecto de reliquidar la cesantía.

En relación con el segundo problema planteado en la demanda sobre inclusión de otros factores o partidas para la liquidación de la cesantía tenemos, como dice la Fiscalía, "que al momento del retiro del actor, que tuvo lugar el 1º de febrero de 1972 la disposición aplicable era el Decreto 2339 de 1971, norma especial que regula en forma íntegra lo relativo a las prestaciones sociales del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, por lo cual no son de recibo las disposiciones ordinarias que regulan materias similares. Esta disposición expresa claramente cuáles partidas se deben tener en cuenta para hacer la liquidación y en ellas no aparecen ni la prima de actividad, ni el valor por horas extras de trabajo. En consecuencia, este Despacho estima que la pretensión no puede prosperar".

En cuanto al tercer problema presentado con la demanda, la misma Fiscalía expresa: "Sobre la inclusión de algunas partidas, ingresos como profesor de la Policía Nacional y prima de actividad en la liquidación de la pensión de jubilación, este Despacho se remite a las consideraciones hechas en el punto anterior e igualmente considera que no pueden prosperar".

El Consejo comparte las anteriores tesis del Ministerio Público.

Respecto de la petición subsidiaria de la demanda, basta afirmar que al resolver las peticiones principales, queda sin fundamento la subsidiaria.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 22 de abril de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MINISTERIO DE EDUCACION

Junta Central de Contadores.

CONTADOR PUBLICO. — Inscripciones como contador público titulado y autorizado. — Requisitos para ejercer la profesión. — Título académico otorgado por institución docente nacional o extranjera.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., junio siete (7) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: Doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Sesión del día junio 3 de 1977.

Ref.: 2298. Actor: Academia Colombiana de Contadores Públicos.

La Academia Colombiana de Contadores Públicos Titulados, por conducto de apoderado, demanda la nulidad de las Resoluciones números 248 de 1975, expedida por el Ministerio de Educación y la número 44-T de 1975 de la Junta Central de Contadores.

Por medio de la Resolución número 248 se dispuso:

"Artículo primero. Revocar la Resolución número 1659 de diciembre 5 de 1974, por medio de la cual la Junta Central de Contadores negó la inscripción como Contador Público Titulado a Byron C. Porter.

"Artículo segundo. Ordenar a la Junta Central de Contadores la inscripción de Byron C. Porter, como Contador Público Titulado.

"Artículo tercero. Devolver los antecedentes administrativos correspondientes a Byron C. Porter a la Junta Central de Contadores para lo legalmente pertinente".

En virtud de la Resolución 44-T se ordenó:

"Artículo primero. Inscribir al señor Byron Culton Porter, ciudadano estadinense, con cédula de extranjería número 95363 de Bogotá, como Contador Público Titulado.

Notifíquese y cúmplase".

I. *Antecedentes.*

El ciudadano estadinense Byron Culton Porter solicitó a la Junta Central de Contadores su inscripción como Contador Público Titulado, la cual le fue negada mediante Resolución número 659 de 1974, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"b) Con los Estados Unidos de Norte América no existe convenio cultural, y, por tanto, debe atenerse la Junta al concepto que sobre la materia expida la Asociación Colombiana de Universidades, concepto que se comenta más adelante, el traído a los autos;

"c) Como la Asociación Colombiana de Universidades dio traslado del problema a la Universidad Nacional de Colombia, su Secretaría General expidió el documento que se menciona en el considerando tercero en donde se limita a transcribir del volumen Association Internationale des Universités, que la Universidad de Missouri, conforme acuerdo de la Asociación de Universidades, con sede en París, sí está facultada para expedir 'títulos de nivel universitario'. Y en relación con el caso en estudio, la verdad es que en autos no aparece título alguno expedido por la Universidad de Missouri, que pueda considerarse al resolver el problema planteado por el señor Porter. El documento determinado en el considerando segundo, no es un título universitario, es un título que acredita que el señor Porter ha cursado la enseñanza media, pues a eso equivale el High School'.

"d) *Consideración especial:*

"1º Sucede que el documento que se anexa, ante el requerimiento que se hizo al abogado, doctor Aldana, de presentar el título expedido por la Universidad de Missouri, se convirtió en el certificado de 'High School' expedido por el Colegio de 'Holland Estado de Missouri', que sobra repetirlo, es un mero título de enseñanza secundaria o título de bachiller.

"2º La Universidad Nacional conceptuó sobre la competencia de la Universidad de Missouri, para expedir títulos de nivel universitario. Eso está bien, pero lo que el doctor Aldana ha presentado no es un título expedido por la Universidad de Missouri, sino un título otorgado por el Estado de Tennessee con base en un título de 'High School', expedido en 'Holland, Missouri', y no por la Universidad de Missouri, con este equívoco se ha venido jugando a lo largo del expediente.

"3º La mera inscripción que pueda haberse hecho del certificado expedido por la Junta Estatal de Contadores, del Estado de Tennessee, por la Gobernación de Cundinamarca o la Oficina de Diplomas del Ministerio de Educación, no autoriza al señor Porter para ejercer la Contaduría Pública, ni es razón que obligue a la Junta Central de Contadores a tomarla en cuenta, pues, como se ha visto, el señor Porter, no ha presentado título universitario que acredite su condición de tal, y por ende, no reúne las condiciones establecidas por el artículo 5º de la Ley 145 de 1960, que se determinan en el inciso 2º del literal b) del citado artículo".

"En síntesis, en el caso sub júdice ha ocurrido lo siguiente:

"El señor Porter presentó certificado de matrícula de la Junta de Contabilidad del Estado de Tennessee, expedida con base en un título de 'High School' (enseñanza media) *otorgado en el Estado de Missouri, no por la Universidad de Missouri,* como a lo largo del expediente lo ha sostenido su apoderado, doctor Aldana. Por tanto, lo que ha hecho la Gobernación de Cundinamarca es registrar un certificado de una matrícula expedido por el Estado de Tennessee y no un título universitario, razón por la cual no es conducente el concepto de la Universidad Nacional.

"Ahora bien. El señor Porter al no reunir el requisito para inscribirlo como Contador Público Titulado, tampoco se le puede inscribir como Contador Público autorizado, por cuanto la ley fijó el plazo para que estas

personas hicieran su solicitud a la Junta hasta el 30 de diciembre de 1962, y la solicitud del señor Porter fue presentada posteriormente a esta fecha".

Esta decisión de la Junta fue objeto del recurso de apelación ante el Ministro de Educación quien la revocó, fundado en las siguientes razones:

"1ª El inciso 2º del literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960, impone la obligación al Ministerio, no a la Junta Central de Contadores que no tiene competencia para ello, de estar conforme al concepto de la Asóciación Colombiana de Universidades sobre la capacidad de la entidad universitaria para expedir títulos en el caso de Contador Público Juramentado, para efectos de refrendación del diploma y no para la inscripción como Contador Público.

"2ª La Junta Central de Contadores carece de competencia para entrar a considerar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de otras entidades, pues las leyes han determinado con buena claridad los negocios de que cada una de las jurisdicciones conoce.

"3ª El artículo 3º de la Carta Nacional garantiza: 'La propiedad privada y *los demás derechos adquiridos con justo título*' (se subraya).

"Cuando el Gobierno Nacional, por medio de la oficina correspondiente y agotados los trámites procedimentales para ello, reconoció y registró el título de Contador Público Juramentado correspondiente a Byron C. Porter, le otorgó un derecho que debe ser reconocido y no puede ser vulnerado. Tal derecho engendra otros derechos y garantías que las entidades administrativas no pueden negarse a desconocer.

"4ª Si la refrendación del diploma de contador público padece de vicios de legalidad corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decirlo; mientras tanto a Byron C. Porter, le asiste el derecho a que su título sea garantía para su inscripción como tal".

II. Los cargos de ilegalidad formulados en la demanda.

Violación del artículo 5º de la Ley 145 de 1960.

Afirma el actor:

"El literal a) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960 señala qué clase de título es el que se requiere para la inscripción como Contador Público Titulado: Un título expedido por una facultad, un título universitario. Y el literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960 *remite* al literal a) cuando comienza diciendo: 'O haber obtenido *dicho* título'. Luego, cada vez que el literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960 se refiere en sus dos incisos, al 'título', debe entenderse que se trata de un título universitario, del expedido por una facultad extranjera. Estas son las 'instituciones extranjeras' a que se refiere el inciso 1º del literal b), y por eso se requiere la refrendación por parte del Ministerio de Educación Nacional. Cuando no exista convenio sobre reciprocidad de títulos, dispone el inciso 2º del literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960 que, para la refrendación, el Ministerio debe ajustarse al concepto de la Asociación Colombiana de Universidades sobre la competencia de la facultad que expide el título correspondiente".

"La ley requiere un título universitario, y se presentó un título cualquiera, una matrícula de contador (folios 3 y 6); la ley señala que para la refrendación de los títulos universitarios expedidos en otros países, cuando no exista convenio sobre reciprocidad de títulos, el Ministerio debe atener-

se al concepto de la Asociación Colombiana de Universidades sobre la competencia de la Universidad que lo expide, y en este caso no era posible satisfacer esa exigencia, ya que el título (matrícula), presentado no ha sido otorgado por ninguna universidad. Aparecen, sí, dos documentos sin ningún nexo probatorio; un certificado de la Universidad Nacional (en calidad de delegada de la Asociación Colombiana de Universidades), sobre la competencia de la Universidad de Missouri para expedir títulos universitarios (folio 28); y un diploma de High School, expedido en Holland, Missouri (folio 20), que no por la Universidad de Missouri".

"Artículo 259 del C.P.C.

"También es bueno advertir que el Ministerio de Educación Nacional al recepcionar las pruebas de Porter, pretermitió el mandato del artículo 259, aplicable a los procedimientos administrativos por disposición del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo".

III. *La argumentación de la parte impugnadora.*

El doctor James W. F. Raisbeck se constituyó como tal y en su alegato de conclusión hace un examen de la ley de contaduría del Estado de Tennessee, del cual concluye lo siguiente:

"A. En primer término, si se mira el texto inglés, tanto de la ley de Tennessee (Secciones 62-126 hasta la 62-130 que aparecen al folio 96 del cuaderno principal), como el del título que expidió el Estado de Tennessee al señor Porter (folio 32 del cuaderno principal), se apreciará que en ambos casos el texto en inglés dice 'Certified Public Accountant'. Ahora, la traducción de esta palabra 'certified' aparece como 'diplomado' en la traducción oficial de la ley de Tennessee (folios 65 y ss., cuaderno principal), mientras que aparece como 'juramentado' en la traducción oficial del título expedido por el Estado de Tennessee (folio 34, cuaderno principal). De ahí que en las traducciones castellanas deben entenderse los términos 'Contador Público Diplomado' o 'Contador Público Juramentado', como sinónimos".

8. A. Me parece evidente que la conclusión forzosa de las anteriores observaciones relativas a la ley de Tennesee, no es otra diferente a la que el diploma universitario no puede considerarse como el 'título que se expide y faculta al recipiente para ejercer la contaduría y no puede considerarse, por la sencilla razón de que quien en Tennessee haya obtenido un diploma universitario, y no más, no podría pretender que le inscribieran ese diploma y que él pudiera empezar a ejercer su profesión".

"D. Y véase en la traducción oficial que aparece en el folio 34 del cuaderno principal, que dicho título certifica que el señor Porter *'ha cumplido con todos los requisitos prescritos por las leyes de contabilidad del Estado de Tennessee'*. Pues bien, ya se ha visto cómo *uno* de esos 'requisitos prescritos por las leyes de Tennessee' es el de que el solicitante haya cumplido sus estudios universitarios, de manera que esa declaración que aparece en el título expedido por el Estado de Tennessee en donde se certifica que *todo* requisito fue cumplido, sirve de plena prueba para demostrar que el señor Porter sí hizo sus estudios universitarios y lo demostró ante las autoridades de Tennessee. Al haber demostrado eso, y cumplido todos los demás requisitos que se le exigían en 1959 y 1960 en Tennessee, dicho Estado le concedió el documento que constituye su verdadero título en Tennessee ya que sin ese documento no podría jamás haber ejercido legalmente la profesión de Contador Público en Tennessee.

"9. Ahora, en gracia de discusión, la afirmación del demandante de que el señor Porter no presentó un título universitario, queda desvirtuada si se tiene en cuenta lo siguiente: si se examina el folio 24 (cuaderno de los antecedentes administrativos), se aprecia que el doctor Aldana, apoderado del señor Porter ante el Ministerio de Educación, *sí presentó* el diploma de la Universidad de Missouri. Es raro, como mínimo que en los antecedentes administrativos hoy ya no aparezca este documento.

"[Ahora, a folio 30 del cuaderno principal aparece una fotocopia autenticada del diploma universitario (Universidad de Missouri), del señor Porter, documento que presentó el otro impugnador en este juicio]. Pero de todas maneras, ya he explicado en detalle que el verdadero título de contaduría del señor Porter es el certificado que aparece a folio 32 del cuaderno principal".

IV. *El concepto del Ministerio Público.*

Después de transcribir el documento visible a folios 51 y 52 del expediente, suscrito por el Director Ejecutivo de la Asociación de Universidades en el cual esta entidad considera como más procedente que sea el Consejo Académico de la Universidad Nacional la entidad que emita concepto sobre reconocimiento de títulos, el señor Fiscal Primero manifiesta:

"Como puede observarse, la anterior certificación no determinó si la matrícula expedida por el Estado de Tennessee al señor Byron Culton Porter en la que lo acredita como Contador es o no un título universitario idóneo para el ejercicio de tal actividad en Colombia.

A su turno, los impugnantes allegaron en fotocopias debidamente autenticadas el título expedido por la Universidad de Missouri al señor Byron Porter, lo mismo que el título expedido por el Estado de Tennessee al mencionado señor, junto con sus respectivas traducciones. (Folios 30 y 32).

Aunque es verdad que el artículo 5º de la Ley 145 de 1960 dispone que 'cuando el título se hubiere expedido en países con los cuales Colombia no tuviere celebrados tales convenios, para la refrendación respectiva, el Ministerio deberá atenerse al concepto de la Asociación Colombiana de Universidades...', también es cierto que este es un requisito que lo debe cumplir el Ministerio de Educación, entidad ésta que ante la inoperancia de la Asociación de Universidades, se ha valido de la Universidad Nacional.

La Universidad Nacional a su vez, no se ha limitado a emitir un simple concepto, sino que ha dicho que en el volumen publicado por la Association Internationale des Universités, con sede en París, el cual versa sobre Documentation concernant les equivalences des titres universitaires, con referencia 7-IV-7, aparece catalogada la University of Missouri, Columbia, como entidad académica autorizada para expedir títulos de nivel universitario (folio 28, cuaderno 2), afirmación de la cual no hubiera podido separarse la Asociación de Universidades si ésta hubiera cumplido con la ley.

No obstante que esta Fiscalía no deja de reconocer que la ley habla de la Asociación de Universidades y no de la Universidad Nacional, considera que la sustitución a que en la práctica ha tenido que acudirse si bien no es regular, tampoco es tan grave que por ello solo se vaya a anular una resolución que en lo fundamental si se ha ceñido a la ley.

Se afirma también que el título ha sido expedido por el Estado de Tennessee y no por la Universidad de Missouri, pero lo cierto es que dicho

Estado le otorga al señor Byron Culton Porter un certificado de Contador Público, pero lógicamente el Estado para hacerlo tiene que valerse de una entidad docente, y así no puede negarse que sea 'una denominación equivalente', como lo autoriza el artículo 5º de la Ley 145 de 1960.

Por lo anteriormente expuesto, y sin que sean necesarias otras consideraciones, en concepto de esta Fiscalía no debe accederse a lo pretendido".

Consideraciones de la Sala.

El punto cardinal de la controversia en este proceso radica en lo siguiente: Si para el efecto de la inscripción como Contador Público Titulado, constituye título suficiente el que presentó el señor Byron Culton Porter, ante la Junta Central de Contadores, cuya traducción oficial obra al folio 34 y que dice:

"Estado de Tennesse.

Por el presente se certifica que

Byron Culton Porter.

Ha cumplido con todos los requisitos prescritos por las leyes de contabilidad del Estado de Tennessee y su Junta Estatal de Contabilidad y es autorizado por el presente, en virtud de dichas leyes para ejercer como

CONTADOR PUBLICO JURAMENTADO

En fe de lo cual se otorga este certificado número 1535 hoy cinco de febrero de 1960.

Registrado en la ciudad de Nachville en el día y año escritos arriba.

(Firma)

Registrador. Junta de Contabilidad del Estado de Tennessee.

(Firma) Presidente.

(Firma) Secretario.

Sello dorado en relieve, adherido al documento:

Junta de Contabilidad del Estado de Tennessee".

De conformidad con el aparte 62-126 de la Ley de Contaduría del Estado de Tennessee (folios 65 y siguientes), existen allí 2 clases de licencias para ejercer la contaduría, una en la *categoría de Contador Público Diplomado* y otra en la de simple *Contador Público.*

Ateniéndose al tenor de las denominaciones todo parecería indicar que la primera categoría se distinguiría de la segunda en el respaldo de un diploma o título académico obtenido con anterioridad a la licencia, lo cual, quizás justificaría una jerarquía superior que se coligiría de la exigencia contenida en la misma ley, cuando consagra como calidad para ser miembro de la Junta de Contabilidad o sea la entidad que otorga las licencias y que inspecciona el ejercicio de la profesión, la de ser Contador Público Diplomado. No obstante lo anterior, no es posible deducir del contexto de la ley, ni de sus disposiciones en particular o, al menos, de la traducción oficial, de cuyo texto no puede apartarse el juzgador, una distinción neta y clara de las dos categorías.

Pero sea como fuere, es lo cierto que, en uno y en otro caso se trata de *licencias estatales* que habilitan para el ejercicio de la profesión u oficio de Contador, en un determinado territorio de la Unión, concedidas en razón de estudios realizados, de títulos académicos obtenidos, de práctica o experiencia en el oficio, de ciertas calidades personales y de conocimientos demostrados a través de exámenes o pruebas sobre materias contables y materias afines.

La ley colombiana que regula el ejercicio de la contaduría contempla dos clases de inscripciones como contador público, el titulado y el autorizado (artículos 5º y 6º de la Ley 145 de 1960). Para obtener la primera, se requiere un título académico otorgado por una institución docente debidamente autorizada por el Gobierno colombiano, o un título de la misma naturaleza expedido también por una institución extranjera de la misma índole. Cuando se trate de un país con el cual tenga celebrado Colombia un convenio sobre reciprocidad de títulos, el diploma o título solo tendrá validez, si ha sido refrendado por el Ministerio de Educación.

Cuando no haya convenio, la refrendación del título requiere concepto previo y favorable de la Asociación de Universidades (hoy de la Universidad Nacional, en virtud de la Ley 65 de 1963, artículo 14, ordinal e).

De todas suertes el diploma o título académico, vale decir, el expedido por una entidad docente debidamente acreditada es condición "sine qua non" para obtener la inscripción que habilita para el ejercicio de la profesión de Contador Público, en la categoría de titulado.

De todo lo dicho, se viene en conclusión de lo siguiente: Que tanto en Colombia como en los Estados Unidos el título o diploma académico, por sí mismo no habilita para ejercer la profesión, pues para ello se precisa de un acto de autorización o licencia del Poder Público que se concede previa comprobación de ciertos requisitos, variables según sea la legislación de cada país.

En el caso de autos el señor Porter presentó, junto con su solicitud de inscripción un certificado del Estado de Tennessee con el cual acredita que fue autorizado por la Junta de Contaduría de dicho Estado, para ejercer como "Certified Public Accountant", calidad que, según la traducción oficial corresponde a Condor Público Juramentado. Presentó, además, el interesado una certificación del Jefe de la Oficina de Registro y Control de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, según la cual el documento anterior fue registrado como diploma de Contador Público el 5 de febrero de 1960.

Con el ánimo de satisfacer el requisito contemplado en el inciso 2º del literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960 presentó el peticionario el siguiente documento visible al folio 28 del expediente que contiene los antecedentes administrativos de los actos cuya nulidad se pretende:

> "El suscrito Secretario General de la Universidad Nacional de Colombia, en atención a la solicitud que precede, conceptúa:
>
> Que en el volumen publicado por la Association International des Universités, con sede en París, el cual versa sobre documentation concernant les equivalences des titres universitaires, con la referencia 7-IV-7, aparece catalogada la University of Missouri, Columbia, como entidad académica autorizada para expedir títulos de nivel universitario.
>
> Bogotá, D. E., 4 de septiembre de 1973".

Igualmente, adujo un diploma de "High School' (folio 20); según se deduce del memorial visible al folio 24 también adujo un diploma autenticado de la

Universidad de Missouri, que, inexplicablemente, ya no obra en el expediente administrativo, pero que posiblemente corresponde al diploma de "Bachelor of Science in Business Administration" que en fotocopia obra al folio 30 del cuaderno principal.

De los documentos relacionados se deduce lo siguiente:

1. Que la certificación de las autoridades del Estado de Tennessee no constituye *un título o diploma académico* sino una autorización para ejercer la profesión de Contador Público en ese Estado de la Unión Americana y que, por consiguiente, ese documento no era susceptible del registro de títulos ante las autoridades educativas colombianas; no obstante ese registro se realizó, pero esta actuación no puede tener la virtualidad taumatúrgica de convertir en diploma o título académico una licencia gubernamental para el ejercicio de la Contaduría Pública en el Estado de Tennessee.

En cuanto al documento de la Universidad Nacional, es obvio que no tiene relación directa con la referida licencia, pues se refiere a la Universidad del Estado de Missouri, o sea que no podría tener eficacia sino para la refrendación del diploma de bachelor of science in Business Administration, expedido al señor Porter (folio 30), título este último que no acredita la calidad académica de contador graduado, sino la de "bachelor of Science in Business Administration". Por lo demás, tampoco acreditó que este título equivalga al de Contador Público Titulado.

Las consideraciones que anteceden son suficientes para concluir que los actos acusados son violatorios del aparte 2º del literal b) del artículo 5º de la Ley 145 de 1960, por medio de los cuales se ordenó y se efectuó la inscripción del señor Byron C. Porter como Contador Público Titulado, sin acreditar en debida forma el requisito del título o diploma académico con la refrendación correspondiente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara la nulidad de la Resolución número 659 de 1975, dictada el 31 de enero por el Ministro de Educación Nacional y de la Resolución número 44-T de 1975 (febrero 12), expedida por la Junta Central de Contadores.

Comuníquese al Ministerio de Educación y a la Junta Central de Contadores con inserción de la parte resolutiva de la sentencia.

Previa ejecutoria archívese el expediente.

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

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

MINISTERIO DE TRABAJO

FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS DEL TRABAJO.—Solo tienen funciones de vigilancia, protección, control y prevención, pero no pueden declarar derechos individuales o definir controversias.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., junio diez y seis de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Nemesio Camacho Rodríguez.*

Ref.: Radicación número 1721. Resoluciones Ministeriales. Actor: Compañía Frutera de Sevilla.

Consulta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca su sentencia de 29 de abril de 1977, que accedió a las siguientes súplicas de la demanda, que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado inició ante dicha entidad la Compañía Frutera de Sevilla:

"Que se declare la nulidad de la Resolución número 019 de 1º de septiembre de 1975, proferida por el señor Jefe de la Sección de Visitaduría del Trabajo de la División de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se impone una sanción a mi mandante y se conmina con multas sucesivas, tal como quedó modificada por la Resolución número 032 de 1975, dictada por el mismo funcionario, y confirmada por la Resolución número 001, del 2 de enero del presente año, pronunciada por el señor Jefe de la División de Inspección de Trabajo del dicho Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, resoluciones éstas dos últimas cuya anulación también impetro. Igualmente, pido el restablecimiento del derecho de mi mandante, lesionado por los mencionados actos administrativos y se ordene, en consecuencia, la devolución del depósito hecho por el mismo en garantía del pago eventual de la referida multa, con sus intereses".

La parte resolutiva de la sentencia consultada dice:

"Primero. Decláranse nulas las Resoluciones números 019 y 032, de 1º de septiembre y 20 de noviembre de 1975, respectivamente, proferidas por el Jefe de la Sección de Visitaduría del Trabajo de la División de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la número 001 de 2 de enero de 1976, originaria de la Jefatura de la División de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Segundo. Dentro del término del artículo 121 del C. C. A., el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social devolverá a la Compañía Frutera de Sevilla, la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) que como sanción se le impuso en las resoluciones declaradas nulas en este fallo".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Ante el Ministerio de Trabajo un pensionado de la Compañía Frutera de Sevilla denunció a esta Compañía por violar el artículo 3º de la Ley 10 de 1972, que fijó el mínimo de las pensiones en las nueve décimas partes del mayor salario mínimo vigente en el país, por cuanto a nueve de sus pensionados les estaba pagando una pensión inferior a dicho mínimo. La empresa acusada alegó que se trataba de nueve pensiones especiales ("o pensiones-sanción, de las establecidas por la Ley 171 de 1961, por tiempo de servicios inferiores a los veinte años") y no de pensiones plenas de jubilación. Adujo en apoyo de su interpretación numerosas jurisprudencias de la honorable Corte Suprema de Justicia, pero el señor Jefe de la Sección de Visitaduría de Trabajo de la División de Inspección del Ministerio del Ramo mantiene la interpretación que a las citadas disposiciones les da el Ministerio, rechazando la que le vienen dando los Jueces y Tribunales Laborales inclusive la honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y dictó la primera de las resoluciones acusadas. Interpuestos los recursos de reposición y el subsidiario de apelación, el funcionario modificó ligeramente su determinación inicial, manteniéndola en lo esencial y el Superior confirmó lo resuelto por aquel funcionario. En esta forma explica el señor apoderado de la entidad demandante los hechos de la demanda.

A los funcionarios administrativos que dictaron las providencias acusadas solo les correspondían funciones de vigilancia, protección, control y prevención preferencialmente en cuanto respecta a las condiciones de trabajo, pero les está prohibido declarar derechos individuales o definir controversias y no pueden hacer uso de funciones que les están atribuidas a los jueces.

En el presente caso los funcionarios de Trabajo se excedieron en sus facultades legales, porque se atribuyeron funciones que no tenían e invadieron funciones jurisdiccionales reservadas únicamente a los jueces.

Por tanto habrá de confirmarse la sentencia consultada.

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

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de abril de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en reunión verificada el día 16 de junio de 1977.

Nemesio Camacho R., Carlos Aníbal Restrepo S., Samuel Buitrago H., Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

DIRECCION GENERAL DE ADUANAS Y
DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES

IMPUESTO A LAS VENTAS.—Ni en el antiguo régimen ni en el actual se ha consagrado legalmente la exención de este impuesto a favor de agentes diplomáticos y consulares colombianos por el hecho de la importación directa de vehículos. Se levanta la suspensión provisional de la circular número 09410 del 5 de junio de 1975, expedida conjuntamente por los Directores de Aduanas e Impuestos Nacionales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., veintiocho de enero de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Dávila H.*

Ref.: Expediente número 3299. Actor: Orlando García-Herreros- Fallo.

El doctor Orlando García-Herreros S., en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del C. C. A., demanda la declaratoria de nulidad de la circular número 9410 de 5 de junio de 1975, expedida, conjuntamente, por el Director General de Aduanas y el Director General de Impuestos Nacionales, "en cuanto excluye de la exención del impuesto sobre las ventas la simple importación directa de vehículos por parte de agentes diplomáticos y consulares colombianos, hecha de acuerdo a lo previsto en el Decreto 041 de 1966".

El acto acusado dice textualmente:

"A pesar de que en el Decreto 2810 de 1974 y sus modificaciones aparezca un artículo gravado con una tarifa determinada, existen las siguientes circunstancias donde no es procedente liquidar el impuesto sobre las ventas:

"1º Las importaciones que efectúan las misiones y agentes diplomáticos enumerados por el artículo 6º del Decreto 584 de 1975, en virtud del Derecho Internacional.

"2º La importación de maquinaria pesada para industrias básicas, acreditada con resolución del Director General de Impuestos Nacionales, en virtud del artículo 17 del Decreto 2368 de 1974.

"3º La importación de armas y municiones para la defensa nacional, acreditada con resolución del Director General de Impuestos Nacionales, en virtud del artículo 17 del Decreto 2368 de 1974.

"4º Importaciones por medio del sistema de licencias semestrales (Decreto 444 de 1967), cuando en el registro de importación aparece consignado que se trata de dicho tipo de importación.

"5º Las importaciones efectuadas dentro de los sistemas especiales de importación exportación de que tratan los artículos 172 y 173 del Decreto 444 de 1967, cuando en el registro de importación aparece consignado que se trata de dicho tipo de importación.

"6º La importación de materias primas para drogas, abonos, pesticidas, insecticidas, fungicidas y herbicidas, con la certificación del Ministerio de Salud o ICA, según el caso, en el respectivo registro de importación.

"7º Las importaciones de vehículos automóviles destinados al servicio de taxis, efectuadas por la Corporación Financiera del Transporte o por personas autorizadas por esta entidad, cuando presenten la certificación correspondiente.

"8º La importación de aerodinos cuando se presente uno de los documentos de que trata el artículo 4º del Decreto 584 de 1975.

"No existe ninguna otra causal para exencionar del impuesto sobre las ventas una mercancía que se esté importando. No interesa, además, quién sea la entidad importadora, ya que toda persona, incluyendo el Gobierno, entidades públicas, de beneficencia, etc., tienen que pagar el impuesto.

"Cuando un artículo aparece en principio sujeto al gravamen, habrá que liquidar el impuesto a menos que encaje en una de las ocho situaciones aquí mencionadas".

El demandante considera que el acto transcrito es violatorio del artículo 5º del Decreto 1920 de 1971, cuyo texto reza:

"No se causará impuesto a las ventas por el simple hecho de la importación directa de vehículos por parte de agentes diplomáticos y consulares colombianos, siempre y cuando que la referida importación se ajuste a los requisitos y términos del Decreto 041 de 1966".

En posterior escrito el actor sostiene que la disposición invocada como quebrantada por el acto acusado, es reglamentaria no solo del Decreto 435 de 1971, sino también y principalmente de los Decretos 041 de 1966, 232 de 1967 y 3135 de 1956. La Dirección General de Impuestos se constituyó en parte impugnadora y tanto en su alegato de conclusión como en la diligencia de audiencia pública que se llevó a cabo sostiene, en síntesis, que la norma invocada por el demandante como vulnerada por la circular no tiene vigencia a partir de la expedición de los Decretos 1988 de 1974, 2368 de 1974 y 2821 de 1974, reorgánicos del impuesto a las ventas, a más de lo cual, los decretos señalados por el demandante como reglamentados por el Decreto 1920 de 1971, no se refieren al impuesto de ventas por lo cual mal podían ser materia de reglamentación por este último. Dice el señor apoderado de la Dirección General de Impuestos Nacionales:

"Primero. El demandante alega que el artículo 5º del Decreto 1920 de 1971 se encuentra vigente, pues no solo era reglamentario de los Decretos 3288 de 1963, 1595 de 1966 y 435 de 1971, sino que reglamentaba, igualmente, el 041 de 1966, el 232 de 1967 y el 3135 de 1956.

"Segundo. El artículo 5º del Decreto reglamentario 1920 de 1971 establece una exención relativa al impuesto sobre las ventas para diplomáticos colombianos. Este artículo en particular no puede estar reglamentando ninguno de los decretos identificados con los números 041 de 1966, 232 de 1967 y 3135 de 1956, porque:

"a) El Decreto 041 se refiere única y exclusivamente a exención de normas *arancelarias* respecto de importación de automóviles por diplomáticos colombianos. El impuesto sobre las ventas no es derecho de aduana;

"b) El Decreto 232 de 1967 reglamenta el régimen de importación de vehículos por misiones diplomáticas y consulares extranjeras y sus miembros. El no se refiere a diplomáticos colombianos ni a impuesto sobre las ventas.

"c) El Decreto 3135 de 1956, igualmente, se refiere a privilegios de diplomáticos extranjeros en lo referente a derechos de aduana. Su materia no es, ni diplomáticos colombianos, ni impuesto sobre las ventas.

"Tercero. Las normas con la jerarquía de la ley que regulaban el impuesto sobre las ventas hasta la legislación conocida como de emergencia económica de 1974, en parte alguna eximían del impuesto sobre las ventas la importación de automóviles por diplomáticos colombianos. De tal manera que la exención fue creada por un decreto reglamentario lo cual violaría entre otras disposiciones el artículo 43 de la Constitución Nacional aparte de lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 1595 de 1966 y ordinal h) del artículo 13 del Decreto 435 de 1971, debidamente interpretado por sentencia de junio 27 de 1973 del honorable Consejo de Estado, expediente 2294, demanda de nulidad del artículo 1º del Decreto 591 de 1971, instaurada por Antonio José Echeverry.

"Cuarto. Aun entendiendo que el artículo 5º del Decreto 1920 de 1971 reglamentaba alguna disposición legal referente al impuesto sobre las ventas, dictados los Decretos 1988 de 1974, 2368 de 1974 y 2821 de 1974, la situación de los Decretos 3288, 1595 y 435 es como sigue:

"Decreto 3288.63.

"Artículos 1º, 2º (incisos 1 y 2), 3 a 12 derogados: Decreto 1988 de 1974, artículo 32.

"Artículo 13. Derogado: Decreto 2821.74, artículo 15.

"Artículo 14. Modific. Decreto 2821.74, artículo 18.

"Artículo 15. Modific: Decreto 2821.74, artículo 39.

"Artículo 16. Sustit.: Decreto 2821.74, artículo 38.

"Artículo 17. Modific.: Decreto 1595.66, artículo 8º.

"Artículo 18. Derogado: Decreto 2821.74, artículo 19.

"Artículo 19. Derogado: Decreto 2821.74, artículos 19 y 20.

"Artículo 20. Derogado: Decreto 2821.74, artículo 24.

"Artículo 21. Modific.: Decreto 2821.74, artículo 22.

"Artículo 22. Derogado: Decreto 435.71, artículo 13, ordinal h).

"Decreto 1595.66.

"Artículos 1º a 7º: Derogados: Decreto 1988.74, artículo 82.

"Artículo 8º Vigente.

"Artículo 9º Derogado: Decreto 1988.74, artículo 32.

"Artículo 10. Vigente.

"Artículos 11, 12, 13 y 14: Derogados: Decreto 1988.74, artículo 32.

"Decreto 435.71.

"Ordinales f), g), i) artículo 13: Derogados: Decreto 1988.74, artículo 32, ordinal h), artículo 13: Vigente.

"Siendo esta la situación, ninguna de las disposiciones que quedaron vigentes establece exención para importación de automóviles por diplomáticos colombianos. Lo cual nos lleva a concluir que si el artículo 5º del Decreto 1920 en algún momento reglamentó alguna norma legal del impuesto sobre las ventas, derogada ésta, el reglamento a su vez se encuentra derogado.

"Quinto. Aún más. De las disposiciones anteriores a la legislación de emergencia quedó vigente precisamente el ordinal h) del artículo 13 del Decreto 435 que establece precisamente todo lo contrario a lo dicho por el artículo 5º del Decreto 1920. El Consejo de Estado, por sentencia de junio 27 de 1973, dio el exacto sentido de tal ordinal, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo dispuesto en el ordinal h) del artículo 13 del Decreto-ley 435 de 1971 bien claro resulta que toda persona natural o jurídica, *inclusive las entidades de derecho público, que haga una importación debe pagar el impuesto sobre las ventas*, conjuntamente con los derechos arancelarios. Y que en caso de venta posterior del bien importado, 'se causará el impuesto sobre el precio convenido por los contratantes, deduciendo el impuesto inicialmente pagado en el momento de la importación en la forma prevista en las disposiicones vigentes'.

"Y el reglamento de tal norma, que es el artículo 1º del Decreto 591 de 1971 *no hace cosa distinta de repetir idéntica descripción sin que amplíe ni restrinja su alcance*, en lo que se refiere a las personas como a las cosas, ni exige formalidades distintas de las establecidas en la ley, por lo que todo lo allí dicho está contenido en ésta.

"La distinción que el demandante cree hallar en el Decreto 435 de 1971 *entre el que importa bienes para su consumo y el comerciante o industrial que importa para vender no la hace la norma reglamentada.*

"*Por el contrario, de su lectura lo que resulta claro es que cualquiera que sea el importador, inclusive el Gobierno, por el solo hecho de la importación*, debe pagar el impuesto sobre las ventas, *en el momento de nacionalizar la mercancía*, conjuntamente con el impuesto de aduanas. Y si la disposición reglamentada no hace distinción alguna, el reglamento no tiene por qué hacerla.

"Sexto. Si lo anterior no fuera suficiente, el artículo 9º del Decreto 1988 de 1974, en forma por demás clara, establece: 'Las personas declaradas por ley exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales, no están exentas del impuesto sobre las ventas' ".

El señor Agente del Ministerio Público, tras de un prolijo análisis de los diferentes estatutos orgánicos del impuesto a las ventas que se expidieron con anterioridad a la declaratoria de emergencia económica, concluye que en ninguno de ellos se estableció la exención en cuanto a la importación de vehículos por parte de exfuncionarios colombianos del servicio exterior. Por el contrario, el artículo 13, letra h), del Decreto-ley 435 de 1971, es claro al disponer: "Se causará el 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", disposición sobre la cual el Consejo de Estado, en sentencia pronunciada el 27 de junio de 1973, es decir con posterioridad al Decreto reglamentario 1920 de 1971, dijo: "De acuerdo con lo dispuesto en el ordinal h) del artículo 13 del Decreto-ley 435 de 1971, bien claro resulta que toda persona, natural o jurídica, inclusive las entidades de derecho público, que haga una importación debe pagar el impuesto sobre las ventas". (Expediente número 2294).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Para la Sala resulta claro que la exención de un impuesto no puede ser establecida por un simple decreto reglamentario, de la misma manera que por tal medio no es posible crearlo, comoquiera que se trata de materias reservadas a la ley o al Gobierno cuando ejerza las facultades que constitucionalmente lo habiliten para expedir normas con fuerza de ley.

Pero, así se acepte, en gracia de discusión, la presunta constitucionalidad del artículo 5º del Decreto 1920 de 1971, resulta clara su contrariedad —y por ende, su derogatoria—, con el Decreto de emergencia 1988 de 1974, reorgánico del impuesto a las ventas, cuyo artículo 8º contempla expresamente la exención del impuesto sin incluir la contenida en el decreto primeramente citado y cuyo artículo 9º estatuye perentoriamente que las personas exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales, no están exentas del impuesto sobre las ventas.

Por lo anterior, cabe concluir con el señor Agente del Ministerio Público:

"ni en el antiguo régimen ni en el actual, se ha consagrado legalmente la exención de impuesto a las ventas a favor de agentes diplomáticos y consulares colombianos por el hecho de la importación directa de vehículos y, en consecuencia, no es violatoria de ninguna norma la afirmación contenida en la circular 09410 de 5 de junio de 1975, expedida por el Director General de Aduanas y el Director General de Impuestos Nacionales sobre el particular".

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:

1º No se accede a las súplicas de la demanda.

2º Levántase la suspensión provisional de la circular número 09410 del 5 de junio de 1975, en el pasaje que dice así:

"No existe ninguna otra causal para exencionar del impuesto sobre las ventas una mercancía que se esté importando. No interesa, además, quién sea la entidad importadora ya que toda persona, incluyendo el Gobierno, entidades públicas, de beneficencia, etc., tienen que pagar el impuesto.

"Cuando un artículo aparece en principio sujeto al gravamen, habrá que liquidar el impuesto a menos que encaje en una de las ocho situaciones mencionadas".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Dávila Hernández.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

CONSULTA.—El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta en subsidio del recurso de apelación, si la entidad de derecho público fue condenada en primera instancia a pagar una suma superior a $ 2.000.00, según el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Ref.: Expediente número 2587. Actor: Iván Amaya Villegas.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por sentencia proferida el 26 de noviembre pasado, dispuso:

"Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones número 0824 de 1975 —6 de marzo— y 04170 de 1975 —4 de septiembre—, proferidas por el Superintendente de Sociedades, y por las cuales se impuso una multa de diez mil pesos ($ 10.000.00) al señor Iván Amaya Villegas, en su calidad de representante legal de la compañía Abonos Colombianos, S. A.

"Segundo. En consecuencia, declárase, igualmente, que el señor Iván Amaya Villegas, identificado con la cédula de ciudadanía número 544303 expedida en Medellín, no está obligado a pagar la multa de diez mil pesos ($ 10.000.00) que se le impuso en su calidad de representante legal de Abonos Colombianos, S. A., por la Superintendencia de Sociedades y de que hablan los actos acusados, y si la hubiere pagado podrá exigir su devolución.

"Tercero. Se observará lo dispuesto por el artículo 121 del C. C. A.

"Cópiese, notifíquese y si no fuere apelada, CONSULTESE para ante el honorable Consejo de Estado. En su oportunidad, comuníquese. Cúmplase...".

Según la comunicación de la Secretaría del Tribunal número 77-008-A, fechada el 15 de enero en curso, se envió el expediente al Consejo de Estado con el fin de que se surta el grado de consulta.

La Sala verifica que, en el caso sub júdice, no es procedente la consulta de la sentencia, por las siguientes razones:

1ª Como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia proferida el 28 de octubre de 1971, de conformidad con el artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, por regla general la competencia para conocer de las acciones de plena jurisdicción de carácter nacional, exceptuadas las laborales y las que tienen un régimen especial, corresponde a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado, según la cuantía, a saber: *en única instancia* conocen los Tribunales hasta la cuantía de $ 30.000.00 y, *en primera,* hasta la de $ 100.000.00.

El Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia, de las exenciones de cuantía superior a esa suma.

2ª El artículo 134 del C. C. A., instituyó el grado de consulta, en subsidio del recurso de apelación, en beneficio exclusivo de la entidad de Derecho Público si, además, como dispone el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, fue condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00. De donde se deduce que, para que sea procedente el grado de consulta, es necesario que se trate de un juicio del conocimiento del Tribunal *en primera instancia,* y que la entidad de Derecho Público condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00 no haya interpuesto el recurso de apelación.

3ª En el caso sub judice, se declaró, como se pidió la nulidad de los actos por los cuales se multó a la parte demandante en $ 10.000.00, que, por lo mismo, no está obligada a pagarlos o, en el caso de que se hubieren hecho efectivos, que tiene derecho a exigirse devolución. Lo que indica que se trata de una sentencia proferida por el Tribunal en juicio del que conoció *en única instancia,* que por definición excluye tanto el recurso de apelación como el subsidiario grado de jurisdicción por consulta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, se abstiene de revisar la sentencia proferida al 26 de noviembre pasado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por no tener competencia para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen, previa ejecutoria.

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

Salvamento de voto del Consejero Alvaro Pérez Vives.

Expediente número 2587.

Dispone el precepto: Decreto legislativo 1722 de 1956, artículo 7º:

"Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más, a cargo de una entidad de Derecho Público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta".

El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 contiene dos exigencias para que sea procedente la consulta: 1ª Que se trate de una sentencia dictada por un Tribunal Contencioso Administrativo. 2ª Que esa sentencia imponga a cargo de una entidad de derecho público una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más.

No tuvo en cuenta esta norma para efectos de la consulta, las cuantías señaladas en el C. C. A., artículos 35, 52 y 54.

Antes de 1956, el C. C. A. contenía las siguientes normas:

"Artículo 52. Los Tribunales Administrativos conocen privativamente y en una sola instancia:

"1º De las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo, entre dos o más municipios, situados dentro del territorio de jurisdicción.

"2º De las cuestiones que se susciten, en el campo administrativo, entre un departamento, una intendencia o una comisaría, situados dentro del territorio de su jurisdicción, y un municipio cualquiera.

"3º De las cuestiones que se susciten entre los particulares y los departamentos o municipios de su respectiva jurisdicción sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos departamentales o municipales, cuando la cuantía sea inferior a quinientos pesos ($ 500.00).

"4º De los juicios electorales conforme a las reglas del Capítulo XX de esta ley.

"5º De las demandas sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales o municipales, o de las resoluciones de las autoridades administrativas sobre la misma materia".

"Artículo 54. Los Tribunales conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

"1º De los juicios de nulidad de las ordenanzas y demás actos de las asambles departamentales.

"2º De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los gobernadores, intendentes, comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial.

"3º De los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los concejos municipales, y contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal.

"4º De las cuestiones suscitadas entre el Estado y los particulares sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales.

"5º De los asuntos de impuestos departamentales o municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54, cuando la cuantía sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más.

"6º De los juicios electorales en la forma establecida en el Capítulo XX de esta ley.

"7º De las indemnizaciones a cargo de los departamentos o municipios, por causa de trabajos públicos, cuando el valor de lo reclamado ascienda a más de mil pesos ($ 1.000.00)".

"Artículo 57. Los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el ordinal 3º del artículo 56 (sic) tendrán segunda instancia ante el Consejo de Estado, cuando el respectivo municipio es capital de departamento o su presupuesto anual es o excede de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"En los demás casos dichos juicios serán decididos por los tribunales en una sola instancia".

"Artículo 34. Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:

"1º De las contenciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra.

"2º De las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales.

"3º De los asuntos relativos a la navegación marítima o fluvial de los ríos navegables, en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sean de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia (artículo 38, numeral 2º, del Código Judicial).

"4º De las causas o negocios contenciosos sobre presas marítimas.

"5º De las cuestiones que se susciten entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, sobre competencia de facultades administrativas, o entre dos o más departamentos, o entre uno de éstos y una intendencia o comisaría, por el mismo motivo.

"6º De las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales.

"7º De la decisión sobre extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales, conforme al artículo 7º de la Ley 52 de 1931.

"8º De los juicios de revisión de las cartas de naturaleza.

"9º De los juicios contra las resoluciones y actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

"10. De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta.

"11. De los juicios electorales, de acuerdo con el Capítulo XX de esta ley".

"Artículo 35. El Consejo de Estado conoce en segunda instancia de los siguientes asuntos:

"1º De las apelaciones o consultas de las sentencias definitivas de los Tribunales Administrativos, en los casos previstos por la ley.

"2º De las apelaciones de los autos de suspensión provisional dictados por los mismos tribunales, conforme al Capítulo X.

"3º De las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance proferidos por la Contraloría General de la República, cuando el alcance ascienda a más de quinientos pesos ($ 500.00).

"4º De las apelaciones contra las resoluciones de la misma entidad.

"5º De las apelaciones contra decisiones relativas a recompensas o pensiones de acuerdo con lo previsto en el Capítulo XVIII de esta ley".

"Artículo 36. Igualmente conoce por consulta de los mismos negocios cuando la ley haya establecido este grado de jurisdicción".

"Artículo 134. Si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de alguna otra entidad de Derecho Público o de una persona administrativa.

"La consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutoría mientras no se surta ante el superior".

"Artículo 159. Contra la resolución o providencia del Ministerio o del Gobierno que pone fin a la actuación administrativa en los casos de los dos artículos

anteriores, cabe el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, a propuesta del Ministerio Público o de las partes.

"Este recurso deberá intentarse dentro del término de treinta días, a contar desde la notificación de la respectiva resolución.

"Si no fueren apeladas, deberán consultarse con la misma entidad aquellas resoluciones que impongan una obligación a cargo del Estado o de una persona administrativa de carácter nacional".

Como puede verse, la consulta se establecía en dos casos:

1º Cuando se tratara de *sentencias* proferidas por un Tribunal Administrativo en *primera instancia*, esto es, que fueran apelables ante el Consejo de Estado y contuvieran una condena que impusiera una obligación a cargo de una entidad de Derecho Público, *si no se apelaba* del respectivo fallo. (Artículo 134).

2º En el caso de un reconocimiento administrativo de recompensa, pensión, jubilación u otro de la misma naturaleza (artículo 157, C. C. A.), si la resolución o providencia que pusiera fin a la respectiva actuación gubernamental, no se apelaba ante el Consejo (artículo 159).

Como puede observarse, la consulta se otorgaba sin consideración a otra cuantía que la necesaria para la prosperidad del recurso de apelación.

En el año de 1953, se dictó el Decreto 270, cuyo artículo 28 dispuso: "Los fallos de los Tribunales Administrativos que ordenen devoluciones por concepto de impuestos nacionales en cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) deberán ser consultados con el Consejo de Estado, si el agente del Ministerio Público no interpusiere el recurso de apelación".

Luego vino el Decreto 1722 de 1956, cuyo artículo 7º se transcribió anteriormente.

Los decretos de 1953 y 1956 fijaron una cuantía específica para casos especiales, que ninguna relación tenía con las cuantías contempladas por el C. C. A. para que un proceso tuviera dos instancias. Es más, el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 concedió la apelación sin exigir que la sentencia fuera apelable y no se interpusiera el recurso y fijó la cuantía de $ 2.000.00 en todo caso de condena, aunque la cuantía de la apelación fuera superior o inferior.

Por tanto, el decreto reglamentario de esta norma la excede, cuando dispone que la *consulta* solo tendrá lugar "cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso", condición ésta que, se repite, no contiene la norma reglamentada, por lo cual es claro el exceso del poder reglamentario por parte del Gobierno.

Se ha sostenido en el curso del proceso que el artículo 7º del Decreto 1722 fue modificado por los artículos 30 y 32 del Decreto-ley 528 de 1964.

Disponen esos preceptos del Decreto 528 de 1964:

"Artículo 30. Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce:

"1º En única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;

"b) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;

"c) De las controversias sobre asuntos petrolíferos en que sea parte la Nación atribuidos hoy a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia;

"d) De las controversias en que sea parte la Nación, suscitadas sobre concesiones mineras;

"e) De las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad;

"f) De los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano;

"g) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos.

"2º En segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos.

"3º De las apelaciones y recursos de hecho y de los incidentes de excepciones y tercerías en juicios de jurisdicción coactiva, cuando la cuantía principal del juicio sea o exceda de diez mil pesos.

"4º De la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941".

"Artículo 32. Los Tribunales Administrativos conocen:

"1º En única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"b) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los departamentos, los municipios, las intendencias, las comisarías y los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"c) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"d) De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos;

"e) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea inferior a diez mil pesos;

"f) Modificado Ley 16 de 1968, artículo 26. De los incidentes de excepciones y de las tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan

funcionarios nacionales, departamentales y municipales, cuando la cuantía de la acción principal sea inferior a $ 20.000.00; si la cuantía fuere superior en negocios departamentales y municipales, el Tribunal conocerá de tales incidentes en primera instancia;

"g) De los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54 de la Ley 167 de 1941, cuando el respectivo municipio no sea capital de departamento o cuando su presupuesto anual ordinario sea inferior a un millón de pesos;

"h) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea inferior a cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, municipal, intendencial o comisarial.

"2º En primera instancia:

"a) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional y cuya cuantía sea inferior a cincuenta mil pesos;

"b) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea o exceda de cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos del orden departamental, intendencial, comisarial o municipal;

"c) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien mil;

"d) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por los departamentos, los municipios, las intendencias, las comisarías o los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos;

"e) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien mil pesos;

"f) De las controversias sobre responsabilidad de la administración departamental, municipal, intendencial, comisarial o de los establecimientos públicos descentralizados que no sean del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos;

"g) De las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía sea o exceda de diez mil pesos;

"h) De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior o que hayan sido dictadas en virtud de delegación de funciones hecha por la misma;

"i) De los juicios sobre asuntos municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54 de la Ley 167 de 1941, cuando se trate de capitales de departamento o de municipios cuyo presupuesto anual sea o exceda de un millón de pesos.

"3º Modificado. Ley 16 de 1968, artículo 27. De las apelaciones y recursos de hecho que se interpongan en los juicios a que se refiere el literal f) del ordinal 1º de este mismo artículo.

"4º De los demás asuntos que les asigna la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman".

Como puede verse, el artículo 7º del Decreto 1722 es norma especialísima encaminada a defender a la Administración Pública en TODA condena en materia contencioso administrativa que imponga una obligación de dos mil pesos ($ 2.000.00) o más, a cargo de una entidad de Derecho Público.

El artículo 130 del C. C. A., no había fijado cuantía para la consulta. El Decreto 1722 (artículo 7º), señaló la de dos mil pesos sin que esta suma tuviera nada que ver con las cuantías para interponer la apelación. Consecuente con esto, no exige esta norma "que la sentencia no sea apelada", pues concede la consulta aun en casos en que la apelación no procede, con tal de que contenga una condena a la Administración en cuantía de dos mil pesos o más.

Los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, nada dicen sobre *consulta*, por lo cual no han modificado el artículo 7º del Decreto 1722, norma especial, en virtud del aforismo: "Legi speciali per generale non derogantur", consagrada en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

Por lo anterior, disiento de lo resuelto por la mayoría de la Sala, pues creo procedente el recurso de súplica.

Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Alvaro Pérez Vives.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO Y POTESTATIVO.—Finalidad, trámite o procedimiento.—Función de la Superintendencia de Sociedades y de los jueces.—Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de acciones contra actos jurisdiccionales.

Excepción consagrada en el Código de Comercio, artículos 1921 y 1930.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Expediente número 2577. Actor: Aserradero Covadonga, Limitada.

La sociedad Aserradero Covagonda, Limitada, mediante apoderado y en demanda que presentó al Consejo de Estado el 17 de diciembre pasado, le pidió que declare la nulidad de las Resoluciones números 02549 y 03280, proferidas por la Superintendencia de Sociedades, respectivamente, el 25 de julio y el 23 de agosto de 1976, por las cuales decretó el embargo y secuestro preventivos del establecimiento industrial del mismo nombre, de los fondos que tenga en los bancos de Medellín, Barranquilla, Turbo y Riosucio y de sus "títulos, valores, acciones, bonos, etc.", dentro del concordato preventivo obligatorio que adelanta por solicitud de la misma demandante. Consecuencialmente pide que se le restablezca en el derecho que tiene a que la administración de los negocios sociales la efectúe su representante legal.

La sociedad actora también solicitó en la demanda la suspensión provisional de los actos acusados.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1º Como expuso la Sala en sentencia del 4 de febrero de 1976, el concordato preventivo obligatorio "tiene por finalidad evitar, en lo posible, que las sociedades comerciales sujetas al control de la Superintendencia de Sociedades sean declaradas en quiebra, con las consecuencias perjudiciales de todo orden que de ella se deriven, mediante el acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre la manera de pagar las deudas. Se trata de un concordato obligatorio que debe ser tramitado por el Superintendente de Sociedades "en la forma y términos" previstos para el "concordato preventivo potestativo". Pero "las controversias que ocurran respecto de la existencia, cuantía, naturaleza, garantías, intereses y orden de pago de los créditos, serán decididas por el juez competente para conocer de la quiebra, para lo cual la Superintendencia enviará los documentos pertinentes al juez, con las alegaciones de los interesados, dejando copia de todos ellos en el expediente". (Artículos 1928, 1929, 1930 y 1933 del Código de Comercio). De manera que, aunque el artículo 1930 del Código de Comercio "en el concordato preventivo obligatorio" reemplaza al juez por el Superintendente de Sociedades, retira lo dispuesto por el artículo 1924, in fine, sobre "concordato preven-

tivo potestativo", en el sentido de atribuirle competencia al juez de la quiebra para dirimir las mismas controversias, sobre *"la naturaleza, cuantía, garantías, intereses y orden de pago de los créditos"*, de los cuales, por lo mismo, no es competente para conocer la Superintendencia de Sociedades. *Esta entidad ejerce, en consecuencia, tanto en la tramitación del concordato preventivo como en su ejecución, la función administrativa que le es propia,* sin perjuicio de las indicadas funciones jurisdiccionales adscritas al juez de la quiebra, entre las cuales se cuenta principalmente la homologación del concordato...".

2º Pero los artículos 1921 y 1930 del Código de Comercio consagran una excepción al principio anteriormente expuesto, al permitirle al Superintendente de Sociedades, a solicitud de "los acreedores que se hayan hecho parte y que representen más de la mitad del valor de los créditos admitidos del proceso", "solicitar del juez la adopción de determinadas medidas cautelares". En este caso, el Superintendente de Sociedades, por virtud de lo prescrito por el artículo 1930 del Código de Comercio, en el sentido de que debe observar, por regla general, el procedimiento señalado para el concordato preventivo potestativo, *sustituye al juez,* a que se refiere el artículo 1921 ibídem.

El decreto de embargo y secuestro es un acto, material o funcionalmente considerado, típicamente jurisdiccional, porque implica la posibilidad de sacar compulsivamente del comercio determinados bienes con una específica finalidad legal, cual es en este caso, impedir la insolvencia del deudor mientras se surte el concordato preventivo obligatorio, aunque orgánica y formalmente tenga la apariencia de un acto administrativo. Por consiguiente, el Consejo de Estado, por razón de la materia, no es competente para conocer de la acción propuesta.

3º Además, en la hipótesis de que el acto que dispone el embargo y secuestro de bienes fuere administrativo, la conclusión sería la misma, porque se definiría como una providencia de trámite que no pondría fin a la actuación, ni impediría su continuación y, por lo mismo, de conformidad con los artículos 82 del C. C. A. y 18 del Decreto-ley 2733 de 1959, no podría ser objeto de acción jurisdiccional.

Por lo expuesto, no se admite la demanda y se ordena devolverla a la sociedad que la propuso.

Reconócese al doctor Luis Gabriel Botero como apoderado de la sociedad denominada "Aserradero Covadonga, Limitada".

Cópiese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo.

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI

IMPUESTO PREDIAL. — INMUEBLES POR DESTINACION. Debe excluirse del avalúo catastral, únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial, el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente.—Para los demás fines del catastro nacional podrá computarse el valor de dichas maquinaria e instalaciones.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso.—Bogotá, D. E., abril diez y nueve de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 10.015. Recurso extraordinario de súplica de la Ley 11 de 1975 respecto de la sentencia pronunciada por la Sección Primera el 23 de abril de 1975, sobre avalúos catastrales de establecimientos industriales. Demandante: Malterías de Colombia, S. A.

En la sentencia objeto del recurso se lee en lo sustancial:

"La sociedad Malterías de Colombia, S. A., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó la declaratoria de nulidad del avalúo catastral del predio e instalaciones de su propiedad, denominado 'Malterial', ubicada en el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, Departamento de Boyacá, y contenido en las siguientes Resoluciones: 0155 de octubre 1º de 1970 y 0177 de octubre 21 de 1970, proferidas por la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, y 013 de 18 de enero de 1971 de la Oficina Seccional de Catastro de Boyacá.

"A título de restablecimiento del derecho la sociedad demandante pidió que se declare el derecho a exigir del Municipio de Santa Rosa de Viterbo 'la devolución inmediata de las sumas de dineros que hubiere pagado por concepto de impuesto predial correspondiente a la maquinaria a partir del segundo semestre de 1970'.

"Practicadas las pruebas oportunamente solicitadas, se dio traslado de los autos al señor Agente del Ministerio Público, quien conceptúa que deben despacharse favorablemente las peticiones formuladas por el demandante.

"Consideraciones de la Sala:

"En el caso sub júdice se contempla la misma situación procesal planteada en otros juicios similares al presente (expedientes números 1878, 1648, 1671 y 1918), en cuanto se formulan dos tipos de pretensiones, a saber: Por una parte se pide la anulación de actos proferidos por el Instituto Agustín Codazzi y demás autoridades catastrales relativas al avalúo dado al inmueble de propiedad de la sociedad demandante y, por otra, se pretende la devolución de sumas pagadas según liquidaciones hechas con base en tal avalúo, petición esta última que se dirige contra el Municipio de Santa Rosa de Viterbo, o sea, contra una persona de

Derecho Público, diferente a la primera. En relación con la viabilidad procesal de esta acumulación de pretensiones, esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades. Así, en fallo de 30 de agosto de 1974 (expediente número 1918), dijo:

" 'Se plantea, pues, un caso de acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones, que algunos tratadistas, como Guasp califican más acertadamente de *acumulación por conexión causal*. El primer elemento que debe examinarse para la viabilidad de este tipo de acumulación es el factor de conexión que, en nuestro derecho procesal (artículo 82) no se limita estrictamente a la causa, sino que se extiende a la unidad de objeto, a su relación recíproca de dependencia y aun a la vinculación por la utilización de unos mismos medios probatorios.

" 'La primera de las pretensiones acumuladas se orienta a modificar el acto que contiene el avalúo, en tanto que la segunda apunta al acto de liquidación del impuesto predial realizada por las autoridades municipales de Cartagena con fundamento en ese mismo avalúo. Se trata, pues, de dos pretensiones cuya causa inmediata son dos actos diversos, emanados de dos autoridades diferentes, de suerte que, en estricto sentido no hay identidad de causa, pero de otra parte, no es menos cierto que sí existe entre una y otra una relación de dependencia y, en tal virtud sería viable, por este aspecto, la acumulación propuesta.

" 'No obstante, la segunda pretensión entraña la revisión de una operación administrativa de liquidación de impuestos, por cuya actuación nuestro C. C. A., consagra un procedimiento especial bajo el nombre genérico de 'juicios de impuestos' (Título IV, Capítulo XXXIII, artículos 271 y siguientes), del conocimiento del Tribunal Administrativo correspondiente [Artículo 32 número 1º-a) y 2º-g) Decreto-ley 528 de 1964]. En cambio, para la actuación de otra pretensión de restablecimiento del derecho se prevé el procedimiento del Título III, Capítulo XV, artículos 124 y siguientes. Así las cosas, es evidente que en el caso de autos no concurre la exigencia del ordinal 3º del artículo 82 del C. de P. C., aplicable al caso y según el cual, para la viabilidad de la acumulación se precisa que todas las pretensiones pueden tramitarse por el mismo procedimiento.

" 'Bien distinta hubiera sido la cuestión si el actor, en lugar de pretender la devolución de parte de los impuestos pagados al Municipio de Cartagena hubiera pedido, a título de restablecimiento del derecho que el Instituto Agustín Codazzi le indemnizara de los daños o perjuicios que el avalúo le hubiera producido, comprendiendo entre ellos los mayores desembolsos de diferente orden que se hubiesen causado por razón de tal avalúo, pues en esta hipótesis el procedimiento para la actuación de las dos pretensiones sería el ordinario. (Providencia del 17 de octubre de 1973, pronunciada en el proceso promovido por Andian National Corporation, distinguido con el número 1671)' ".

Después de pronunciada la sentencia el primer apoderado del demandante, don Pedro Bonnett Locarno, sustituyó el poder "en la persona del doctor Gaspar Caballero Sierra, abogado titulado e inscrito", quien interpuso el recurso de súplica y explicó su inconformidad por considerar que la providencia recurrida contrariaba sin la intervención de la Sala Plena, jurisprudencia anterior largamente repetida. De su muy extenso memorial se transcribe lo siguiente:

"3º Para los fines del inciso 2º del artículo 2º de la ley antes citada, invoco como jurisprudencias contrariadas por la sentencia recurrida las siguientes: 5 de octubre de 1971, actor Stanto & Cía., ponente doctor Hernando Gómez Mejía; 7 de noviembre de 1973, actor, Compañía Nacional de Vidrios, S. A., ponente, doctor Juan Hernández Sáenz; 23 de septiembre de 1971, actor Sucroquímica Colombiana, S. A., ponente, doctor Alfonso Arango Henao.

"4º Realmente como problema de fondo vale insistir cómo las factorías industriales no están de suyo al servicio de los respectivos inmuebles, sino antes bien éstos al servicio de la actividad económica industrial, y por tal circunstancia no pueden considerarse las maquinarias y equipos industriales como inmuebles por destinación. Falta, como es natural, ese elemento de causalidad, de finalidad teleológica, del destino, para el uso, cultivo y beneficio del fundo de que se trate. Por otro lado, me atrevo a manifestar, salvando desde luego el respeto que me merecen las decisiones de la Sección Primera, que ésta en sus últimas decisiones no ha entrado al análisis de la nueva preceptiva jurídica del país que arroja mucha luz sobre el problema suscitado.

"En primer lugar el nuevo Código de Comercio al estatuir los conceptos de empresa y establecimiento mercantil, es muy preciso al determinar que el elemento patrimonial de la primera —la empresa—, y que la doctrina conoce con el nombre de hacienda o fondo comercial, y entre nosotros como *establecimiento de comercio*, no es sino el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa (artículo 515 del Código de Comercio). Vale decir, entonces, que la destinación de los bienes a los fines de la empresa, que no son otros que 'la actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios' (artículo 25 ibídem), es lo que viene a determinar el establecimiento mercantil, esto es, el instrumento patrimonial de la empresa. El orden de ideas anterior que nos trae un nuevo concepto de la propiedad mercantil muy distinto a los criterios civilísticos decimonónicos que en antes tuvieron plena virtud, tienen que acomodarnos a unos nuevos esquemas que el derecho económico en su beligerante evolución viene imponiendo. Pues bien, el Código de Comercio hace la separación indefectible entre el inmueble y los bienes puestos para realizar los fines de la empresa (establecimiento), y precisamente al determinar cuáles son los elementos patrimoniales constitutivos del establecimiento excluye a los inmuebles, para incluir solamente el derecho al uso o arrendamiento del local. En efecto, el artículo 516 del Código de Comercio señala: 'Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio: 1. La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicio. 2. Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento. 3. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares. 4. *El mobiliario y las instalaciones.* 5. Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación (del establecimiento desde luego), el derecho al arrendamiento de los *locales en que funciona si son de propiedad del empresario*, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario. 6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y 7. Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento".

"El inmueble no es parte del establecimiento de comercio por disposición del Código de Comercio, y a fortiori la maquinaria y equipo industrial no es un accesorio del predio, puesto que inclusive se puede enajenar separadamente éste sin que el establecimiento mercantil sufra mengua, ni que por la enajenación del inmueble se incluyan dentro de ella los elementos patrimoniales del establecimiento, como el mobiliario y las instalaciones. Es tan principal el establecimiento de comercio (incluye no se olvide la maquinaria y equipo) que se puede vender con absoluta independencia del predio o local, convirtiéndose éstos en simples accesorios cuando se le garantiza al comprador el derecho de seguir utilizando tal predio o local. No debe olvidarse que el establecimiento de comercio es uno de los bienes mercantiles (véase el epígrafe del libro tercero del Código de Comercio);

que tiene su propia individualidad principal; que no es un derecho accesorio sino principal; que lo accesorio es precisamente el local de comercio (que es un inmueble), y que, además, el establecimiento es un bien mueble comoquiera que bien puede enajenarse por escritura pública o por documento privado (artículo 526 del Código de Comercio). 'El establecimiento mercantil ha sido clasificado en la categoría de bienes muebles. Ha sido, pues, necesario separar del establecimiento el inmueble que se utiliza para su explotación'. (G. Ripert y Boulanger, Traité de Droit Civil de Planiol, tomo II, números 1041 y 1761). Lo anterior que es tan claro, desde luego, resulta distorsionado si a la vida mercantil se le pretenden aplicar conceptos propios del derecho civil que no condicen con aquélla. El bien mercantil 'establecimiento comercial' que es una entidad económica compleja, pero unitaria en su finalidad, contiene a su vez otros elementos patrimoniales como lo son las instalaciones industriales (cfr., artículo 516 en cita), que naturalmente tiene que concebirse en forma separada del inmueble. Son dos conceptos patrimoniales independientes, autónomos, separados, jurídicamente diferenciados, y de consiguiente el avalúo de los predios de mi poderdante no puede incluir las maquinarias y equipos de su establecimiento, so pena de incurrirse en un desacato jurídico de tremendas proporciones. El avalúo catastral de bienes inmuebles no puede de manera alguna cobijar otros bienes de naturaleza jurídica distinta, es decir, todo lo que viene a constituir el bien mueble mercantil denominado *establecimiento de comercio,* uno de cuyos elementos lo son las máquinas e instalaciones, como expresamente lo señala el Código de Comercio. El establecimiento de comercio entendido como una cosa mercantil, con autonomía jurídica distinta del bien inmueble, ha llevado a los juristas a considerarlo como una universalidad con individualidad propia para los fines jurídicos y económicos y a ello precisamente conduce la legislación comercial del país, como se ha dejado comprobado.

"La misma legislación tributaria acorde a los nuevos lineamientos de la vida económica moderna, no a los de los enclaustrados criterios de la época de los códigos napoleónicos, impone la tremenda diferenciación entre la propiedad inmobiliaria y la propiedad industrial, y lo que es más, cuando se trata de bienes muebles reputados como inmuebles por su destinación o adhesión, el artículo 116 del Decreto 2053 de 1974, ordena que se descuente su valor del avalúo catastral del inmueble. ¿Por qué la Sección Primera olvida esta norma? ¿Por qué lo que debe descontarse del avalúo catastral para los fines del impuesto sobre la renta no debe serlo para los fines del impuesto predial? ¿No hay acaso un principio de hermenéutica de que donde existe la misma razón de hecho debe existir la misma disposición de derecho? ¿Por qué en tratándose de bienes muebles considerados como inmuebles por destinación, tiene que descontarse su valor del avalúo catastral según la ley tributaria, y en cambio, las máquinas industriales, que ni siquiera son accesorios sino derechos principales y autónomos, por decisión de la Sección Primera, sí tienen que incluirse en el avalúo catastral? Francamente la perplejidad que todo aquello ha causado es grande, y es hora de que la Sala Plena vuelva al prístino sentido justiciero de doctrinas anteriores consecuentes con la realidad jurídica y económica de los nuevos tiempos.

"Es que, inclusive, los viejos criterios del civilismo del siglo diez y nueve han cambiado al conjuro de los tiempos, puesto que ya hasta el concepto de inamovilidad física para el distingo de los bienes muebles con los inmuebles se sujeta a nuevos cartabones. Se dice, en efecto, en el derecho moderno, que los inmuebles no circulan físicamente como los muebles, pero que, en cambio, económicamente circulan tan bien como los muebles".

El incidente fue primeramente tramitado por el Consejero Juan Hernández Sáenz, quien se retiró del Consejo y por esa circunstancia le correspondió la conducción del asunto al actual proponente, quien lo recibió con la nota número 422

de 20 de agosto de 1975, firmada por los relatores del Consejo, doctores Vargas Ayala y Antonio José Arciniegas en donde se lee:

"En respuesta a su oficio de la referencia, atentamente enviamos a usted copias de los fallos de fecha noviembre 7 de 1973, recaídos en los procesos instaurados por la Cía., Nacional de Vidrios (Conalvidrios) y Productora de Abrasivos. S. A. (Pabsa). El fallo de 23 de septiembre de 1971, actor Sucroquímica Colombiana, aparece publicado en los *Anales* de la corporación, tomo LXXXI, números 431-432, páginas 168 y siguientes.

"En cuanto a la información solicitada, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

"La doctrina del Consejo de Estado, relacionada con el tema a que alude el memorial que obra de folios 36 a 39 C. P., ha sido uniforme en el sentido de que en el avalúo que realicen las autoridades de catastro, destinado a calcular el monto del impuesto predial, no puede incluirse el valor de las maquinarias e instálaciones industriales varias existentes en el respectivo predio. Pero, cuando en la demanda se ha solicitado, además de la declaración de nulidad de los actos proferidos por las mencionadas autoridades de catastro —por haber tenido en cuenta en el avalúo el valor de las maquinarias e instalaciones industriales—, la devolución por la respectiva entidad municipal de los valores pagados con exceso por impuesto predial, la jurisprudencia de la corporación ha tenido la siguiente trayectoria:

"En sentencias de la *Sección Primera,* de fechas 6 de junio y 24 de julio de 1968, actor Acerías Paz del Río, ponentes, doctores Acero Pimentel y Alfonso Meluk, se dijo: 'Esta solicitud no cabe en acciones como la presente y es extraña a la que se encamina por la vía del artículo 67 del Código Contencioso Administrativo. La devolución de lo pagado en exceso por concepto de este impuesto debe obtenerse mediante el ejercicio de acción diferente'.

"En sentencias de 23 de septiembre de 1971, actor Sucroquímica Colombiana; ponente, doctor Arango Henao y 5 de octubre del mismo año; actor Stanton & Cía., ponente, doctor Gómez Mejía, la *Sala Plena* decidió, como consecuencia de la declaración principal, que si las sociedades demandantes habían pagado suma alguna de dinero por impuuesto predial, con base en el avalúo, tenían derecho a la devolución inmediata de ella por el municipio respectivo.

"En sentencia de 20 de octubre de 1971, actor Eternit Colombiana, S. A., ponente, doctor Orejuela Gómez, la *Sala Plena* se limitó a declarar la nulidad de los actos acusados y como restablecimiento del derecho se ordenó no tener en cuenta el valor de las maquinarias que se encontraban en el predio materia del avalúo catastral.

"En sentencia de 4 de febrero de 1972, actor, Alicachín, ponente, doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, la *Sección Primera,* reiteró lo decidido por la Sala Plena en la sentencia de 20 de octubre de 1971. Posteriormente, en la sentencia de 31 de julio de 1972, actor Icollantas y con ponencia del doctor Jaramillo Vélez, la *Sala Plena* ratificó la tesis anterior.

"En sentencia de 12 de septiembre de 1973, actor Intercol, ponente, doctor Marco A. Piñeros, y a pesar de tratarse de asunto exactamente igual a los anteriormente relacionados, la *Sección Primera* se declaró 'inhibida para dictar sentencia de mérito por falta de presupuesto procesal de demanda en forma', basándose en los siguientes argumentos:

" 'Por consiguiente, se han acumulado dos pretensiones, la primera tendiente a que se declare la nulidad de los actos que se cuestionan para que, en

consecuencia, se excluya del avalúo catastral correspondiente del inmueble número 1-158077, de propiedad de la sociedad demandante, la suma de $ 51.174.000, equivalente al valor de las maquinarias y equipos, acción de la cual el Consejo del Estado, por tratarse de actos de carácter nacional y de cuantía superior a $ 100.000.00 es competente para conocer en única instancia [artículo 3º, ordinal 1º, letra b), Decreto 528 de 1964]. La segunda, para que, como consecuencia de lo anterior, se ordene al Municipio de Cartagena devolver la mayor suma pagada por concepto de impuesto predial, por el año gravable de 1971; pero esta acción, que en el fondo es de revisión de impuestos, porque pretende reexaminar 'un impuesto definitivamente liquidado', como prescribe el artículo 271 del C. C. A., no es del conocimiento del Consejo de Estado en única instancia, sino del Tribunal Administrativo de Bolívar, según la cuantía, en primera instancia [artículo 32, ordinal 2º, letra g), Decreto 528 de 1964], aunque se pide la devolución de la mayor suma pagada por impuesto predial, en este caso ni siquiera se infirma el acto del Municipio de Cartagena que lo liquidó definitivamente, por lo que no puede tampoco verificarse si, a este respecto, se agotó o no la vía gubernativa. Cabe observar que no se trata de procesal (sic) una pretensión para que paguen los perjuicios sufridos a consecuencia de los actos que se acusan, sino de una petición específica para que se ordene devolver la mayor suma pagada por concepto de impuesto predial'.

"En sentencia de 17 de octubre de 1973, actor Andian National, Limited, ponente, doctor Galindo Pinilla, la *Sección Primera* reiteró la tesis sostenida en la sentencia de 12 de septiembre del mismo año, sobre indebida acumulación de acciones.

"Al ser sometido nuevamente el problema al conocimiento de la *Sala Plena*, ésta, en sentencias de 7 de noviembre de 1973, actores Conalvidrios, S. A., y Productora de Abrasivos, S. A. —Pabsa—, con ponencias del Consejero, doctor Juan Hernández Sáenz, al declarar la nulidad de los actos acusados ordenó que a título de restablecimiento las sociedades demandantes 'tienen derecho a obtener la devolución de las sumas pagadas en exceso por concepto de impuesto predial que se haya liquidado y cobrado...'.

"Sin embargo, la *Sección Primera*, en sentencias de 6 de marzo de 1974, actor Petroquímica Colombiana, ponente doctor Galindo Pinilla, 30 de agosto de 1974, actores Intercol, Andian National, Limited, Amoniacos del Caribe, S. A. (Amocar), y Dow Colombiana, S. A., con ponencias del doctor Jorge Dávila Hernández y 25 de abril de 1975, actor Malterías de Colombia, S. A., ponente, doctor Dávila Hernández, reiteró su tesis sobre 'indebida acumulación de acciones', con los mismos argumentos expuestos en la sentencia de 12 de septiembre de 1973, arriba transcritos".

Cuando se adelantaba el trámite regular, surgió el incidente de que dan cuenta los siguientes documentos que forman parte del cuaderno número 1-A y que ahora se transcriben para explicar parte de la demora en la tramitación:

El 12 de enero de 1976 se dictó el siguiente auto:

"Declaración de impedimento del Consejero conductor del proceso.

"El suscrito, Consejero, se considera impedido para intervenir en la decisión que haya de adoptarse por virtud de los hechos de que dan cuenta los documentos que en seguida se transcriben y cuyas copias auténticas se agregan al expendiente.

" 'Bogotá, 23 de diciembre de 1975.

" 'Señor economista

" 'Don Fernando Corral Maldonado.

" 'Vicepresidente Financiero

" 'de Bavaria, S. A.

" 'E. S. O.

" 'Muy estimado amigo:

" 'En la noche del sábado pasado al llegar a mi casa hallé un inmenso paquete con envoltura de Navidad y una amable tarjeta de saludo de Bavaria y otra del director de su Departamento Jurídico, doctor Gaspar Caballero Sierra. Porque usted me conoce desde hace muchos años sé que el obsequio se me envió sin su consentimiento y por lo mismo permítame rogarle que por su amable conducto retorne el paquete cuyo contenido no exploré.

" 'Representada por su apoderado doctor Gaspar Caballero, Bavaria adelanta ante el Consejo de Estado importante litigio que por preceptos de la Ley 11 de 1975, después de sentencia de la Sección Primera, debe ahora conocer la Sala Plena. El doctor Caballero sabe que el asunto fue repartido a mi despacho.

" 'Reglas elementales de buen gusto, para no mencionar otras más delicadas, enseñan que dadas las circunstancias descritas, Bavaria no debe enviarme obsequios ni yo puedo aceptarlos. Me explico, sin embargo, que tales reglas no sean conocidas o no sean practicadas por todas las personas. Es la deplorable realidad.

" 'Este incidente me obliga a declararme impedido para intervenir en la decisión porque Bavaria, como cualquiera otra persona residente en Colombia, tiene derecho a un fallo justo pronunciado sin la intervención de un juez ofendido. Así lo informaré a la Sala.

" 'Acépteme como su invariable amigo y servidor,

" 'Miguel Lleras Pizarro.

" 'Ruego firmar la copia como recibo de la carta y del paquete'.

"La tarjeta que acompañaba el obsequio reza así:

"Bavaria, División Legal, Gaspar Caballero Sierra, Director teléfono 45 77 24. Felicidades Bavaria"

"La respuesta del Vicepresidente de Bavaria, S. A., es del siguiente tenor:

" '006000-22

" 'Bogotá, diciembre 26 de 1975.

" 'Señor doctor

Miguel Lleras Pizarro,

Consejero de Estado.

Carrera 16 número 39-A-76.

Ciudad.

" 'Estimado doctor:

" 'Aviso recibo de su carta fechada el 23 de diciembre último de cuyo contenido he tomado debida nota.

" 'Lamento que una amable atención que la compañía quiso hacerle por intermedio del doctor Gaspar Caballero Sierra con motivo de la Navidad, consistente en 12 botellas de vino que usted ha retornado, le haya ocasionado el enojo que denota su carta.

" 'Del señor doctor Lleras, con el debido respeto.

"Bavaria, S. A.

"*Fernando Corral Maldonado,*

"Vicepresidente de Finanzas'.

"Bavaria, S. A., es accionista principal de Malterías de Colombia, S. A., como se deduce de varios documentos que obran en el expediente y de la circunstancia de que el jefe de su división legal sea el apoderado en este proceso. Para mayor abundamiento, pido a la Sala que solicite a la Cámara de Comercio de Bogotá, certificado en el que conste quiénes son accionistas de Malterías y en qué proporción y cuantía.

"El dar dádivas a los funcionarios públicos que deban decidir asuntos de interés para el donante es delito de cohecho que no siempre es bilateral como lo enseña el artículo 164 del Código Penal. Una tal conducta *es ofensiva por irrespetuosa* y aunque no esté expresamente considerada en el Código de lo Contencioso Administrativo ni en el de Procedimiento Civil, lo está tácitamente contenida en la ley universal de la decencia, en el numeral noveno del artículo 142 del C. de P. C. y en el numeral cuarto del artículo 51 del Decreto número 196 de 1971 que tiene jerarquía de ley. Es falta contra la recta administración de justicia el valerse de dádivas para conseguir el favor o la benevolencia de sus funcionarios y al darlas o al ofrecerlas, se afirma que serán aceptadas, conducta con la que se irroga tremendo agravio al juez. En el presente caso, la airada perturbación del ánimo del Consejero lo incapacita para seguir conduciendo el proceso y para intervenir en la decisión.

"Para aceptar un impedimento no siempre es necesario encontrar *precisamente* descrita la causal, pero si el celo por la norma escrita llegare a tal extremo, es legítimo concluir que si la ley erige en falta contra la recta administración de justicia el emplear medios distintos de la persuasión inteligente y jurídica para influir en el ánimo de los juzgadores, es porque implícitamente considera, como es apenas obvio, que los donativos, las atenciones injustificadas e insólitas o cualquier otro acto equívoco que pueda ser interpretado como medio para alcanzar la benevolencia del juez, es agravio bastante para imposibilitar el sereno equilibrio del ánimo que es condición para una sentencia humanamente justa.

Notifíquese al Fiscal y envíese copia al Tribunal Disciplinario.

Notifíquese y luego, junto con el expediente, llévese al conocimiento de la Sala Plena. Cúmplase".

El asunto se pasó al Consejero, doctor Humberto Mora Osejo, a quien el actual conductor del proceso remitió los siguientes documentos que en lo sustancial se transcriben:

Del Superintendente de Sociedades:

"Muy estimado doctor Lleras:

"Acuso a usted recibo de su nota datada el 19 de los corrientes, mediante la cual me solicita si la Sociedad Bavaria, S. A., es accionista de la sociedad Malterías de Colombia, S. A., y en qué proporción.

"Al respecto me permito adjuntarle copia del memorando que en la fecha me ha suministrado el Jefe de Estudios Económicos de esta Superintendencia.

"De usted, atentamente,

Alberto J. de la Espriella E.

"Superintendente de Sociedades.

"Anexo: lo anunciado".

El anexo es del siguiente tenor:

"República de Colombia. Ministerio de Desarrollo Económico. Superintendencia de Sociedades.

"Bogotá, D. E., enero 21 de 1976.

"De: Jefe Sección Estudios Económicos.

"Para: señor Superintendente de Sociedades.

"Asunto: Participación de la sociedad Bavaria, S. A., en el capital de la sociedad Malterías de Colombia, S. A.

"Composición del capital de Malterías de Colombia, S. A.

"Capital autorizado:

"6.000.000 acciones a $ 10.00 cada una ... ...$ 60.000.000.00

"Por suscribir:

"40.600 acciones, a $ 100.00 cada una 406.000.00

"Suscrito y pagado:

"5.959.400 acciones a $ 10.00 cada una 59.594.000.00

"Bavaria, S. A. es accionista de Malterías Colombia, S. A., con 5.306.300 acciones a $ 10.00 cada una, lo que señala un total en pesos de $ 53.063.000.00; o sea que participa en un 89.04% del capital suscrito y pagado, y en un 88.44% del capital autorizado.

"Atentamente,

"Manuel G. Rodríguez de Avila.

"Sección Estudios Económicos - Jefe.

MGRDA/lpr".

El primero de junio de 1976 la Sala Plena, por mayoría, acogió el siguiente auto:

"En atención al impedimento manifestado por el señor Consejero Miguel Lleras Pizarro, la Sala considera que ni el Código Contencioso Administrativo, ni el de Procedimiento Civil, que es supletorio de aquél, instituyen el hecho invocado como causal de impedimento. Como las causales de impedimento son taxativas, cualquier hecho, distinto de los señalados por la ley, así sea grande la trascendencia que subjetivamente se le dé, no configura ninguna causal de impedimento.

"En consecuencia, la Sala *no admite* el impedimento manifestado por el señor Consejero Miguel Lleras Pizarro, y, por lo mismo, dispone que regrese el expediente a su despacho para que adelante la tramitación del recurso de súplica.

"Cópiese y notifíquese".

Los Consejeros Alfonso Castilla Saiz, Alvaro Pérez Vives y Jorge Valencia Arango discreparon así:

"El Consejero, doctor Miguel Lleras Pizarro, en auto de fecha doce de enero del año en curso, dispuso poner en conocimiento del Fiscal de la corporación, de la Sala Plena de la misma y del Tribunal Disciplinario, la declaración de impedimento que por la misma providencia hace, consistente en que, según el Consejero Lleras Pizarro, la sociedad Bavaria, S. A le envió, con motivo de la Navidad, una 'dádiva' (caja de vino), hecho que, debido a que dicha sociedad es accionista principal de Malterías Unidas de Colombia, S. A., según se deduce de varios documentos que obran en el expediente, es susceptible de entrañar la comisión de un delito, ya que 'el dar dádivas a los funcionarios públicos que deban decidir asuntos de interés para el donante es delito de cohecho que no siempre es bilateral, como lo enseña el artículo 164 del Código Penal' (auto de enero 12 en referencia, folio 8, C. 1-A).

"La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de fecha junio 2, considera que no es del caso aceptar el impedimento manifestado por el doctor Lleras Pizarro, 'en atención a... que ni el Código Contencioso Administrativo, ni el de Procedimiento Civil, que es supletorio de aquél, instituyen el hecho invocado como causal de impedimento'.

"Con todo respeto disentimos de esa apreciación, pues creemos que el haber denunciado el doctor Lleras un hecho que considera delictuoso y que él mismo ha puesto en conocimiento del Tribunal Disciplinario para su investigación, lo sitúa dentro de la causal prevista por el Código de Procedimiento Civil en el artículo 142, numeral 8º, cual es el haber formulado el juez denuncia penal contra una de las partes, ya que los hechos de que da cuenta el Consejero Lleras, involucran a la filial de Bavaria, Malterías Unidas, actora en este proceso.

"Además, es en extremo delicado obligar a quien en tales circunstancias se considera sin la debida serenidad para ser juez, por virtud de hechos graves, posiblemente delictuosos, a continuar conociendo de este proceso".

El Consejero Carlos Galindo Pinilla disintió así:

"Respetuosamente disiento de la providencia que antecede por las siguientes razones:

"La interpretación de las disposiciones legales que consagran las causales de impedimentos y recusaciones debe hacerse teniendo en cuenta las finalidades que se persiguen con esta institución procesal, como son la de asegurar la rigurosa imparcialidad y la serenidad del juicio en el fallador.

"El señor Consejero Lleras Pizarro manifiesta que su imparcialidad y serenidad han sido perturbadas por unas circunstancias que él mismo relata, y que objetivamente consideradas quizás no tendrían capacidad para quebrantar la serenidad y el equilibrio de una personalidad humana de contextura diferente a la suya.

"El le atribuye a esos hechos una particular significación hasta el punto de estimarlos como constitutivos de tremendo agravio del cual deriva su airada situación anímica, que se ha traducido en un sentimiento de manifiesta enemistad con uno de los protagonistas y que lo determinó a formular contra esa persona una denuncia ante el Tribunal Superior Disciplinario.

"Estimo que los restantes miembros de la Sala, deben atenerse a la descripción que el doctor Lleras Pizarro hace de su situación subjetiva y no pueden tratar de imponerle las categorías de su propia fortaleza, sometiéndolo a la tortura de tener que participar en la decisión de un asunto sin el equilibrio necesario, con mengua de la finalidad que persigue la institución procesal de los impedimentos y recusaciones.

"Por lo demás, si el doctor Lleras Pizarro considera que le profesa manifiesta enemistad al apoderado de una de las partes, ocasionada por los hechos que él relata e interpreta de acuerdo con su peculiar temperamento y que lo movieron a formular la mencionada denuncia, pienso que se configuran las causales 8ª y 9ª del artículo 142 del C. de P. C. Por lo tanto, debió aceptarse el impedimento propuesto".

Luego de rechazado el impedimento y para cumplir lo resuelto por la mayoría el de nuevo conductor del proceso, dictó el siguiente auto el 30 de junio de 1976:

"Al reasumir la conducción del proceso en acatamiento a la orden de la mayoría de la Sala debo hacer constar:

"1º El auto que no admite el impedimento expresa que 'el Código de Procedimiento Civil no instituye el hecho invocado' como causal suficiente. Cuando me declaré impedido no aduje un hecho sino un conjunto de circunstancias constitutivas de UNA SITUACION, varios de cuyos elementos están expresamente previstos en las leyes que cité. Uno de ellos, cuya naturaleza penal es inocultable, está previsto como causal de impedimento por el numeral octavo del artículo 142 del Código en que se apoya lo resuelto. Así lo subraya uno de los salvamentos.

"2º En el salvamento del señor Consejero, doctor Carlos Galindo Pinilla, se afirma que la expresión según la cual la conducta del demandante y su apoderado son agraviantes para mí, 'se ha traducido en sentimiento de manifiesta enemistad (mía) con uno de los protagonistas (del incidente)'. (Los paréntesis son míos). Adelante repite *'si el doctor Lleras considera que le profesa manifiesta enemistad al apoderado de una de las partes...'*. Durante este incidente, ni implícita ni explícitamente puede deducirse una tal afirmación de mi parte, que solo puedo entender como caprichosa interpretación del relato hecho por mí.

"Es deber de todo habitante del territorio colombiano y en primer lugar del funcionario, poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos de que tenga noticia en cuanto los considere infracción de la ley penal. Cumplir con deber tan elemental, especialmente cuando se es juez, no implica sentimiento de enemistad ni permite concluir que ese obligatorio modo de colaborar con la justicia no pueda cumplirse sino respecto de los enemigos o que de hacerlo deba surgir, necesariamente, la enemistad.

"En este incidente de impedimento, ya rechazado, no he defendido ni mis sentimientos ni mis intereses personales, que no cuentan, sino los que aún sigo considerando superiores a todo otro interés, como es el altísimo de la 'cumplida administración de justicia', interés que se confunde con los deberes del Consejo de Estado en cuyo cumplimiento y defensa me comprometí desde el día de mi posesión. Obviamente, no 'profeso' enemistad ni amistad, amor ni odio a persona natural o jurídica de cuantas intervengan directa o indirectamente en este proceso.

"Envíese copia de este auto al Procurador General de la Nación.

"Notifíquese y cúmplase".

Teniendo en cuenta que asunto similar se discutía en la Sala Plena, el 22 de julio de 1976 se dictó el siguiente auto:

"Como la doctrina jurídica implicada en este asunto es idéntica a la que está sometida a consideración de Sala Plena en el negocio de Hipólito Pinto Herrera & Cía., 'Gaseosas Hipinto', radicación número 10041, permanezca este expe-

diente en la Secretaría hasta cuando la Sala decida sobre el primer proceso que tiene proyecto registrado por el mismo suscrito Consejero.

"Notifíquese y cúmplase".

Resuelto el asunto radicado con el número 10041 la Secretaría ordenó que el negocio regresara al despacho el 20 de octubre de 1976, según consta en el folio 29 del cuaderno 1-A.

El Consejero ponente hace constar que redacta la sentencia porque la mayoría de la Sala Plena lo ha compelido a hacerlo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En asunto idéntico la Sala Plena, por mayoría, decidió en el radicado con el número 10041 en sentencia aprobada el 5 de octubre de 1976 lo siguiente:

"La providencia de la Sección Primera, en nombre del Consejo de Estado lo declaró inhibido para fallar en el fondo, por considerar que en la demanda se presentaron dos pretensiones incompatibles, circunstancia procesal que explicó así:

" 'En el caso sub júdice se contempla la misma situación procesal planteada en otros juicios similares al presente (expedientes números 1878, 1648, 1671 y 1585), en cuanto se formulan dos tipos de pretensiones: Por una parte se pide la anulación de actos proferidos por el Instituto Agustín Codazzi y la Oficina Seccional de Catastro de Santander relativos al avalúo dado al inmueble de propiedad de la sociedad demandante y, por otra, se pretende devolución de sumas pagadas con base en tal avalúo, petición esta última que está dirigida contra una persona de derecho público (Nación o Municipio de Bucaramanga), diferente a la primera. En relación con la viabilidad procesal de esta acumulación de pretensiones esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades. Así, en fallo de 23 de abril de 1975, dijo:

" 'Se plantea, pues, un caso de acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones, que algunos tratadistas como Guasp califican más acertadamente de *acumulación por conexión causal.* El primer elemento que debe examinarse para la viabilidad de este tipo de acumulación es el factor de conexión que, en nuestro Derecho Procesal (artículo 82), no se limita estrictamente a la causa, sino que se extiende a la unidad de objeto, a su relación recíproca de dependencia y aun a la vinculación por la utilización de unos mismos medios probatorios.

" 'La primera de las pretensiones acumuladas se orienta a modificar el acto que contiene el avalúo, en tanto que la segunda apunta al acto de liquidación del impuesto predial realizado por las autoridades municipales de Cartagena con fundamento en ese mismo avalúo. Se trata, pues, de dos pretensiones cuya causa inmediata son dos actos diversos, emanados de dos autoridades diferentes, de suerte que, en estricto sentido no hay identidad de causa, pero de otra parte, no es menos cierto que sí existe entre una y otra relación de dependencia, y, en tal virtud sería viable, por este aspecto la acumulación propuesta.

" 'No obstante, la segunda pretensión entraña la revisión de una operación administrativa de liquidación de impuestos, para cuya actuación nuestro C. C. A., consagra un procedimiento especial bajo el nombre genérico de 'juicios de impuestos' (Título IV, Capítulo XXXIII, artículos 271 y siguientes), del conocimiento del Tribunal Administrativo correspondiente. [Artículo 32 número 1º-A y 2º g)] Decreto-ley 528 de 1964. En cambio, para la actuación de la otra pretensión de restablecimiento del derecho se prevé el procedimiento del Título III, Capítulo XV, artículos 124 y siguientes. Así las cosas, es evidente que en el caso de autos no

concurre la exigencia del ordinal 3º del artículo 82 del C. de P. C., aplicable al caso y según el cual, para la viabilidad de la acumulación se precisa que todas las pretensiones puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

" 'Bien distinta hubiera sido la cuestión si el actor, en lugar de pretender la devolución de parte de los impuestos pagados al Municipio de Cartagena, hubiera pedido, a título de restablecimiento del derecho, que el Instituto Agustín Codazzi le indemnizara de los daños o perjuicios que el avalúo le hubiera producido, comprendiendo entre ellos los mayores desembolsos de diferente orden que se hubiesen causado por razón de tal avalúo, pues en esta hipótesis el procedimiento para la actuación de las dos pretensiones sería el ordinario (providencia del 17 de octubre de 1973, pronunciada en el proceso promovido por Andian National Corporation, distinguido con el número 1671)'.

"Uno de los Consejeros, el doctor Alfonso Arango Henao, salvó el voto en el que consideró que la decisión de la mayoría era contraria a la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena y entre otras razones explicó:

" 'Fue tesis tradicional de esta corporación que si en una demanda se acumulaban varias pretensiones, algunas de ellas cuyo conocimiento le corresponde al Consejo y otras ajenas a su competencia, debía admitirse la demanda en cuanto a las primeras y rechazarse en cuanto a las demás, para evitar así que con un rechazo indiscriminado, y por causa del breve plazo que para su ejercicio tienen muchas de las acciones contencioso-administrativas, quedaran en absoluto desamparo derechos sustanciales de los gobernados y, aún más grave, resultara imposible en ocasiones preservar el imperio de la legalidad por causa de doctrinas demasiado severas y formulistas producidas por los propios organismos a los cuales corresponde institucionalmente velar por la incolumidad del orden jurídico.

" 'Sobre esta materia fueron clásicas e incontrovertibles las reflexiones contenidas en los autos de esta Sala Plena, proferidos el 27 de agosto de 1963 (expediente número 1001, acción electoral propuesta por Libardo Arriaga Copete, Consejero ponente, doctor Andrés Holguin), y el 20 de septiembre del mismo año (juicio electoral del Cesar, actor: José Ignacio Vives Echeverría, Consejero ponente, doctor Alfonso Meluk) y a ellas me remito para no hacerme ahora demasiado extenso.

" 'Y también fue tesis permanente del Consejo que si se admitía integralmente una demanda de aquellas características y se tramitaba el proceso respectivo, la sentencia lejos de desechar en bloque las peticiones del actor por causa de un defecto estructural del libelo, entraba a decidir sobre las materias que eran de competencia del mismo Consejo y se declaraba inhibido para resolver sobre las demás.

" 'Esta doctrina fue sostenida por la corporación en numerosas oportunidades, entre ellas, en las sentencias del 17 de marzo de 1961 (Consejero ponente, doctor Alejandro Domínguez Molina), y del 13 de octubre del mismo año (Consejero ponente, doctor Jorge de Velásquez) y su intención constante fue el evitar que derechos sustanciales de las gentes quedaran sacrificados en aras de la interpretación literal y en veces rigorista de preceptos meramente instrumentales como son los que establecen la ritualidad de los juicios, máxime aun cuando se trata de aquellos que regula el Código Contencioso Administrativo, cuyo propósito inmanente es tutelar la vigencia del estado de derecho, en primer término, y, como un derivado de esa tutela, restablecer derechos vulnerados a particulares u ordenar que se les resarzan perjuicios causados por actos o hechos de agencias gubernamentales que sean contrarios a la legalidad.

" 'Si el juicio contencioso administrativo no es entonces primordialmente una contienda entre litigantes que sostienen pretensiones discordantes, como acon-

tece con los que se tramitan ante jurisdicción distinta, donde la regla procesal es salvaguarda de los principios de lealtad entre las partes, igualdad de oportunidades para obrar y, además, formas de mantener un equilibrio que permita dirimir aquellas controversias con orden y claridad, bien hubiera podido meditarse y analizarse más si con oportunidad de este fallo era o no procedente dejar a un lado aquellas viejas y ponderadas doctrinas del Consejo, que fueron concebidas y respaldadas con argumentos jurídicos incontrastables durante la vigencia del severo precepto contenido en el artículo 209 del derogado Código Judicial.

" 'Tales doctrinas podrían subsistir hoy en día y con mayor virtualidad jurídica, si se quiere, dentro del nuevo régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 85 fue invocado por la providencia de la cual disiento para abandonar las aludidas tesis, cuando en realidad este precepto permitía mantenerlas y reforzarlas con reflexiones adicionales derivadas de su propio tenor.

" 'En efecto, si dentro del proceso civil, que generalmente enfrenta intereses y aspiraciones antagónicas de los litigantes, la acumulación indebida de acciones no da lugar a que el juez devuelva la demanda que adolezca de ella a su autor, sino apenas a que se le dé un plazo para corregir el defecto como condición para la admisibilidad del libelo, según lo prevé el invocado artículo 85, ¿cómo puede pensarse que en el juicio contencioso administrativo, cuyas características son distintas y menos propensas al formalismo, según quedó visto, esa misma deficiencia puede originar el rechazo de la demanda, con las consecuencias que ello trae según el artículo 87 del C. C. A., o puede permitir que si el libelo fue tramitado, en la sentencia se le declare incepto íntegralmente, aún en cuanto a las súplicas cuyo conocimiento sea de la competencia indiscutible del Consejo? Si en el campo civil, donde el plazo de prescripción de las acciones es más o menos extenso, no da lugar al rechazo inmediato de la demanda el que ellas se acumulen indebidamente, ¿cómo predicar un tratamiento más severo que éste en el campo de lo contencioso administrativo, donde el término de caducidad de las acciones es siempre breve, generalmente de pocos meses y en algunos casos es un angustioso lapso de cortos días?'

"La súplica:

"Dentro del plazo legal el apoderado de la demandante interpuso el recurso de súplica de que trata la Ley 11 de 1975, al que se dio trámite para determinar la jurisprudencia existente sobre los dos temas principales del debate a que se circunscribe a saber:

"1º Si es pertinente el recurso después de comparar la decisión con la jurisprudencia existente, y

"2º Si el fallo modifica alguna jurisprudencia adoptada por la Sala Plena.

"En los folios 108 y 109 la relatoría menciona catorce sentencias en las que se examina el tema y que serán objeto de análisis en esta providencia".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

"Sobre acumulación de acciones o acumulación de pretensiones.

"En auto pronunciado el 27 de agosto de 1968 a propósito del recurso de súplica sobre el auto que denegó la admisión de la demanda en la presentada por el doctor Libardo Arriaga Copete en relación con las actas de escrutinio general de los votos emitidos el 17 de marzo de 1967 en la Circunscripción Electoral del Chocó para representantes, diputados y concejales de Riosucio, Nóvita, Nuquí y Juradó para el período de 1968 a 1970 se explicó:

"*II. Consecuencias de la indebida acumulación de acciones.*

" 'Aceptando la Sala que ha habido en este juicio una indebida acumulación de acciones, como sostiene el auto recurrido, debe analizarse cuáles son las consecuencias de ese error procedimental en que incurrió el demandante.

"1. *La tesis tradicional del Consejo de Estado.*

" 'La tesis o práctica tradicional del Consejo de Estado, en casos como el de autos, ha consistido en admitir el libelo y, al dictar la sentencia definitiva, estudiar la cuestión de la competencia, a fin de pronunciar sobre la acción que es de su competencia y, en cambio, inhibirse para decidir sobre la acción o acciones que no le están atribuidas en las normas sobre competencia. Así lo hizo, entre muchos otros fallos, en los de fechas 17 de marzo de 1961, con ponencia del Consejero Alejandro Domínguez Molina, y de 13 de octubre de 1961, con ponencias del Consejero Jorge A. Velásquez.

" 'La Sala considera que debe modificarse esta tesis. Si el Consejo tiene la convicción de que es competente para conocer de unas acciones e incompetente para conocer de otras, es preferible que haga este estudio al dictar el auto admisorio de la demanda, para aceptar el libelo exclusivamente en lo que sea de su competencia. Por lo demás, resulta injusto con la parte demandante admitir la demanda en su integridad, tramitar todo el juicio, exigirle que presente las pruebas necesarias, con las erogaciones que todo ello representa, para llegar, al final, al proferir sentencia, a inhibirse para fallar sobre la acción o acciones que no son de competencia del Consejo. En gracia de la economía procesal resulta más adecuado hacer el estudio sobre la competencia al dictar el auto admisorio; nada impide procedimentalmente, en los juicios administrativos, hacerlo así:

" '2. *La tesis del auto suplicado. Concepto de la Sala.*

" 'El Consejero sustanciador, en el auto recurrido, considera que debe negarse la admisión de la demanda a causa de la indebida acumulación de acciones.

" 'La Sala no está de acuerdo con tal tesis por las siguientes razones:

" 'a) Al no admitir la demanda, por el error procedimental anotado, se vulnera el derecho sustantivo de la parte demandante. En casos como el que se estudia, la denegación de la admisión del libelo cobra especial gravedad ya que, como es sabido, los términos para ejercitar las acciones de carácter electoral caducan en lapso muy breve, por lo cual, si la Sala llegara a confirmar el auto suplicado, el demandante perdería, de hecho, toda oportunidad para impugnar la elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Chocó.

" 'De este modo, es preferible dar aplicación al artículo 472 del Código Judicial, según el cual 'los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho', y, así, admitir el libelo en aquella parte que le está atribuida al Consejo de Estado;

" 'b) Los artículos 82 a 86 del C. C. A. señalan los requisitos y formalidades que debe cumplir toda demanda que se presente ante la justicia de lo contencioso-administrativo, y el artículo 87 ibídem, establece que 'no se dará curso a la demanda que carezca de algunas de las anteriores formalidades...'. Así, en principio, los motivos para rechazar una demanda son, precisamente, el incumplimiento de alguna o algunas de las formalidades señaladas por los citados artículos

82 a 86, en los cuales nada se establece respecto de indebida acumulación de acciones.

" 'c) Al rechazar la demanda, por indebida acumulación de acciones, se está dando aplicación literal y un tanto extrema a las normas del Código Judicial. No es seguro que esa deba ser la solución —rechazo de la demanda— en los procesos civiles, pues se trata, más bien, en tales procesos, de una excepción que debe analizarse en la sentencia. Nada demuestra, en todo caso, que el rechazar la demanda en su integridad debe ser la solución adecuada en los juicios administrativos;

" 'd) El artículo 282 del C. C. A. dice que los vacíos en el procedimiento establecido en la Ley 167 de 1941 se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman 'en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo'. De este modo, no todo vacío procedimental se llena con las normas del Código Judicial; debe estudiarse, previamente, si ellas armonizan con la naturaleza del juicio administrativo. Por tanto, en casos como el de autos, no se pueden aplicar automáticamente las disposiciones sobre acumulación de acciones en los procesos civiles. Si la parte demandante acumula varias acciones que, en realidad, no pueden tramitarse en un mismo juicio, por ser dos tribunales distintos los competentes para conocer de ellas, es ésta una cuestión que el juzgador administrativo puede, legítimamente, estudiar al dictar el auto admisorio del libelo'.

"Idéntica doctrina se repitió en el auto de Sala Plena pronunciado el 11 de septiembre del mismo año en el proceso radicado con el número 1018 también relativo a elecciones populares de Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea del Departamento del Cesar. La doctrina contenida en estas dos providencias no ha sido modificada con intervención de la Sala Plena y, en consecuencia, es la jurisprudencia vigente.

"Conviene hacer algunas precisiones en cuanto hace a los vocablos utilizados a fin de evitar la eventual afirmación según la cual la jurisprudencia cuyos apartes se han mencionado cita las acciones en tanto que la doctrina del fallo suplicado alude a las pretensiones.

"La ley como los doctrinantes se han referido indistintamente a la acción y a la pretensión, vocablos que hoy se utilizan para designar fenómenos jurídicos diferentes pero solo después de un largo proceso de discusión y lenta elaboración doctrinal que sirve para excusar equívocos del pasado. No sería impertinente recordar cómo por mucho tiempo la acción y el derecho, lo que hoy llamamos por conveniencia el derecho sustancial, eran un mismo fenómeno hasta el extremo de que muchos juristas consideraban como pleonástica la expresión 'derechos y acciones'. Eduardo Couture observa que 'se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, el derecho elevado a una segunda potencia, el derecho con casco y armado para la guerra'. Hoy se acepta que la pretensión es una de las condiciones para el ejercicio de la acción pero no la acción. Si la diferencia entre derecho sustancial y derecho de acción no fue muy difícil de precisar, en cambio, sí lo ha sido la distinción entre acción y pretensión. A veces se nota el tema como esquivo y difícil de aprehender, puesto que de todos modos la acción es apenas el poder jurídico del sujeto de derecho para hacer valer su pretensión. Como lo subraya el mismo maestro Couture, la acción existe aun cuando no se ejerza efectivamente. Quien es titular de un derecho que por comodidad o facilidad de comunicación hemos convenido en llamar sustancial o material, aspira, o pretende, que le sea reconocido, debe ejercer *el derecho de acción* para que el derecho sustancial cuyo reconocimiento *pretende* le sea reconocido. Desde luego si no es titular del

derecho sustancial la sentencia no le será favorable. La pretensión no es, pues, un derecho sino un hecho.

"Se discurre sobre estas exquisiteces procesales para evitar la confusión que resultaría al reclamar que la jurisprudencia sobre acumulación de acciones es distinta de la atinente a la de las pretensiones. Es la misma, solo que impregnada de la antigua y respetable doctrina que no distinguía entre los dos fenómenos, o, más exactamente, *entre el hecho de la pretensión y el derecho de la acción.*

"Coincidencia de doctrinas sobre acumulación de pretensiones.

"La jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual cuando en una demanda se proponen pretensiones que deben tramitarse por procedimientos diferentes, el resultado debe ser la admisión, tramitación y fallo de la pretensión para que es competente quien recibió la demanda y la remisión al otro juez de la pretensión no tramitable ante el primero, o la advertencia al demandante para que la presente ante la oficina competente, no es novedad en el derecho colombiano. La Corte Suprema de Justicia ha examinado el tema desde el año de 1954 como ella misma lo recuerda en su reciente fallo del 18 de junio de 1975 en el que agrega: 'Si en el momento de proferir sentencia definitiva el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ¿qué es lo que debe hacer? Ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente: así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, *preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no sea capaz de producir ninguno, etc.* De este examen se puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, están formuladas condicional o subsidiariamente en forma sucesiva, eventual o alternativa, y no en forma concurrente, a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada. Mas, si la interpretación es posible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe.

" 'De lo anteriormente transcrito se ve que el fallo inhibitorio es procedente cuando las pretensiones principales de la parte demandante no son acumulables, *precisamente por ser opuestas o contradictorias entre sí,* es decir, *que una de ellas excluye a la otra, porque atentan contra el principio de contradicción.* Tal sería el caso de que se pidiese simultáneamente la declaración de nulidad y la resolución de un contrato o que se impetrase a un mismo tiempo el cumplimiento y obligaciones emanadas de un pacto contractual y la resolución del mismo. (Subrayas del Consejo).

" 'En cambio, cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados (se refiere a la advertencia de corrección de la demanda y otros similares), el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada, pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, *aunque sí la tiene para pronunciarse sobre las otras,* puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones *respecto de las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás*".

"También se recuerda que la Sala de Casación Civil había dicho 'que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda se presta a errores ocasionados (sic) a *denegación de justicia.* Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado en el artículo 209 del

Código Judicial, la secuela del juicio con claridad que arrojen las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquellas... en vez de pronunciarse, *con olvido de la economía procesal,* sentencia inhibitoria que anula esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados'. Idéntica opinión expresa Hernando Morales en su curso de Derecho Procesal Civil, edición de 1973, página 354.

"En presencia de lo que queda escrito están probados los hechos que justifican el recurso de súplica por modificación de la jurisprudencia sin intervención de la Sala Plena.

"Efectivamente, la Sección Primera al declarar la inhibitoria total por indebida acumulación de pretensiones, varió la jurisprudencia del Consejo que sostiene que cuando se da el fenómeno procesal anotado, frente a pretensiones que no sean compatibles entre sí, el fallo debe ser de fondo para la pretensión que se considere viable e inhibitoria en los demás extremos.

"Este cambio, por sí solo, justifica la procedencia del recurso de súplica, aun en la hipótesis de que en la calificación de la acumulación se haya equivocado la Sección. Y debe ser así porque, de lo contrario, se llegaría a la conclusión de que cuando una Sala del Consejo cambia por error la jurisprudencia el recurso extraordinario sería improcedente y el agravio que ese error le pudo producir al litigante, irreparable y definitivo.

"Es obvio que en el proceso, mejor en todo proceso, las partes tienen un interés vinculado a un determinado resultado. Así, cuando la Sección cambia la jurisprudencia y ese cambio afecta el interés concreto que en el litigio tenía la parte, ese interés en tal forma desconocido legitima la interposición del recurso de súplica y le abre la posibilidad al recurrente de su discusión a nivel de Sala Plena. Por eso puede decirse que para el suplicante el interés es la medida de su recurso, pero que este interés no puede reducirse, sin contrariar uno de los fines queridos por el legislador al crear dicho recurso, a que la Sala Plena estudie si la Sección se equivocó o no. No tendría sentido para el recurrente, quien primordialmente aspira a que se le reconozca el derecho impetrado y no más.

"En otros términos, siempre que se cambie la jurisprudencia por una de las Salas sin intervención de la Plena, procederá el recurso de súplica, con una doble finalidad: para asegurar, por un lado, el mantenimiento de la uniformidad jurisprudencial; y por el otro, para el restablecimiento del interés procesal de la parte.

"En el caso controvertido, el presupuesto de la acumulación aceptado por la Sección Primera produjo una inhibición total, cuando de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación tenía derecho a un pronunciamiento parcial de fondo. En esto radica el interés para recurrir y cualquiera que sea la interpretación que ahora se le dé a la demanda, no puede impedir el pronunciamiento de fondo que la ley le da al recurrente. No sería justo que el administrado viera frustrada su aspiración a un fallo de fondo, con el argumento de que como el cambio de jurisprudencia se debió a error de la Sala no hay lugar a tal pronunciamiento. Lo anterior implicaría una interpretación que ni racional, literal o lógicamente podría desprenderse de la Ley 11 de 1975.

"¿Hay pretensiones acumuladas?

"En lo atinente a los actos administrativos que comienzan con el avalúo catastral y terminan con la liquidación del impuesto predial pueden considerarse las siguientes situaciones, al menos en principio, desde el punto de vista teórico:

"1º Se trata de una actuación administrativa compuesta, conformada por dos actos. Uno del orden nacional, dictado por el Instituto Agustín Codazzi, y que

determina el avalúo para efectos catastrales, y otro, de índole municipal, en el cual se liquida el gravamen, mediante la simple operación matemática de aplicar a aquel avalúo la tarifa establecida en la ley.

"Pese a que esta actuación administrativa en apariencia configura una unidad por existir entre los actos que la conforman una relación de dependencia, éstos tienen en el derecho colombiano un tratamiento diferente desde el punto de vista de su control de legalidad. Mientras el primero lo expide un organismo nacional, el segundo lo dicta uno de orden municipal; mientras aquél se impugna ante el Consejo de Estado, éste, ante los Tribunales Administrativos en única o primera instancia; mientras el restablecimiento a que puede aspirarse frente a aquél se reduce, en principio, a la rebaja del avalúo, en éste, la pretensión se limita a la disminución del monto del gravamen o a la declaración de que no tiene que pagar nada por dicho concepto.

"2º Muestra lo precedente que frente a los actos enunciados pueden darse las siguientes hipótesis para su control jurisdiccional:

"a) Puede la parte afectada impugnar, en acción de plena jurisdicción, el acto de avalúo dictado por el Instituto Agustín Codazzi. En esta acción no debe pretenderse, en principio, sino la rebaja de la primitiva cuantiación y en esta rebaja estará precisamente el restablecimiento. Empero, si el acto es nulo y de su aplicación se derivaron perjuicios para el administrado, podrá éste solicitar, además, que se condene al mencionado Instituto al pago de la indemnización correspondiente, la que en eventos como el aquí contemplado, consistirá en los mayores valores que por concepto de impuesto predial haya pagado desde la fecha en que empezó a regir el avalúo objeto de la anulación;

"b) También podrá impugnar el contribuyente el acto municipal de liquidación del impuesto predial, bien por errores aritméticos en la aplicación de la tarifa o por la ilegalidad del acto del Agustín Codazzi. Estima la Sala que pueda legítimamente aducirse la irregularidad del avalúo en cuanto sea contrario a la ley, en ejercicio de la facultad de aplicar preferentemente ésta, y mediante la debida interpretación de las normas que en el Código Civil y en el Decreto 1301 de 1940 definen el alcance de los inmuebles por destinación para efectos catastrales. En esta hipótesis la demanda deberá comunicarse al mencionado Instituto;

"c) Puede, igualmente, el afectado con los distintos actos que configuran la operación compuesta, impugnarlos a la vez, pero por separado, así: la acción de impuestos contra el acto de liquidación del gravamen, ante el Tribunal Administrativo del Departamento, y la de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado, contra el acto del Agustín Codazzi; para una vez admitida la demanda en aquélla solicitar la suspensión del proceso hasta tanto la última corporación resuelva lo de su competencia. Esta solución es perfectamente válida, ya que la prejuicialidad administrativa puede alegarse con base en el artículo 170 del C. de P. C.

"La tesis de la indebida acumulación de pretensiones en la forma como la resolvió la sentencia suplicada, conduce a hacer imposible a los gobernados todo reclamo relativo al impuesto predial y como tal conclusión es contraria tanto al derecho sustancial como al procesal, que es instrumento para el reconocimiento del primero, el Consejo considera que son viables las pretensiones y por consiguiente legítimas las acciones que se ejerzan en cualquiera de las tres hipótesis ya descritas. Pero es más lógico impugnar el acto del orden nacional constituido por el avalúo catastral para evitar que en el futuro ese avalúo siga originando liquidaciones de impuestos municipales que resulten contrarios al derecho. La acción de plena jurisdicción tal como está concebida en el Código de lo Contencioso Administrativo es el instrumento natural para obtener estos resultados de justicia.

"Se dijo atrás que fuera de la nulidad del acto expedido por el Instituto Agustín Codazzi, con miras a la rebaja del avalúo, podía solicitar el administrado la indemnización de los perjuicios que dicho acto le hubiera producido. En tal sentido, y luego del análisis de conjunto de la parte petitoria del libelo, puede concluirse que la sociedad demandante aspira, igualmente, a que se le indemnice de los perjuicios sufridos con el acto de cuantiación. Pero, como es lógico, no por parte del Municipio de Bucaramanga, como lo pretende, ya que éste ningún perjuicio ha causado con su actuación, sino por el autor del acto que lo produjo. Esta interpretación racional y finalista se hace siguiendo la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, organismo que recuerda que 'es obligación del juez interpretar la demanda racionalmente para ver si la contradicción es meramente aparente. Así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición pueda producir algún efecto, a aquél, en que no sea capaz de producir alguno'.

"En el presente proceso y en otros análogos es evidente que no hay pretensiones contradictorias ni opuestas sino, al contrario, coherentes y encaminadas a una misma finalidad que es la liquidación del impuesto predial de acuerdo con las reglas de la ley. También sería contrario a la economía procesal exigir dos juicios para obtener un solo resultado.

"El valor de los inmuebles por destinación y el impuesto predial.

"En cuanto al fondo del asunto basta reproducir la doctrina que en numerosos fallos ha sido repetida a partir de la sentencia del 23 de septiembre de 1971 cuyos valores jurídicos considera la Sala que se mantienen inalterables y siguen a la necesidad de resolver el aparente conflicto entre el avalúo catastral practicado para todas las finalidades y el aplicable a una sola de las previstas en el Decreto 1301 de 1940. Allí se explicó:

" 'Es bueno, además, repetir con el señor Fiscal que 'sobre la cuestión planteada ha tenido oportunidad de pronunciarse repetidamente el honorable Consejo de Estado y en forma constante y uniforme ha sostenido que para que las maquinarias y enseres de una empresa puedan reputarse como inmuebles por destinación, para efectos del impuesto predial, es necesario que las mismas se hayan instalado para uso, cultivo y beneficio del fundo en el cual se hallan'.

" 'Efectivamente, la jurisprudencia de esta corporación que coincide en estas interpretaciones con la dada por la Corte Suprema de Justicia, a las normas legales que informan sobre los inmuebles por destinación, ha sido muy clara, repetida y constante, en el sentido que anota el señor Agente del Ministerio Público en el aparte de su vista que se ha dejado transcrito. Por ello, esta misma Sala, en sentencia de 13 de agosto de 1970, sintetizó con ponencia del Consejero, doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, el pensamiento de esta corporación a través de distintos fallos recaídos sobre esta misma materia. Y posteriormente, esta Sección, con ponencia del mismo Consejero, doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, en sentencia más reciente aún, pues lleva fecha 8 de septiembre de 1970, dijo sobre el particular, al hacer las consideraciones de derecho que sustentaron su fallo.

" 'La interpretación del artículo 658 y concordantes del Código Civil ha sido hecha en numerosas ocasiones y de una manera uniforme por el Consejo de Estado. Esta interpretación puede resumirse así: cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocado permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la ley como haciendo un solo cuerpo con el inmueble al cual sirve y se llama inmueble por destinación. En cambio, si el objeto mueble por naturaleza está simplemente colocado sobre el inmueble, pero sin estar destinado a su uso, cultivo y beneficio, ese objeto conserva su

calidad de mueble. *Este precisamente es el caso, en general, de las maquinarias y equipos industriales, los cuales desempeñan funciones muy distintas del uso, cultivo y beneficio del terreno sobre el cual están colocados*'. (Se subraya ahora).

" 'El artículo 658 del Código Civil colombiano, al referirse a los inmuebles por destinación, sienta un principio y luego trae seis ejemplos, más o menos afortunados. Lo esencial es el principio, lo accesorio, los ejemplos. Lo lógico es razonar a partir del principio hacia los ejemplos y no viceversa. O dicho de otro modo, los ejemplos han de interpretarse de acuerdo con el principio y no al contrario.

" 'El principio es el siguiente: 'Se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que pueda separarse sin detrimento'.

" 'Para que un mueble por naturaleza se convierta en inmueble por destinación se necesitan los siguientes requisitos:

" '1º Que el dueño del mueble sea a la vez dueño del inmueble. Si el mueble pertenece a un dueño distinto, aunque esté al servicio del inmueble, conserva su verdadera naturaleza.

" '2º Que el mueble esté puesto en el inmueble de una manera permanente. En cualquier momento, el dueño del mueble puede desafectarlo y, entonces, éste retorna inmediatamente a su antigua y verdadera naturaleza. Esta desafectación puede hacerse, por ejemplo, en el momento del acto jurídico de disposición, diciendo que los aperos de la labranza o minería, verbi gratia no quedan comprendidos en el legado, la venta o la hipoteca de la finca en donde están colocados. Y estas cláusulas son perfectamente válidas.

" '3º Que el mueble esté destinado por su dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble.

" 'La expresión 'uso, cultivo y beneficio' es una expresión unitaria, que los gramáticos llaman endiadis y que consiste en expresar una idea, que podría expresarse con un solo sustantivo, con varios sustantivos de significado similar. Por ejemplo, para decir civilización se dice la humanidad y la cultura.

" 'En el caso presente, la expresión 'uso, cultivo y beneficio' expresa la idea de que el mueble está al servicio del inmueble, como la yunta de bueyes o el tractor están al servicio de la hacienda cuyos campos aran, pero como no están los ganados de engorde ni las maquinarias industriales que, si bien se sirven del *suelo* no le sirven a él. Porque una cosa es servirse del inmueble y otra muy distinta es servir al inmueble. Y lo que el artículo 658 exige es que el mueble sirva al inmueble y no lo contrario.

" 'De los seis ejemplos que trae el artículo 658, solamente interesa el ejemplo número 5, que dice así: 'Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que formen parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño'.

" 'Para que estos objetos puedan ser inmuebles por destinación, además de los requisitos generales, se necesitan que adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de éste.

" 'Hay varias maneras de interpertar este numeral 5º:

" 'a) Hay una interpretación, que para la Sala es la única válida, que concuerda con el principio general sentado en el artículo 658. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que, además de adherir al suelo y pertenecer al

dueño de éste, están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir al servicio de él.

" 'Si esto es así, es preciso estudiar, en cada caso concreto, si la maquinaria que hace parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, está también destinada por el dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir, a su servicio, o no lo está. En caso de que la maquinaria llene los tres requisitos enumerados, en el sentido que se les da en esta providencia, ella es un inmueble por destinación. Si falta cualquiera de los tres requisitos, la maquinaria es un simple mueble;

" 'b) Hay otra interpretación que para la Sala es incorrecta. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, se sirvan del suelo como soporte. Es decir, en esta interpretación, la expresión 'uso, cultivo y beneficio', es completamente inocua, puesto que es evidente que toda maquinaria tiene que servirse del suelo, tiene que apoyarse en él. Por consiguiente, esta interpretación prescinde del tercer requisito indicado por la ley.

" 'A modo de ver de la Sala, esta interpretación es incorrecta por los siguientes motivos: a) Porque trata de dar al ejemplo número 5 una autonomía que la ley no quiere darle; b) Porque desvirtúa claramente el sentido de la expresión 'uso, cultivo y beneficio', ya que el genuino sentido de esa expresión es el de que los muebles sirvan al inmueble y no viceversa; c) Porque, con esta interpretación, se llega a unas consecuencias fiscales injustas, como más adelante se verá.

" 'El impuesto predial está establecido en favor de los municipios y grava a los propietarios de inmuebles dentro de los límites municipales. En pura lógica y teniendo en cuenta que las disposiciones legales solamente gravan los inmuebles, también deberían considerarse gravados los verdaderos inmuebles o sea el suelo y los edificios sobre él construidos, y no los inmuebles por destinación, que en realidad son muebles y que solamente una ficción del legislador considera inmuebles, en orden de alcanzar fines muy distintos de los fiscales.

" 'Sin embargo, no se discutirá que los inmuebles por destinación están también sujetos al impuesto, ya que así lo disponen algunas normas especiales, pero, como esas mismas normas se refieren al concepto que de inmuebles por destinación da el artículo 658 del Código Civil, se tiene que volver siempre a la recta interpretación de este artículo, que, a juicio de la Sala, es la interpretación del literal a) de este estudio.

" 'Véanse, ahora, las consecuencias fiscales injustas que tiene la interpretación indicada en el literal b) de este estudio.

" 'En efecto, si se adopta el criterio de que la maquinaria de un establecimiento industrial es inmueble por destinación por servirse del suelo en que está colocada, por estar adherida a él y por pertenecer a un mismo dueño, se llega a una conclusión fiscal, que se resume en el siguiente cuadro:

" '1º Dueño de maquinaria simplemente colocada en suelo ajeno, no paga el impuesto.

" '2º Dueño de maquinaria *colocada* en suelo propio, no paga el impuesto.

" '3º Dueño de maquinaria adherida en suelo ajeno, no paga el impuesto.

" '4º Dueño de la maquinaria *adherida* en suelo propio, paga el impuesto.

" 'Es una manera completamente arbitraria e injusta de distribuir el impuesto predial.

" 'Por el contrario, si se adoptara el criterio de que el inmueble por destinación es aquél que, además de pertenecer al dueño del suelo y de estar adherido permanentemente a éste, está destinado por su dueño al servicio del inmueble, tendremos siempre una solución igual, o sea que solamente pagan el impuesto predial aquellos bienes por naturaleza, que su dueño ha adherido permanentemente a un predio suyo para el *servicio* de éste y no para otros fines.

" 'Dos ejemplos finales aclaran lo dicho:

" '1º Si el dueño de una mina coloca en ella, de una manera permanente y con el fin de acarrear los materiales sacados de la mina, una serie de vagones, esos vagones están al servicio de la mina, y son, por consiguiente, inmuebles por destinación.

" '2º Por el contrario, si el dueño de un microscopio electrónico lo coloca en un edificio, para explotarlo económicamente, nadie pretendería que ese microscopio electrónico es un inmueble por destinación; y no lo es, por la sencilla razón de que no está destinado al servicio del inmueble, aunque evidentemente tenga que apoyarse en él.

" 'Por último, es preciso considerar que los establecimientos industriales y comerciales, como tales, además del impuesto sobre el patrimonio, pagan a los respectivos municipios, el impuesto de industria y comercio. Ahora bien, si la maquinaria perteneciente a una industria queda englobada en el avalúo de la tierra para efectos de la liquidación del impuesto predial, se llega al resultado injusto de que una misma maquinaria va a ser gravada dos veces por la misma causa, contra todas las reglas de una buena organización hacendística y fiscal.

" 'Sobre la ficha catastral debe observarse que los datos que ella debe contener al ser elaborada por el Instituto Agustín Codazzi u otra oficina encargada de esa función tiene por fin que haya completa descripción económica de los inmuebles, en especial para el efecto de los datos que deben conservarse en las oficinas de registro de instrumentos públicos y privados. Por tanto los mandatos de los Decretos 2155 y 2250 de 1970 no pueden entenderse como aplicables para los efectos del impuesto predial.

" 'Nadie construye una instalación industrial costosa y complicada con el solo fin de aumentar el precio de la tierra. Por tanto, en las empresas industriales el valor del terreno es meramente accidental desde el punto de vista del objeto social de la industria. El suelo es lo accesorio, lo que accede a lo principal que es la instalación para industria, y no al contrario.

" 'Los inmuebles por destinación deben computarse para los efectos del impuesto predial cuando sus objetivos son facilitar o mejorar la explotación del terreno. Desde el punto de vista tributario, para los fines del impuesto sobre el patrimonio la maquinaria y demás instrumentos industriales van disminuyendo de valor año por año, mediante la aplicación de las cuotas de amortización que son aceptables según la vida probable de las máquinas. Este sistema sería prácticamente imposible de aplicar para el impuesto predial porque los avalúos catastrales no se harán por anualidades y si para el impuesto sobre patrimonio debe adoptarse la cifra catastral, sería imposible reconocer las desvalorizaciones resultantes del uso de la maquinaria. Esta congruencia fiscal es razón poderosa para desechar la noción de inmueble por destinación en cuanto a las instalaciones industriales que no tienen por fin la mejor explotación del terreno.

" 'Para suplir estas dificultades y simultáneamente no perjudicar los fiscos locales fue para lo que se concibió el impuesto de industria y comercio.

" 'Aunque la ley pueda adoptar el sistema de múltiple tributación sobre el mismo objeto o la misma fuente, sin inconveniente constitucional, en el caso del catastro no existe este mandato legal ni sería conveniente y por ello se han establecido dos fuentes fiscales distintas: la que grava el terreno y la que grava la explotación industrial respecto de la cual el terreno es accidente accesorio inevitable.

" 'Sería fácil eludir el pago del impuesto predial liquidado con la inclusión del valor de las industrias construidas sobre el terreno mediante el simple mecanismo de transferir la propiedad del suelo a persona o sociedad subsidiaria y pagar a ésta arrendamiento más o menos simbólico por su utilización para el establecimiento de la empresa industrial.

" 'Aunque la doctrina jurídica relativa a los inmuebles por destinación no se concibió desde el punto de vista fiscal sino para resolver los problemas inherentes a las obligaciones surgidas de los contratos de compraventa y de hipoteca, tampoco ha sido incompatible para la celebración de contratos de prenda aunque la maquinaria se haya destinado a la explotación permanente de la actividad industrial y aunque esté adherida al suelo. Si en Francia o en otros países esta doctrina se ha extendido para darle validez fiscal, ello podría explicarse porque en los países desarrollados la industria manufacturera es fuente principal como contribución al producto bruto y también al producto nacional bruto por oposición a lo que ocurre en los países menos desarrollados en los que la fuente principal de su producto se origina en la actividad agropecuaria. Hacer interpretaciones legales que conduzcan a desestimular el desarrollo industrial es contrario a la necesidad social y solo sería admisible en vista de mandato legal y expreso, que por otra parte, en Colombia sería evidentemente inconveniente.

" 'Aunque los porcentajes de participación del sector agropecuario y del de la industria manufacturera han variado un poco de 1957 a 1970, computados en pesos constantes de 1956 el predominio del sector agropecuario sigue siendo notable. La contribución de esta última en 1957 fue de 34.3% y en 1970 de 27.3%. El de la industria del primer año fue de 17.0% y en el último de 19.9%, apenas ligeramente superior a la participación del comercio y desde luego inferior si se suman el comercio, los transportes y los seguros y otras actividades financieras, es decir los servicios excluidos, los personales y los del Gobierno.

" 'La idea que existe acerca de la gran rentabilidad del sector manufacturero no corresponde a la verdad y al contrario, los rendimientos de las acciones inscritas en la Bolsa de Bogotá enseñan lo opuesto. Aunque en pesos corrientes, los siguientes ejemplos sirven para medir la afirmación hecha. La tasa de rendimiento promedio anual, en Eternit Colombiana pasó de 1967 a 1971 de 11.8% a 6.7%. La Cervecería Andina de 9.4% a 3.8%; la de Bavaria, de 16.7% a 13.4%; la de Cemento Samper de 12.4% a 7.0%; la de Confecciones Everfit de 17.7% a 8.6%. Este decrecimiento es más espectacular si se observa la baja vertical que todas las acciones inscritas en bolsa tuvieron durante los seis primeros meses de 1971, lo que indica que la tasa porcentual de rendimiento ha decrecido extraordinariamente a pesar del simultáneo decrecimiento del valor comercial de la acción.

" 'Si el mayor problema que afronta el país es desde varios años el del desempleo se seguirá aumentando aunque se detuviera o disminuyera el ritmo de crecimiento de la población por el solo efecto de las mejoras en la explotación comercial del sector agropecuario, fenómeno inevitable y además deseable. Tal desempleo por sobrante de trabajadores rurales solo puede absorberse por la industria tanto manufacturera como de construcción y por los servicios. En los doce años transcurridos de 1953 a 1968 el número de personas empleadas en la indus-

tria manufacturera tan solo aumentó en 103.283 unidades, es decir, bastante menos de diez mil personas al año, lo que resulta dramático si se recuerda que por el solo incremento natural de la población el país debería ofrecer no menos de doscientos cincuenta mil empleos anuales.

" 'En resumen, cualquier interpretación legal que conduzca a desestimular el crecimiento industrial es nociva para la prosperidad económica del país y para el bienestar social.

" 'Si la productividad del sector rural mejora, como es lo deseable, y si el volumen bruto de la producción agropecuaria supera, como debería, las necesidades del mercado interno, el número de personas excedentes que hoy se ocupan en actividades campesinas aumentará considerablemente y los nuevos empleos deberán ser administrados y suministrados por la industria y por los servicios.

" 'Desde el punto de vista fiscal general, el Estado recibirá beneficios a corto plazo en cuanto la rentabilidad industrial sea incrementada. Desde el punto de vista de los fiscos municipales hay dos gravámenes bien diferentes que son el predial y el de industria y comercio' ".

"Las cifras que se citaron en la sentencia transcrita, aunque han variado en los últimos años y nuestra unidad monetaria ha disminuido su poder adquisitivo interno y externo, los valores y las proporciones de éstos en relación con el producto nacional bruto son, en sustancia, iguales, salvo la desmejora de la sociedad anónima que de 1974 a 1975 reveló un descenso tan acentuado como para inducir al Gobierno a proponer al Congreso algunos alivios tributarios del orden nacional que hoy son ley.

"(En las transcripciones de la sentencia de 23 de septiembre de 1971 se hicieron algunas ligeras enmiendas gramaticales que en el texto original aparecían como obvio error mecanográfico).

"Por último, debe subrayarse que la Ley 65 de 1939 no autorizó enmiendas al Código Civil y que en el Decreto 1301 de 1940 por el que se desarrolló la ley no se hicieron ni podían hacerse tales modificaciones".

Consideraciones adicionales.

Como tantas veces se ha dicho, el derecho debe aplicarse y por tanto la ley interpretarse conforme a los hechos de cada tiempo. Para refrendar las últimas consideraciones del capítulo precedente, nada más oportuno que transcribir la siguiente nota del distinguido economista, doctor Hernán Echavarría Olózaga, publicada en el periódico "El Tiempo" del 26 de octubre del año de 1976 en donde se lee:

"Eufemismos.

" 'Por muchos años este país ha seguido el fácil camino de los préstamos internacionales para mantener su nivel de vida, más bien que para tratar de resolver los problemas fundamentales de su industria. Los Gobiernos de los dos partidos no han logrado encender el fuego del crecimiento industrial, como sí lo han hecho Alemania, Francia y el Japón con distintas políticas económicas y sociales. La tasa de desempleo que tenemos hoy día no se puede justificar de ninguna manera, menos si se toma en cuenta la dignidad humana de los afectados. Cuando rechazamos el desempleo y rechazamos también soluciones superficiales nos debemos preguntar sin titubear ¿cuál es la causa del desempleo? Sencillamente y sin equivocación éste es causado por tratar de pagarnos más de lo que estamos produciendo.

" 'Permítanme que añada una otra cosa que a todos nos da un poco de pena mencionar, cuando se trata de discutir la regeneración industrial. Para que la industria pueda invertir en nuevos equipos es necesario no solamente detener la inflación, sino dejarle a la industria suficientes fondos para que pueda realizar la inversión. Cuando yo digo que se le deben dejar suficientes fondos, quiero decir que se le debe permitir ganar un sobrante, el cual no es sino un eufemismo para designar las utilidades. No importa cómo las llamemos, si sobrante o utilidades, el sobrante es necesario sea que vivamos en una economía socialista, mixta o capitalista. Si la industria no puede generar suficientes fondos para comprar sus propios equipos, entonces no puede efectuar sus inversiones y continuaremos cuesta abajo.

" 'La cura a largo plazo para el desempleo es crear una industria sana. Es a base de una industria sana y en expansión como podemos eventualmente reanudar el crecimiento de nuestros servicios sociales y también crear las oportunidades de trabajo que acabarán con el desempleo. Como cualquier otro político de nuestro partido, yo creo en un nivel alto de gastos públicos, pero no podemos pensar en que sea con préstamos que vamos a financiar nuestros servicios sociales, nuestros hospitales, nuestra educación y la renovación urbana. Al final de cuentas, estas cosas solo pueden resultar de nuestro propio esfuerzo. Ustedes saben muy bien que no hemos venido produciendo lo suficiente a medida que venimos distribuyendo riqueza.

" 'Esta no es una declaración de un político reaccionario, es el 'mea culpa' de Mr. Callagham, líder del partido socialista inglés, extractos de su discurso ante la reunión anual de su partido en septiembre 28. Eso de oír pronunciar la palabra utilidades por la boca de un marxista, aun cuando sea inglés, es una novedad. Y eso de que hay que crear riqueza para poder repartirla, es también algo muy nuevo.

" 'Los estadistas ingleses hablan de la necesidad de regenerar su industria, porque Inglaterra es un país esencialmente manufacturero. Nosotros tendríamos que referirnos a la industria y a la agricultura, puesto que en Colombia las dos son igualmente importantes. Es únicamente con una gran expansión de las unidades de producción agrícola e industriales como podremos esperar reducir el desempleo. La generación de empleo no es espontánea. Todo lo contrario, es un proceso deliberado. Para que haya empleo alguien tiene que ofrecer empleo, y ese alguien no puede hacerlo si no tiene equipos y herramientas con qué poner a trabajar a otros. Para comprar ese equipo se requiere dinero, luego el Estado les tiene que dejar a las empresas y a los particulares utilidades suficientes para hacerlo, no se lo puede llevar todo en impuestos y contribuciones. Esto es tan verdad en Inglaterra como en Colombia y en todas partes del mundo' ".

La decisión.

Las peticiones de la demanda son como siguen:

"1ª Que es nulo el avalúo oficial definitivo de $ 16.739.000.00, fijado al predio de propiedad de Malterías de Colombia, S. A., situado en la vereda de Quebrada Grande Camino Abajo, Municipio de Santa Rosa de Viterbo, Departamento Boyacá, denominado 'Malterías', practicado, según aparece en el certificado suscrito por el Secretario de la oficina Seccional de Catastro de Boyacá, liquidado de acuerdo con la referencia catastral número 00-0-012-204, avalúo vigente desde el segundo semestre de 1970.

"2ª Que es nula la Resolución número 0155 de octubre 1º de 1970 de la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, Departamento de Boyacá —por la cual se ordenan unos cambios en el catastro del Municipio de Santa Rosa de Viterbo—

y por medio de la cual se fijó un avalúo oficial catastral de $ 16.739.000.00 al inmueble número 00-0-012-204, de propiedad de Malterías de Colombia, S. A., situado en la vereda Quebrada Grande Camino Abajo, Municipio de Santa Rosa de Viterbo, denominado 'Malterías', Departamento de Boyacá, avalúo vigente a partir del segundo semestre de 1970.

"3ª Que es nula la Resolución número 0177 de octubre 21 de 1970 de la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, Departamento de Boyacá, 'por la cual se niega la petición de rebaja y exclusión del avalúo de la maquinaria e instalaciones, de hecho se niega la resolución y se concede subsidiariamente el recurso de apelación para ante el Director de la Seccional de Catastro de Boyacá'.

"4ª Que es nula la Resolución número 013 del 18 de enero de 1971, de la Oficina Seccional de Catastro de Boyacá, dependiente del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', por la cual se confirma la Resolución número 0177 de octubre 21 de 1970, dictada por la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, Departamento de Boyacá. La Resolución 013 del 18 de enero de 1971 puso fin a la vía gubernativa.

"5ª Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare así mismo que Malterías de Colombia, S. A., domiciliada en Bogotá, no está obligada a pagar al Municipio de Santa Rosa de Viterbo, Departamento de Boyacá, impuesto predial por concepto de la maquinaria emplazada en el inmueble de la referencia catastral número 00-0-012-204, en tanto que esa maquinaria no constituye bienes cuyo avalúo pueda ser incorporado al Catastro, susceptible por lo consiguiente de originar el impuesto predial.

"6ª Que como consecuencia de todo lo anterior, debe procederse por la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, Departamento de Boyacá, a levantar una nueva ficha contentiva del avalúo catastral del inmueble número 00-0-012-204, para excluir de tal avalúo el valor correspondiente a la maquinaria.

"7ª Que como consecuencia, de todos los pronunciamientos anteriores la compañía Malterías de Colombia, S. A., tiene derecho a exigir por la vía gubernativa, del Municipio de Santa Rosa de Viterbo la devolución inmediata de las sumas de dinero que hubiere pagado por concepto de impuesto predial correspondiente a la maquinaria, a partir del segundo semestre de 1970.

"8ª Que se disponga, finalmente, que al practicarse el nuevo avalúo y nuevas fichas para el inmueble número 00-0-012-204 a que se refieren las Resoluciones 0155 de octubre 1º de 1970 y 0177 de octubre 21 de 1970 de la Oficina Delegada de Catastro de Sogamoso, Departamento de Boyacá. El nuevo avalúo y las nuevas fichas catastrales no deben incluir el valor de la maquinaria que allí tiene emplazada Malterías de Colombia, S. A.".

Aunque de folios 15 a 20 del cuaderno número 1 aparece la diligencia de inspección judicial y la apreciación de peritos designados por el conductor del proceso cuando éste se tramitaba en la Sección Primera, las apreciaciones que allí se hacen rebasan los linderos señalados por el demandante quien no aspira a nuevo avalúo practicado por peritos designados por el Consejo de Estado, acerca de cuya idoneidad y calificación para esta clase de trabajos no aparece testimonio alguno, sino a que el propio Instituto Agustín Codazzi practique el nuevo avalúo en el que para el efecto de liquidar el impuesto predial no se incluya el valor de la maquinaria que allí tiene emplazada Malterías de Colombia, S. A. De esos documentos solo se deduce que las máquinas no están destinadas a la explotación del terreno que es lo que importa en este proceso. Las cifras a que llegan los peritos, señores don José Joaquín Bernal Arévalo y Gilberto Giraldo Herrera exceden el doble de la aprepiación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Por tanto, sin necesidad de interpretar la demanda y al contrario, ajustándose a su texto literal, lo único que debe excluirse del avalúo impugnado y únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial es el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente que asciende según la diligencia oficial del Instituto Agustín Codazzi, a la cantidad de $ 6.969.070.38.

En consecuencia, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Infírmase la sentencia objeto del recurso y en su lugar se dispone:

1º Son nulos los actos que componen la actuación administrativa que comenzó por el avalúo practicado por la Oficina Seccional del Catastro de Boyacá sobre el inmueble, maquinarias e instalaciones distinguido con la referencia número 00-0-012-204 vigente a partir del segundo semestre de mil novecientos setenta (1970) y que terminó con la Resolución número 013 del diez y ocho (18) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971) de la Oficina Seccional de Catastro de Boyacá, dependiente del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por cuanto por tales actos se señaló un avalúo para liquidar el impuesto predial en el que se incluyó el valor de las instalaciones varias y las máquinas por seis millones novecientos sesenta y nueve mil setenta pesos con treinta y ocho centavos ($ 6.969.070.38), cantidad que debe excluirse de dicho registro catastral pero únicamente para la finalidad de liquidar los impuestos prediales. Para los demás fines del Catastro Nacional podrá computarse el valor de dicha maquinaria e instalaciones.

2º Si la sociedad demandante, Malterías de Colombia, S. A., ha pagado a partir del segundo semestre de mil novecientos setenta (1970) un mayor valor por concepto de impuesto predial determinado con base en el avalúo que por este fallo se modifica, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi se lo devolverá a título de restablecimiento del derecho individual vulnerado, previa su liquidación de acuerdo con el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, dentro de los términos señalados por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, tomará las medidas necesarias para la debida ejecución de este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala Plena de diez y nueve (19) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977).

Alfonso Arango Henao, Osvaldo Abello Noguera, Nemesio Camacho Rodríguez, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez.

Los Consejeros:

Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Alvaro Pérez Vives, Marco A. Piñeros, Carlos Aníbal Restrepo S., Gustavo Salazar Tapiero, Rafael Tafur Herrán, Jorge Valencia Arango, Miguel Lleras Pizarro.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

Salvamento de voto.

Ref.: Expediente número 10015. Actor: Malterías de Colombia, S. A.

Como se expresa en el salvamento de voto del doctor Osvaldo Abello Noguera, que transcribe otros que he redactado conjuntamente con el doctor Jorge Dávila Hernández, sobre la materia, y en el de los doctores Alvaro Pérez Vives y Carlos Galindo Pinilla, que también se funda en aquéllos, las maquinarias son inmuebles industriales y, por lo mismo, la de la parte demandante, debía incluirse en el catastro, como así lo dispusieran los actos impugnados del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. En consecuencia, la Sala debió denegar las peticiones de la demanda.

Humberto Mora Osejo.

Bogotá, D. E., doce de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Salvamento de voto del Consejero Bernardo Ortiz Amaya.

Ref.: Expediente número 10015. Actor: Malterías de Colombia, S. A.

Por medio del presente salvamento de voto reitero el criterio consignado en otros escritos anteriores sobre casos similares al presente dejando expresa constancia de que el suscrito no comparte el criterio de que en este negocio se haya presentado el fenómeno jurídico de la indebida acumulación de pretensiones, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, en una acción de este tipo o naturaleza se deben resolver las peticiones pertinentes de la demanda y desechar o negar las que no son conducentes.

Con esta aclaración ratifico todas las tesis expuestas en negocios anteriores, sobre la interpretación de las normas del Código Civil con relación a los inmuebles por destinación y al concepto de establecimiento industrial.

Bogotá, D. E., mayo 23 de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

PROTOCOLIZACION DE LA PARTICION. — Se suspendieron provisionalmente los efectos de la circular número 064 de 1976 de la Superintendencia de Notariado y Registro que dice: "teniendo en cuenta que muchos interesados, una vez registrada la cuenta de partición y su sentencia aprobatoria no cumplen con el requisito de la protocolización, por cuanto para la obtención del certificado aludido debe estar la sucesión a paz y salvo por los impuestos respectivos, deben los registradores negar el registro de enajenación, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el texto del documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización".

NOTA DE LA RELATORIA. — Esta circular fue declarada nula por sentencia de agosto 9 de 1977 de la misma Sección.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., marzo ocho de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Expediente número 2608.

El doctor Alberto Arias Gutiérrez ejercita ante esta corporación la acción de nulidad para demandar la anulación y la suspensión provisional del párrafo quinto de la circular número 064 de 1976 (octubre 27), expedida por el Superintendente de Notariado y Registro.

La demanda, que reúne los requisitos de forma exigidos por la ley, debe ser aceptada y por ello esta misma providencia se ocupará de la suspensión provisional solicitada en el mismo libelo, en cumplimiento del artículo 95 del C. C. A.

> "Teniendo en cuenta que muchos interesados, una vez registrada la cuenta de participación y su sentencia aprobatoria no cumplen con el requisito de la protocolización, por cuanto para la obtención del certificado aludido debe estar la sucesión a paz y salvo por los impuestos respectivos, deben los registradores negar el registro de enajenación, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el texto del documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización".

Estima el demandante que el párrafo transcrito viola ostensiblemente los artículos 30 de la Carta, "por cuanto un heredero o adjudicatario, después de registrada la partición y sentencia aprobatoria, que refrendan su modo de adquirir el dominio por sucesión, se encuentra en situación de que no puede disponer de bienes raíces. Entonces no se le están garantizando sus derechos, sino todo lo contrario"; el 673 del C. C., por cuanto "la facultad de disposición queda restrin-

gida notoria y notablemente con el texto y sentido de la circular"; los 1008 y 1394 ibídem, en concordancia con el 611 C. de P. C., ya que "los procesos mortuorios terminan con una partición aprobada por el juez, que debe registrarse en la Oficina de Registro, por lo que respecta a bienes raíces. Esa adjudicación y registro son suficientes para que los adjudicatarios efectúen transacciones, pues son titulares de sus derechos", "la circular pone cortapisas y requisitos, cuando se trata de bienes raíces en perjuicio de los herederos"; el 17 del Decreto-ley 2143 de 1974, ya que la circular "dispone que en tratándose de inmuebles, no pueden otorgarse escrituras de enajenación, limitación o gravámenes de lo adjudicado, si no hay previamente protocolización del expediente" y por cuanto inviste "a los notarios y registradores de funciones sobre control en el pago o no pago de impuestos. La cita de la escritura de protocolización de procesos mortuorios, en actos de disposición posterior a la terminación de la sucesión, es un requisito o exigencia que la ley no trae, y que el señor Superintendente de Notariado no puede imponer por circular", y los 56 y 57 del Decreto 960 de 1970 ya que "en la circular acusada se trata de desvirtuar el fin de lo que es una protocolización".

Para la Sala Unitaria aparece, a primera vista, la violación del artículo 17 del Decreto-ley 2143 de 1974, ya que lo que esta norma prohibe es la protocolización de expedientes sucesorales cuando no estén acompañados del certificado de paz y salvo especial, mas no el registro de enajenación, limitaciones o gravámenes que efectúan los herederos, hayan o no cumplido con la protocolización, tal como lo exige la circular acusada.

Por otra parte, si de conformidad con el artículo 57 del Decreto 960 de 1970, "por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originariamente tenga", mal puede el señor Superintendente de Notariado y Registro, por medio de una simple circular, señalar la protocolización como requisito sin el cual los actos de disposición que efectúen los herederos sobre los bienes raíces que les han sido adjudicados judicialmente no adquieren plena validez, con lo cual extralimita la norma superior y sus funciones.

Por lo anterior se,

RESUELVE:

Primero. Admítese la anterior demanda presentada por el señor doctor Alberto Arias Gutiérrez.

a) Comuníquese al señor Superintendente de Notariado y Registro y al señor Registrador de Instrumentos Públicos;

b) Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, y para los efectos del ordinal 3º del artículo 126 del C. C. A.

Segundo. Suspéndense provisionalmente los efectos de la circular número 064 de 1976 (octubre 27), en la parte que dice:

> "Teniendo en cuenta que muchos interesados, una vez registrada la cuenta de partición y su sentencia aprobatoria no cumplen con el requisito de la protocolización, por cuanto para la obtención del certificado aludido debe estar la sucesión a paz y salvo por los impuestos respectivos, deben los registradores negar el registro de enajenaciones, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el texto del documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización".

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD
Y EL DEPORTE

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS. — Se declara la nulidad de la circular número 11 de 1975 (noviembre 10), originaria del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Dávila Hernández.*

Ref.: Expediente número 3574. Actor: Jorge Humberto Botero A. Autoridades nacionales. Fallo.

El ciudadano Jorge Humberto Botero, en ejercicio de la acción pública que consagra el C. C. A., demandó la declaratoria de nulidad de la circular número 11 del 10 de noviembre de 1975, expedida por el Jefe de la Oficina de Control de Juntas del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES, cuyas consideraciones rezan:

"El Decreto número 879 de 1971 (mayo 22), invoca el artículo quinto de la Ley 9ª de 1942, la cual fomenta la industria cinematográfica en Colombia y autoriza al Gobierno Nacional para tomar las medidas conducentes para ello. En efecto en el artículo quinto se indica que: *'El Gobierno queda autorizado también para eximir en todo o en parte, a los teatros o empresas que exhiban este material del pago de los impuestos nacionales que graven los espectáculos públicos'.*

Por aquel entonces, el denominado impuesto "Espectáculos Públicos" se refería al gravamen establecido por la Ley 12 de 1932 y las disposiciones reglamentarias; impuesto que aún está vigente y cuyo monto fortalece a los fiscos seccionales y municipales.

Pero en ningún momento podría referirse al 10% de sobreprecio a los espectáculos públicos, creado por las Leyes 1ª de 1967; 49 de 1967, y 47 de 1968, comoquiera que este último impuesto se trata de un impuesto especial para incrementar el patrimonio de un instituto descentralizado que no existía, que tiene como fines principales, el fomento y desarrollo del deporte, la educación física y la recreación. Cronológicamente considerado, en ningún momento el legislador podía prever una situación tributaria diferente del impuesto creado, como es el caso del impuesto del 10% para fomento del deporte. Porque si así fuera, estaríamos frente a un exabrupto jurídico, en el sentido de que la ley no puede excederse de su ámbito constitucional.

En consecuencia, la exención del 25% se remite o se aplica solamente al impuesto creado por la Ley 12 de 1932, que creó el impuesto a los espectáculos públicos para beneficio de los fiscos municipales.

Entonces lógico es discenir que el Decreto 897 de 1971, al retrotraer la Ley 9ª de 1942, en ningún momento podía referirse al impuesto del 10% de sobreprecio en espectáculos públicos para fomento del deporte, creado posteriormente en forma exclusiva para fomento del deporte, mediante Ley 47 de 1968.

"En conclusión, la manera de liquidar el impuesto del 10% para Coldeportes consiste en incluir el valor comercial de la boleta, excluyendo los impuestos e incluyendo el valor de los corto-metrajes nacionales".

El actor considera que el acto transcrito es violatorio de las siguientes normas, por los conceptos que expresa en su escrito de demanda:

Artículos 1º, 5º y 7º de la Ley 9ª de 1942, que disponen:

"Artículo 1º Autorízase al Gobierno Nacional para que proceda a tomar las medidas conducentes, de conformidad con las normas generales de la presente Ley, al fomento de la industria cinematográfica colombiana".

"Artículo 5º El Gobierno queda autorizado también para eximir, en todo o en parte, a los teatros o empresas que exhiban este material, del pago de los impuestos nacionales que gravan los espectáculos públicos".

"Artículo 7º El Gobierno reglamentará la presente Ley, teniendo en cuenta que el fin que ella persigue es el de estimular y fomentar, por todos los medios que estén a su alcance, la industria cinematográfica nacional".

Y el artículo 11 del Decreto 879 de 1971 que establece:

"Artículo 11. Al tenor del artículo 5º de la Ley 9ª de 1942, establécese a favor de las películas colombianas, en todas las ocasiones que éstas se exhiban, exención de todos los impuestos nacionales que graven los espectáculos públicos.

"Parágrafo. Cuando se exhiban corto-metrajes de duración mínima de siete (7) minutos, la exención de los impuestos nacionales será de un veinticinco por ciento (25%)".

Durante la actuación del juicio se constituyó como parte impugnadora Coldeportes, mediante apoderado quien, en su escrito de conclusión (folio 38), acepta que existe una contradicción entre el acto acusado y las normas invocadas por el demandante.

Así mismo, se constituyó parte coadyuvante el doctor Joaquín Bernal Arévalo, quien, en escrito que obra al folio 30 y siguientes, tras de transcribir pertinentes jurisprudencias del Consejo de Estado, respalda y amplia los argumentos ofrecidos por el actor en sustento de su petición.

El señor Agente del Ministerio Público, doctor Jorge Dangond Flórez, tras de reseñar y comentar la legislación en materia de gravámenes a los espectáculos públicos y lo atinente al fomento de la industria cinematográfica, concluye así:

"De la relación hecha en el punto tercero de este escrito se desprende que al impuesto del diez por ciento sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos, se le dio una destinación específica y transitoria por virtud de la Ley 1ª de 1967; después se restringió su fuerza en el espacio y en el tiempo, pues se redujo al territorio del Valle del Cauca y al del Tolima, con destino diferente y durante el término comprendido entre 1968 y 1972; posteriormente se extendió a todo el territorio nacional y se cambió su destinación y, finalmente, se dispuso su vigencia indefinida. Pero siempre como gravamen del 10% sobre el valor de cada boleta personal de entrada a espectáculos públicos.

"Ahora bien: Como el Decreto 879 de 1971, expedido con fundamento en la autorización otorgada al Gobierno Nacional por la Ley 9ª de 1942, estableció una exención de todos los impuestos nacionales que graven los espectáculos públicos, a favor de las películas colombianas que se exhiban y del 25% del valor de esos impuestos respecto de los corto-metrajes de duración mínima de siete minutos, no se ve la razón para sostener que tal exención no opera respecto al gravamen contemplado en las Leyes 1ª y 49 de 1967 y 47 de 1968".

La Sala comparte las anteriores apreciaciones de su Fiscal, para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, y observa que los espectáculos son siempre públicos.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la circular Nº 11 de 10 de noviembre de 1975, originaria del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Gustavo Salazar Tapiero, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Dávila Hernández.

Jorge A. Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
CORPORACION DE EMPLEADOS "CORPORANONIMAS"

PRIMA DE ALMUERZO. — SALARIO EN ESPECIE. — El derecho a esta prima de los empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, no es salario en especie y no es factor para liquidar las prestaciones sociales.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., diez y siete de marzo de mil novecientos sesenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 0285. Autoridades nacionales. Actor: Luis María Gutiérrez Gutiérrez.

El señor Luis María Gutiérrez Gutiérrez instauró demanda, por medio de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para obtener que se declare lo siguiente:

"Primero. Que son nulas las Resoluciones números 036 de 7 de abril de 1972, 006 del 12 de enero de 1973 y 145 de 1º de junio del mismo año, proferidas todas por la Sala de Gobierno de la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, 'CORPORANONIMAS', por medio de las cuales se reconocen unas prestaciones sociales al señor Luis María Gutiérrez.

"Segunda. Que como consecuencia de lo anterior se declare que el señor Luis María Gutiérrez tiene derecho a que las prestaciones sociales reconocidas en las resoluciones anteriores, le sean liquidadas tomando como base, además de los factores determinados en la misma, la prima establecida para financiar el almuerzo de los empleados al servicio de la Superintendencia de Sociedades.

"Tercera. Que la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades 'CORPORANONIMAS', deberá pagar al señor Luis María Gutiérrez o a quien sus derechos represente, la diferencia entre los valores reconocidos en las mencionadas providencias y la cantidad que se adeuda por concepto de prima de almuerzo, a partir de la fecha en que se hicieron efectivas las prestaciones y hasta que se haga la liquidación en la forma señalada anteriormente.

"Cuarta. Que a las declaraciones anteriores se les deberá dar cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C. C. A.".

Los hechos en que se fundó la demanda fueron los siguientes:

"1º El señor Luis María Gutiérrez prestó servicios a la Superintendencia de Sociedades desde el 1º de marzo de 1956 hasta el 6 de marzo de 1972.

"2º La Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades, 'CORPORANONIMAS', le reconoció a mi poderdante, por medio de las resoluciones acusadas, una pensión vitalicia de jubilación y otras prestaciones definitivas.

"3º En las aludidas resoluciones, la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades 'CORPORANONIMAS', no tuvo en cuenta en la liquidación correspondiente la prima establecida para financiar el almuerzo de los empleados al servicio de la Superintendencia de Sociedades, al cual tenia derecho mi poderdante por haberla disfrutado durante el último año de servicios a la misma Superintendencia.

"4º Me encuentro dentro del término para ejercer la presente acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1843 de 1969".

La parte demandante señaló como normas violadas, las siguientes:

"Artículo 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945; artículo 6º del Decreto 1160 de 1947; Decreto 2567 de 1946, artículo 1º; artículo 2º de la Ley 65 de 1945; artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; artículo 5º del Decreto reglamentario 1743 del mismo año; artículo 2º de la Ley 5ª de 1969; artículo 27 del Decreto reglamentario número 3135 de 1968, y artículos 69 y 73 del Decreto reglamentario número 1848 de 1969'

En un capítulo especial del libelo la parte demandante explicó las razones por las cuales estima válidas sus peticiones. Más adelante la Sala analizará los fundamentos de esos conceptos.

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El juicio siguió su trámite legal. A la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades "CORPORANONIMAS", por medio del Presidente de su Sala de Gobierno, se le notificó la demanda, pero no hizo parte en el proceso. El Tribunal dictó el fallo de primera instancia con fecha 26 de marzo de 1976, negando las súplicas de la demanda.

El señor apoderado del actor, Luis María Gutiérrez, interpuso el recurso de apelación contra el mencionado fallo del Tribunal. En el Consejo de Estado el recurso ha sido tramitado regularmente. Al emitir concepto de fondo la Fiscalía, a cargo de la doctora Aydée Anzola Linares, estimó que deben negarse las súplicas de la demanda, como lo hizo el Tribunal en el fallo apelado.

Ha llegado la oportunidad para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia y a ello procede la Sala con base en las siguientes consideraciones:

El fallo de primera instancia se funda en las siguientes razones, que la Sala comparte íntegramente.

"I. La Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas es la entidad señalada para cumplir, respecto a sus afiliados, las tareas de caja de prestaciones sociales y, por ende, encargada de liquidar la pensión jubilatoria y el auxilio de cesantía, según el caso, amén de otras primas y adiciones indicadas expresamente para ellos. Se trata, por ende, de un establecimiento público (con autarquía, personería jurídica, patrimonio propio y llamada a prestar un servicio público), al cual el legislador extraordinario (artículo 43 del Decreto 3118 de 1968 y el 16 del Decreto 0162 de 1969), le ha asignado, entre otras, esa función. No cabe, pues, duda de que el Tribunal tiene competencia para conocer de las controversias que surjan en torno a los actos administrativos que profiera, en acción de plena jurisdicción de origen laboral, como es el que aquí ocupa la atención del Estrado.

"II. La controversia bajo juicio se contrae a determinar si el señor Luis María Gutiérrez Gutiérrez, el actor, tiene o no derecho a que en las liquidaciones de la pensión jubilatoria y del auxilio de cesantía, se le hubiera incluido lo atinente a 'prima de almuerzo', creada para los empleados de la Superintendencia mencionada por Resolución número 157 de 1970, 6 de noviembre.

"III. La resolución últimamente citada, en atención a que en las oficinas de la Superintendencia se adoptó el sistema de 'jornada continua', que permitió el Decreto 1870, dispuso el establecimiento de la denominada 'prima de almuerzo' y le dio un valor de siete pesos con setenta centavos ($ 7.70) diarios, en favor de sus afiliados, es decir, de los empleados de la Superintendencia. Se dijo, además, que el valor en cuestión sería entregado quincenalmente 'a las personas que la Superintendencia escoja para el suministro de almuerzos'; en otra palabra, no se entrega a los beneficiarios o empleados, sino a las personas que den los almuerzos autorizadas por la Superintendencia.

"En el artículo tercero, la dicha resolución dijo: 'Solo tendrán derecho a la prima los afiliados *que hagan uso del almuerzo*. En consecuencia, dicha prima en ningún caso *podrá ser reconocida en dinero efectivo*'. (Se subraya).

"Es, aparentemente, la tal prima, como se deriva de lo expuesto, un salario en especie como lo define el artículo 129 del C. S. del T., que dice en su primer parágrafo: 'Es salario en especie la *alimentación*, habitación o vestuario que el patrono suministra *al trabajador* o a su familia, como parte de la retribución ordinaria del servicio'. (Las subrayas no son del texto). Se dice aparentemente porque no se estableció *como parte de la retribución*, sino como una especie de colaboración o de ayuda para el amuerzo con motivo de haberse creado la 'jornada continua'.

"No siendo salario entonces, y diciéndolo expresamente la disposición transcrita, no se observa que haya habido quebranto de disposición de jerarquía superior en los actos acusados, por lo que el Tribunal está de acuerdo con su colaborador fiscal y negará las súplicas de la demanda".

No obstante ser suficientes las argumentaciones del Tribunal, la Sala desea precisar las suyas así:

Tenemos que de conformidad con el artículo 129 del C. S. del T., solamente es salario en especie, "la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia, como parte de la retribución *ordinaria* del servicio". La Sala subraya la palabra ordinaria empleda por la ley, ya que es de trascendencia para el caso a estudio.

Se considera que el derecho a la prima "destinada a financiar el almuerzo de los empleados de la Superintendencia y Auditoría Fiscal..." no puede tomarse ni tenerse como salario en especie, por las razones que en seguida anotamos:

1. Se trata de una prestación extralegal concedida unilateralmente por la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, "CORPORANONIMAS".

2. La prima de almuerzo establecida por Resolución número 157 de la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, se otorga como renta, y no como retribución por el servicio. Los trabajadores la adquirieron no propiamente por trabajar, pagando un precio y en aplicación a un beneficio extralegal.

Y de acuerdo a lo establecido en el artículo 58 del C. S. del T. toca y obliga al patrono, obligaciones de asistencia y protección, lo que indica que se debe distinguir entre prestaciones y obligaciones legales y beneficios extralegales, Así la entrega y renta que se hace en la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, "CORPORANONIMAS" de la prima de almuerzo a un precio favorable, no es un salario, ni una prestación legal, y sí más bien un beneficio extralegal derivado del cumplimiento de los deberes y obligaciones de asistencia, que quedó definido y delimitado en la Resolución número 157, que fue la que estableció la prima.

Abundan en nuestro Derecho Social los beneficios o prestaciones complementarios, los que define la ley como factores integrantes del salario. Al efecto podemos citar las siguientes:

La alimentación y el alojamiento (artículo 25 C. S. del Trabajo, inciso 2), la prima anual de servicio (artículo 307 del Código), el subsidio familiar (Ley 118 de 1957, Ley 56 de 1973).

Si éstas y otras prestaciones suplementarias, por expresa definición legal no se computan como factor integrante de salario para efectos de liquidación de prestaciones sociales, ninguna ilegalidad tiene la norma extralegal que excluye la prima de almuerzo "como factor determinante del sueldo promedio de los afiliados y, por lo tanto, tampoco se computará para efectos de liquidación de prestaciones parciales", como lo indica el artículo 5º de la parte resolutiva de la resolución a que venimos haciendo referencia. Se debe por lo tanto, concluir que si para las prestaciones enunciadas por la ley, se excluyen estas prestaciones y por lo mismo se debe respetar, para las otorgadas graciosamente, también debe respetarse lo dispuesto en la disposición reguladora que las otorgó como en el caso a estudio.

La Sala al estudiar la finalidad de la prestación de la prima de almuerzo, otorgada por la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, concluye que ésta no puede considerarse salario en especie, puesto que la reglamentación que se le dio por la Resolución número 157 de 6 de noviembre de 1970 y que tan acertadamente analizó el Tribunal, ella no implica una retribución ordinaria o de servicios. La Sala estima que dicha prima no es una remuneración directa por el servicio y sí una bonificación o concesión que busca atenuar el alto costo de la vida y hacer más ágil para las partes la prestación del servicio.

Por todo lo dicho la aludida prima de almuerzo no puede tener incidencia alguna sobre las prestaciones que se deben liquidar al demandante y por lo tanto la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, "CORPORANONIMAS", no está obligada a incorporarla entre los elementos constitutivos del salario base de la liquidación.

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

FALLA:

CONFIRMASE EL FALLO APELADO, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 26 de marzo de 1976.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el dia 25 de febrero de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — Interpretación del artículo 73, ordinal 3º del C. C. A., en concordancia con los artículos 285 y 287 del C. R. P. y M. — El derecho disciplinario es un derecho autónomo (artículo 105 del Decreto 250 de 1970).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

Número 0836. Actor: Humberto Barrera Dominguez.

A folios 54 y siguientes, la doctora Aydée Anzola Linares, Fiscal Cuarta de la corporación, "con apoyo en lo previsto en el numeral 1º de los artículos 113 y 114 del C. C. A.", ha pedido se decrete la nulidad de lo actuado en el presente juicio por las razones de que adelante se hará mérito.

A la fecha de la solicitud apenas había sido aceptada la demanda y esa es la situación procesal que aún se presenta.

Se dio a las partes el traslado de rigor, habiéndose opuesto la demandante a la declaratoria pedida.

SE CONSIDERA

La solicitud de nulidad se inicia haciendo presente la Fiscalía que así como órganos o agentes administrativos participan en el ejercicio de la jurisdicción en algunos casos, de su lado los organismos jurisdiccionales realizan también algunos actos administrativos. Lo cual es exacto.

Seguidamente desarrolla su pensamiento sobre la base de que la providencia acusada, mediante la cual el Tribunal Disciplinario destituyó al demandante del cargo de Magistrado de la Corte Suprema, es un acto jurisdiccional por hacer parte de esta Rama del Poder Público el expresado Tribunal, y porque se trata de un verdadero "fallo", así llamado por la ley, y proferido él previa la tramitación de todo un proceso, con práctica de pruebas, calificación de éstas, según los dictados de la sana crítica, etc.

Con cita de varios autorizados tratadistas del Derecho Administrativo, afirma luego:

"De manera que lo que distingue la función propiamente administrativa de la función jurisdiccional, es que esta última se lleva a cabo por intermedio de los funcionarios que hacen parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, a través de un conjunto de actos coordinados que se ejecutan para lograr la acción de la ley en un caso concreto. O para atender las definiciones de los eminentes tratadistas Enrico Redenti y Hugo Roco, quienes en sus obras de Derecho Procesal Civil, año de 1957, página 87 y Tratado de Derecho Procesal Civil, página 110, respectivamente, definen el proceso así: Desde el punto de vista técnico es el

"Desarrollo práctico, concreto de actividades encaminadas a LA FORMACION DE PROVIDENCIAS JURISDICCIONALES" (Mayúsculas de la Fiscalia). "Proceso es el conjunto de actividades del ORGANO JURISDICCIONAL y de las partes, necesarias para la declaración o la realización coactiva de los tutelados por las normas jurídicas en caso de incertidumbre o inobservancia de las mismas".

"Pero, además, es necesario hacer énfasis en que esa serie continuada de actos procesales tiene que culminar en una providencia que ponga fin a la actuación, bien de la instancia o del recurso especial de casación o de revisión. Esto indica ineludiblemente que la sentencia o fallo es el resultado de un razonamiento hecho por el juez y que contiene un mandato concreto con fuerza legal. O dicho de otra manera: Es el cumplimiento por parte del juez o magistrado de la obligación jurisdiccional 'derivada de la acción y del derecho de contradicción, pues con ella se satisface el objeto de la acción y se cumple el fin del proceso' como lo expresa Devis Echandia en su Tratado de Derecho Procesal Civil, parte general, tomo III.

"Se destacó anteriormente, y vuelve a repetirse ahora, que fue a virtud de mandatos constitucionales y legales como se dispuso que el poder disciplinario fuera ejercido, entre otros organismos, por el Tribunal Disciplinario, a través de una jurisdicción especialísima, mediante el procedimiento de que tratan las normas legales ampliamente analizadas. En efecto: Las providencias que dicte el Tribunal Disciplinario, en cumplimiento de sus funciones, y como culminación de un proceso disciplinario, se denominan fallos o sentencias porque son el producto de un proceso judicial. No resultaría aceptable que hubiera sido por un simple capricho o inadvertencia del legislador que se hubiera previsto que las providencias por medio de las cuales el Tribunal Disciplinario pone fin a un proceso disciplinario, estén contenidas en fallos o sentencias, a diferencia de los otros reglamentos disciplinarios que están contemplados para los funcionarios administrativos (CARRERA ADMINISTRATIVA, CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR, CARRERA PENITENCIARIA, CARRERA DOCENTE, CARRERA NOTARIAL), en los cuales la ley no ha exigido que las decisiones tengan contenido jurisdiccional, como sí lo previó para casos excepcionales de funcionarios administrativos, cuales son, por ejemplo, los jueces de ejecuciones fiscales, algunos funcionarios de policía, el Tribunal Disciplinario Militar y Policivo y la Dirección General Marítima y Portuaria, este último por vía de doctrina del Consejo de Estado, conforme a la sentencia recientemente proferida por la Sección Tercera en el expediente número 1590, actor: Cía. de Vapores (Norden, S. A.)".

Y termina la colaboradora Fiscal invocando en apoyo de su tesis el antecedente de fecha 7 de julio de 1966 cuando la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo inadmitió "la demanda instaurada por un ex-Magistrado de la Corte que había sido destituido por dicho Tribunal".

También podrían citarse casos análogos al actual, como el resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta corporación, en fallo de 18 de septiembre de 1961, con ocasión de sanciones disciplinarias, impartidas a algunos Consejeros de Estado y cuando desde luego se partió de la base de la competencia del Consejo para conocer.

En la presente actuación y para efectos de la admisión de la demanda le ha bastado, como no podía ser menos, a la Sala Unitaria, la consideración de que según expreso precepto del artículo 73-3º del C. C. A., si bien no son acusables en principio ante la jurisdicción contencioso-administrativa las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, sí lo son por excepción "las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes", como ocurre con los Magistrados de la Corte Suprema.

Ello, porque de entrada mal hubiérase podido estatuir sobre inexistencia de la acción —extremo reservado para diferente oportunidad procesal— a tiempo que para entonces ya se había puesto en claro que la destitución de los Magistrados de la Corte y Consejeros de Estado está reservada —salvo por morosidad— a la competencia del Senado de la República y de la misma Corte Suprema según sea el caso, por virtud de ordenamientos de la propia Constitución Nacional, como hubo de decirlo la Corte en fallo de inexequibilidad de fecha 21 de octubre de 1976 por haberse acusado ante ella algunos artículos del Decreto 250 de 1970 y de la citada Ley 20 de 1972, precisamente.

Y a tiempo así mismo que por su parte el Consejo de Estado en el citado fallo de 18 de septiembre de 1961, al fijar el alcance del artículo 73-3º del C. C. A., pudo concluir que la excepción a la regla general de competencia que establece el artículo 73, ordinal 3º, del C. C. A., no es absoluta, y de la concordancia de esa disposición con las de los artículos 285 y 287 del C. P. y M. se desprende que ella solo opera en estos casos: a) Cuando se trata de medidas realmente disciplinarias, es decir, de sanciones impuestas por el superior jerárquico a los funcionarios inferiores. Es preciso, pues, que entre aquél y éste existan relaciones de subordinación y depedencia, y b) Cuando la pena no implica la suspensión o separación de empleados inamovibles. Si el funcionario está protegido por un período fijo o por los fueros de una carrera administrativa y la corrección disciplinaria conlleva la suspensión o remoción, o si quien impone la sanción no es superior jerárquico del penado, se aplican los principios generales de competencia.

Los principios generales de competencia se la dan, pues, al Consejo de Estado en el caso de autos por tratarse de la remoción de un funcionario inamovible, relativamente al menos, e impuesta como sanción disciplinaria por una corporación que no era ni es el superior jerárquico.

Por último, no sobra recordar que el derecho disciplinario es un derecho autónomo. Así lo repite la ley a cada paso. Concretamente el artículo 105 del Decreto 250 de 1970, en armonía con esta realidad estatuye que "la existencia de un proceso penal no da lugar a suspensión del proceso disciplinario".

De esta suerte no parece que el alcance de los "fallos" proferidos conforme a sus preceptos pueda determinarse con igual criterio al que se emplea en tratándose de las sentencias de derecho común, sea en materia penal o civil, y en las que la cosa juzgada se impone con fuerza de verdad legal. En los fallos disciplinarios podrá establecerse una diferencia de grado en razón del funcionario o corporación que los dicte pero hay que convenir en que su naturaleza es siempre la misma.

Ahora en cuanto al conocimiento del negocio por la Sección Segunda del Consejo de Estado, todo indica que efectivamente sí le corresponde, dado que la destitución implica el rompimiento de la relación de servicios y la cesación en el ejercicio de funciones. Sobre esta base se ha pedido la declaratoria de nulidad del acto del Consejo Disciplinario y el consiguiente restablecimiento del derecho, como el actor lo entiende, configurándose así una acción laboral de plena jurisdicción (artículo 1º del Decreto 2061 de 1966).

Por tanto, NO SE ACCEDE a declarar la nulidad solicitada por la Fiscalía Cuarta de la corporación.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. — Extensión de su facultad de controlar la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia. — Objeto de las visitas y deducción de las consecuencias administrativas consagradas en la ley, mediante resolución motivada que instruya y sancione a la sociedad o a los administradores, previa calificación jurídica de los hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades. — Diferencia de esa función con la jurisdiccional. (Artículos 266, 267, 272 y 273 del Código de Comercio).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 29 de abril de 1977. Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Actor: Construcciones Col. Referencia: 2365.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de primera instancia, pronunciado el 26 de junio de 1975, negó las súplicas de la demanda formulada por la Sociedad Construcciones Colseguros para obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones 02196 y 03024 de junio 6 y julio 12 de 1972, que dictó la Superintendencia de Sociedades y en virtud de las cuales se le impuso a la sociedad demandante una multa de $ 50.000.00; a título de restablecimiento del derecho pidió la devolución de dicha suma.

Le corresponde ahora al Consejo decidir el proceso en la segunda instancia, provocada por el recurso de apelación que interpuso la sociedad demandante.

FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Estimó el Tribunal que la sanción impuesta no se fundamentó en el artículo 265 del Código de Comercio y que, por lo tanto, el cargo de violación de esa disposición no estaba llamado a prosperar.

El "a quo" consideró que los actos acusados tienen respaldo legal en los artículos 266 y 267, ordinal 9º de dicho Código sobre inspección y vigilancia de las sociedades comerciales, pues a pesar de que según el Tribunal, es evidente que la entidad demandante no desobedeció órdenes de la Superintendencia, sin embargo, considera que la operación de compra de mercancía con pacto de retroventa que Construcciones Colseguros formalizó con la sociedad Electro Manufacturas, S. A., por la suma de $ 105.000.00, no correspondió en la realidad a una operación de esa naturaleza, pues lo que en efecto se perseguía era aliviar una situación de iliquidez de Electromanufacturas, S. A. Agrega que con el em-

pleo de un medio como el indicado, se puso en grave riesgo el derecho de los accionistas de esta última sociedad y el de terceros acreedores. Por último, expresa el Tribunal que dentro de las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades (artículos 266 y 267-9º), cabe la sanción por operaciones que como la anotada entrañan "ficciones lesivas y peligrosas dentro del orden económico general".

LAS RAZONES DEL RECURRENTE

Primero. Sostiene el actor que solo en la hipótesis del artículo 265 del Código de Comercio o sea cuando media una relación de subordinación entre una y otra sociedad comercial puede comprobar la autoridad que ejerce inspección y vigilancia, si las transacciones sobre bienes que se negocien a cualquier título, corresponden o no a la calidad. Cuando no se trata de sociedades matrices, filiales o subordinadas, esa calificación es de competencia privativa de los jueces. Comoquiera que entre Construcciones Colseguros, S. A y Electromanufacturas, S. A., no existe ese tipo de relación, concluye el actor que el Tribunal "aplicó mal el artículo 267, numeral 9º, pues con base en el artículo 265 no podía comprobar la realidad de la transacción".

Segundo. Que, en razón de ser "el numeral 9º del artículo 267 una norma punitiva, no podía ser aplicada para sancionar hechos sucedidos antes de que entrara en vigencia, es decir, por hechos que, en el supuesto de que fueran sancionables, no podrían serlo sino conforme al régimen disciplinario que regía en el momento en que se sucedieron, máxime si ese régimen era más benigno que el posterior".

Tercero. En su alegato de sustentación del recurso, el apelante se remite a otras razones aducidas en la demanda. En este escrito sostiene el actor que, por lo demás, Construcciones Colseguros no incurrió en ninguna violación de ley, decreto o estatuto, "ya que el contrato de venta con pacto de retroventa es un convenio específicamente tipificado en el Código Civil y no prohibido por ninguna norma legal o estatutaria a este tipo de sociedades...".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal 1º de la corporación expresó:

Como puede verse, en los actos demandados no solo se hace hincapié en el posible fraude en que se pudo incurrir, con el acto presumiblemente simulado, en contra de los intereses de los accionistas como para los del fisco nacional, sino que una de las bases legales en que fundamentalmente se apoya la decisión es el artículo 265 del Código de Comercio y que se relaciona con transacciones que se verifiquen "entre una sociedad y sus subordinadas, filiales o subsidiarias".

Sobre lo anterior, lo primero que hay que observar es que aun dando por aceptado que pudiera imponerse una multa con fundamento en una presunta simulación, o en una "ficción" no probada legalmente, es muy distinta frente al fisco y respecto a los accionistas, la posición de la sociedad compradora frente a las vendedoras. El riesgo que la operación podía implicar para la una se convertía en beneficio para las otras. Sin embargo, las motivaciones fueron comunes para la imposición de sanciones a las tres sociedades y las multas iguales, sin consideración a las circunstancias ya anotadas, además de la cuestión cuantitativa.

En lo concerniente con el artículo 265, debe agregarse, que no solo no se explica en las referidas resoluciones en qué consiste la vinculación de una sociedad con otras, sino que, a través del proceso, la parte demandante demostró no existir las relaciones supuestas en el mencionado artículo.

No obstante lo anterior y de reconocerse así, en forma expresa, en el fallo apelado se niegan las súplicas de la demanda, con la consideración de que las sanciones impuestas no se apoyaron en el artículo 265 del Código de Comercio sino en los artículos 266 y 267 —regla 9— (Fl. 67).

En el fallo recurrido se olvidó que las resoluciones acusadas no solo se respaldan fundamentalmente en el artículo 265, "sino también a la luz de las sanas costumbres mercantiles y de los sentimientos morales de la comunidad humana" (Fl. 49), lo cual no está comprendido dentro de lo prescrito por las otras dos disposiciones que con la anterior se citan en dichos actos.

Por lo anterior, esta Fiscalía no está de acuerdo con el fallo apelado y le merece acogimiento al salvamento de voto suscrito por las doctoras Clara Forero de Castro y Susana Montes de Echeverri, y que obra a folios 74 a 76. Y según el cual se han debido anular los actos acusados y ordenar la devolución de la multa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tiene plena demostración en el proceso el hecho de que entre la sociedad demandante y Electromanufacturas, S. A., no existe relación de subordinación que permita calificar a una como matriz, o como filial o subsidiaria de la otra. Ello se concluye de la verificación realizada en la diligencia de inspección judicial (Fl. 39 y siguientes del cuaderno principal), del certificado expedido por la Superintendencia de Sociedades (Fl. 148) y de las certificaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá (Fls. 104 a 146), aducidas al proceso en cumplimiento del auto para mejor proveer, dictado en esta segunda instancia.

En tales condiciones es evidente para la Sala que el caso propuesto no puede enmarcarse dentro de las previsiones del artículo 265 del Código de Comercio y que, por lo mismo, esta disposición no podía ser fundamento válido para la imposición de las sanciones a que se refiere este proceso.

Sin embargo, estima la Sala que la Superintendencia de Sociedades al ejercer el control de la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia no está constreñida, ni limitada a un simple examen de tipo puramente formal, pues en muchas ocasiones será preciso determinar con exactitud cuál pueda ser la auténtica realidad de los hechos para determinar si en la formación y funcionamiento de la entidad vigilada se ajustó a las leyes y decretos y cumplió normalmente sus propios estatutos. A este respecto la Sala expresó en sentencia de 11 de septiembre de 1974, lo siguiente:

"A la Superintendencia de Sociedades le incumbe, entre otras funciones, velar porque la formación de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia, se ajuste a la ley. Para este efecto se le faculta para otorgar el permiso de funcionamiento (artículo 268 Código de Comercio). Pero si la Superintendencia advierte que los estatutos de la sociedad no se conforman a la ley, debe negar el permiso (artículo 270); la conformidad apuntada no puede tener un alcance simplemente formal, externo o aparente; debe ser, además, real, intrínseco y material. 'Fraus omnia corrumpit', es

un principio general de derecho que inspira todo nuestro ordenamiento positivo y que como tal, debe tener la más amplia y cumplida aplicación en todas las ramas del Derecho (artículo 8º, Ley 153 de 1887).

Si la Superintendencia, mediante las pruebas que se examinan y que no fueron infirmadas en este proceso, estableció que la sociedad apenas era una apariencia de tal, pues la simple adecuación formal de la ley no correspondía con lo sustancial de un acuerdo para realizar una empresa común de beneficios recíprocos, procedió legalmente negándole el permiso de funcionamiento, con lo cual hizo uso adecuado de una función de tipo preventivo que le asigna la ley y que no puede entenderse limitada a una simple verificación de legalidad formal". (Expediente 2058, ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla).

El artículo 272 del Código de Comercio, al precisar el objeto de las visitas que puede practicar la Superintendencia, contempla la posibilidad de verificar si son *reales* los activos sociales y si es *efectiva* y *adecuada* su protección; si el reparto de utilidades y su pago en los términos del contrato corresponden a la *realidad* y si las pérdidas contabilizadas fueron *efectivas*, etc., todo ello en orden a deducir las consecuencias administrativas consagradas en la ley en el caso de establecerse la concurrencia de los presupuestos de hecho que en ella misma se señalen. Tales consecuencias o efectos deberá deducirlos el organismo de inspección y vigilancia, mediante una resolución motivada en la cual se impartan las instrucciones u órdenes del caso a la sociedad o a los administradores (artículo 273) o se impongan las sanciones a que haya lugar, todo lo cual implica necesariamente una calificación jurídica de los hechos.

Naturalmente esa verificación de hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades y la calificación jurídica que de ellos se haga, no podrá tener otros efectos diferentes de los ya expresados, y que la ley tiene previstos en orden a la eficacia de la función de inspección y vigilancia, que es una atribución de tipo preventivo y de alcance puramente administrativo; por lo mismo, el ejercicio de esa atribución ha de entenderse sin perjuicio y sin mengua de la función jurisdiccional instituida para dirimir las controversias entre los particulares. En uno y otro caso se trata de funciones separadas y diferentes, tanto por la órbita que le es propia a cada una como por los efectos que puedan deducirse en el ejercicio de cada una de ellas. Por consiguiente, si la Superintendencia verifica que la contabilización de una determinada operación no corresponde a la realidad de sus antecedentes contables podrá, inclusive, hasta imponer las sanciones que la ley prevé, pero la calificación que allí se haga no puede equipararse por ningún concepto a una declaración de *simulación* reservada exclusivamente a los jueces, pues solo a ellos conciernen pronunciamientos como ese, que inciden sobre la validez del acto o contrato y que por lo tanto, producen unos efectos jurídicos entre las partes y aun en relación con terceros.

En estas condiciones, la Sala estima que cuandoquiera que se trate del examen de operaciones o negocios que afecten los activos sociales, la Superintendencia está habilitada por la ley para examinar la realidad de esas operaciones y para deducir de ese examen los efectos administrativos previstos en la ley que regula la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales. Obviamente, la calificación jurídica que realice la administración sobre esos hechos no puede tener otro alcance distinto al de hacer efectivo el control legal; por consiguiente, no podría pretenderse que esas decisiones tengan efectos en relación con terceros, ni que ellas impliquen una subrogación de la competencia del Organo Jurisdiccional, pero tampoco que la decisión administrativa para los fines ya mencionados no pudiera no producirse sin una previa declaración judicial sobre simulación.

De esta suerte y, habida consideración de que la negociación realizada entre la sociedad Construcciones Colseguros, S. A y Electromanufacturas, S. A., consistente en la venta con pacto de retroventa a término fijo de una mercancía que hacía parte de los activos móviles de una de ellas, es evidente para la Sala que la Superintendencia hizo uso legítimo de sus atribuciones legales y en especial de las que se derivan de los artículos 266, 267 número 4º, en concordancia con el artículo 272 número 3º. Por este aspecto, no se desvirtúa la legalidad del acto en razón de la circunstancia de que el organismo de control hubiese invocado el artículo 265 del C. de C., con fundamento en una errada calificación sobre una supuesta vinculación administrativa y financiera de las dos sociedades, pues otras disposiciones legales, citadas anteriormente habilitan a la Superintendencia para hacer verificaciones como la realizada en el caso de autos.

Así las cosas, concluye la Sala que el primer argumento que aduce el recurrente contra la sentencia no es valedero.

Por razones de orden se procede al estudio de la cuestión atinente al fondo mismo del problema planteado.

Una sociedad le vendió a otra, con pacto de retroventa, una mercancía que hacía parte de sus activos, con el fin de salvar una situación transitoria de iliquidez; el precio de la operación se consideró muy inferior al costo. La firma vendedora readquirió la referida mercancía, previo el pago del mismo precio que había recibido por ésta dentro de los tres meses señalados en el contrato. Según constancias que aparecen en el cuaderno de antecedentes, la mercancía no fue retirada por Construcciones Colseguros y, por lo tanto, permaneció bajo la custodia de Electromanufacturas, S. A.

Dada la naturaleza del pacto de retroventa que define nuestra ley civil (artículos 1939 a 1943, Capítulo XI, Título 23, Libro IV), nada se opone a que esta modalidad contractual pueda ser utilizada válidamente como un medio de crédito para remediar transitorias situaciones de iliquidez, siempre y cuando que, tras de la operación no trate de ocultarse una estipulación de intereses usuarios o no se persiga soslayar los derechos de terceros sobre los bienes vendidos. En el caso de autos consta que la misma suma pagada por la sociedad compradora fue, a su vez pagada luego por la sociedad vendedora para adquirir la mercancía que inicialmente había vendido, lo cual demuestra que se hizo uso legítimo de esta figura contractual, con una finalidad que no resulta extraña a su naturaleza jurídica.

Por lo demás, la referida operación tampoco parece extraña al objeto social de la firma Construcciones Colseguros en el que está comprendida la compra, venta, importación de materiales y maquinarias para construcciones y mercancías en general.

En este proceso se controvierte únicamente la legalidad de los actos acusados en relación con la sociedad Construcciones Colseguros que fue la entidad compradora que luego retrovendió la mercancía. Dada esta circunstancia y habida consideración del precio que se estimó como inferior al de costo, no cabe pensar siquiera en la hipótesis de una disminución de sus activos, sino por el contrario de un aumento real efectivo de los mismos, con efectos transitorios.

Todo lo anterior le permite concluir a la Sala que en cuanto se refiere a la sociedad demandante la operación no significó disminución sino aumento transitorio de sus activos; tampoco sirvió la venta con pacto de retroventa como instrumento para ocultar intereses usurarios, pues el mismo precio pagado por la compradora fue reintegrado por la sociedad vendedora. Ni tampoco se demostró que a través de la negociación Construcciones Colseguros hubiere pretendido burlar o desconocer derechos de terceros. En cuanto a implicaciones fiscales, la

Superintendencia dio traslado oportuno a la Dirección de Impuestos, entidad a la cual le corresponde apreciar si con esta operación Electromanufacturas, S. A., que no es parte en este proceso, pudo incurrir en alguna infracción tributaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de primera instancia y en su lugar dispone: Declarar la nulidad de las Resoluciones 02196 de 1972 (junio 6) y 03024 de 1972 (julio 12), dictadas por el Superintendente de Sociedades, pero únicamente en lo que concierne a la sociedad Construcciones Colseguros, S. A.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se ordena la devolución de la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que Construcciones Colseguros pagó al Tesoro Nacional, según recibo número AL072778, por concepto de la multa impuesta por la resolución cuya nulidad se declara.

Previa ejecutoria remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

INTERESES. — De las sumas dejadas de devengar, no proceden en el restablecimiento del derecho laboral.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., catorce de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 2466. Autoridades nacionales. Actor: Pedro Antonio Cepeda y Roca.

El doctor Pedro Antonio Cepeda y Roca, en demanda presentada por intermedio de apoderado, pide que esta corporación haga las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la Resolución número 629 del 13 de marzo de 1974, del Superintendente de Notariado y Registro, por medio de la cual se destituyó a mi mandante del cargo de Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Círculo de Barranquilla, 'por las graves faltas que le fueron comprobadas en la investigación administrativa'.

"Segunda. Que es igualmente nula la Resolución número 1046 de 8 de mayo del presente año, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de la cual el señor Superintendente no accedió a reponer la Resolución número 629 de 13 de marzo de 1974.

"Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se restablezca al actor del cargo de que fue separado ilegalmente y se condene al pago de los salarios, gastos de representación, primas y demás prestaciones sociales dejadas de devengar a partir del día 15 de mayo de 1974, hasta la fecha de su reintegro.

"Cuarta. Que para todos los efectos legales, especialmente los relacionados con antigüedad, cesantía y demás prestaciones, se considere que no ha existido solución de continuidad entre la fecha de su separación ilegal y la fecha en que sea reintegrado al servicio.

"Quinta. Que, de la misma manera, y también para restablecer un derecho conculcado con los actos acusados, se condene a pagar al demandante los intereses corrientes de las cantidades dejadas de devengar, desde la fecha de su retiro del cargo hasta cuando sea restablecido al mismo y le hayan sido pagadas las sumas adeudadas.

"Sexta. Que la Superintendencia de Notariado y Registro y la Presidencia de la República deben dar cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, según lo ordenado por el artículo 121 del C. C. A.".

El actor funda sus pretensiones en los siguientes HECHOS:

"1º El doctor Pedro A. Cepeda y Roca fue nombrado como Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Barranquilla, por medio del Decreto 2461 de 13 de diciembre de 1971.

"2º Posteriormente, y por aumento de asignación, por medio del Decreto 274 de 21 de febrero de 1974, fue reincorporado 'en el cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla VII-38, con una asignación mensual de quince mil pesos ($ 15.000.00) y derecho a gastos de representación equivalente a una tercera parte de su sueldo, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2658 de 13 de diciembre de 1973.

"3º Con motivo de una queja formulada contra mi mandante, la Superintencia de Notariado y Registro, por medio de la Resolución número 2045 de 1973, ordenó iniciar investigación administrativa. Luego mediante Resolución 2772 de 9 de octubre de 1973, 'ordenó continuar la investigación administrativa para su perfeccionamiento, concretamente para practicar las pruebas tendientes a establecer la veracidad de los cargos formulados contra el señor Registrador, doctor Cepada y Roca, referentes a la violación de turnos, pago indebido de sueldos a los señores Francisco Barrios y Elvira Solano de Aznar; empleo de la aseadora de la oficina, Alba Torres, como doméstica particular del Registrador; trato descomedido a los usuarios; mal funcionamiento de la oficina; irregularidades en la expedición de los certificados de tradición y libertad números 3011, 3712, 3713 y 3858 de 1973. Que en la misma resolución se dispuso también adelantar la investigación administrativa tendiente a comprobar los cargos formulados por el doctor Víctor Velásquez Castro contra el señor Registrador, doctor Cepeda y Roca.

"4º Como resultado de la investigación administrativa, la Superintendencia de Notariado y Registro llegó a la conclusión de que el señor Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla, había incurrido en las siguientes faltas:

"Incumplimiento de las disposiciones legales que obligan al Registrador a llevar riguroso control de los documentos presentados por los usuarios para su tramitación (Decreto-ley 1250 de 1970, artículos 11, 20, 23 y 27).

"Pago indebido de sueldos a algunos empleados de su oficina y consecuencial violación de las leyes que regulan la materia.

"Alteración de los textos de los respectivos registros, en la expedición de los certificados de tradición números 3011, 3712, 3713 y 3758 de 1973, alteración que conlleva falsedad de la verdad registral y posible violación de la ley penal, lo cual constituye falta muy grave.

"Omisión voluntaria e injustificada de un registro, en la expedición del certificado de tradición número 3858 de 1973, que implica necesariamente inexactitud de la verdad registral y falta muy grave en el ejercicio de las funciones propias del Registrador (Decreto-ley 1250 de 1970, artículo 54).

"Renuencia injustificada a efectuar el registro de la escritura pública número 2580 de 11 de diciembre de 1972, de la Notaría Primera de Barranquilla.

"Con fundamento en las faltas antes enunciadas, el señor Superintendente de Notariado y Registro, por medio de Resolución número 629 de 13 de marzo de 1974, resolvió destituir al doctor Cepeda y Roca, del cargo de Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla.

"5º Contra esa decisión, dentro del término legal, mi mandante interpuso recurso de reposición ante el mismo funcionario, quien admitió, aunque en una

forma contraria a derecho y con pleno desconocimiento de los principios universales de derecho punitivo, que solo el cargo referente a 'las conversiones sin estar autorizado por la ley para ello, expidiendo así certificados sobre hechos que no constan en sus libros', se encontraba debidamente demostrado. Por ello manifiesta: 'A la modificación en cuanto a la sanción, podría accederse si no permaneciera en firme el cargo número tres, consistente en la falsedad en los certificados que expidió, lo cual constituye una falta muy grave, desde el punto de vista administrativo'. Por tal razón, mediante la Resolución número 1046 de 8 de mayo del presente año, no decidió reponer la Resolución 629 de 13 de marzo de 1974.

"6º La Resolución 1046 de 8 de mayo de 1974, fue comunicada a mi poderdante, mediante oficio número 2015 de mayo 13 de 1974, conocida por el demandante después de entregar su cargo al doctor Daniel Faccio Lince, quien fue designado mediante Decreto 821 de 9 de mayo del presente año, el día 15 de los mismos mes y año".

Como normas violadas cita:

Los artículos 16, 17, 20, 28, 30 de la Constitución Nacional; 54, 59, 61 y 63 del Decreto-ley 1250 de 1970; 2º del Decreto-ley 2156 de 1970; 2º y 3º del Decreto-ley 2163 de 1970; 146, 198, 199, 203, 204, 210 y 213 del Decreto-ley 960 de 1970; 1º y 2º del Decreto-ley 1347 de 1970; y 133, 134, 135, 136, 137, 138, 141, 142 y 143 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

El concepto de violación está expuesto debidamente.

La Fiscalía Cuarta solicita que se declare la nulidad de las resoluciones acusadas y que se restablezca el derecho del actor en el sentido de que se le paguen los salarios y prestaciones causados durante el término que faltaba para vencerse el período fijo que tenía de acuerdo con la ley.

Tramitado el juicio en legal forma y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Superintendencia de Notariado y Registro impuso al demandante la sanción de destitución del cargo de Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Barranquilla "por las graves faltas que le fueron comprobadas en la investigación administrativa", mediante las dos resoluciones acusadas.

En la primera de ellas, la Resolución número 629 de marzo 13 de 1974, se formularon al actor los siguientes cargos:

"Incumplimiento de las disposiciones legales que obligan al Registrador a llevar riguroso control de los documentos presentados por los usuarios para su tramitación. (Decreto-ley 1250 de 1970, artículos 11, 20, 23 y 27).

"Pago indebido de sueldos a algunos empleados de su oficina y consecuencial violación de las leyes que regulan la materia.

"Alteración de los textos de los respectivos registros, en la expedición de los certificados de tradición número 3011, 3712, 3713 y 3758 de 1973, alteración que conlleva falsedad de la verdad registral y posible violación de la ley penal, lo cual constituye falta muy grave.

"Omisión voluntaria e injustificada de un registro, en la expedición del certificado de tradición número 3583 de 1973, que implica necesariamente inexactitud de la verdad registral y falta muy grave en el ejercicio de las funciones propias del Registrador. (Decreto-ley 1250 de 1970, artículo 54).

"Renuencia injustificada a efectuar el registro de la escritura pública número 2580, de 11 de diciembre de 1972, de la Notaría Primera de Barranquilla".

En la segunda, la Resolución 1046 de mayo 8 de 1974, la Superintendencia, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el demandante, concluyó que solamente podía prosperar la causal tercera, pues "al Registrador, doctor Cepeda y Roca, no se le destituyó porque las conversiones en metros que hizo motu proprio, no correspondan a la realidad, sino porque hizo las conversiones sin estar autorizado por la ley para ello, expidiendo así certificados sobre hechos que no constan en sus libros. Tampoco se ha tenido en cuenta que los terrenos tengan diferentes medidas en invierno y en verano, por lo cual sobra la inspección ocular del Visitador Alvaro Brugus, pues un registro no puede estar sometido a posterior verificación de tipo administrativo ni a los caprichos del Registrador". "...que el doctor Cepeda y Roca solicita que se revoque o se modifique la resolución recurrida. A la modificación, en cuanto a la sanción, podría accederse si no permaneciera en firme el cargo número tres, consistente en la falsedad en los certificados que expidió, lo cual constituye una falta muy grave, desde el punto de vista administrativo, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal".

El cargo formulado al actor en los actos acusados consistió en que incurrió en falsedad al expedir algunos certificados de registro en ejercicio de sus funciones de Registrador de Instrumentos Públicos y Privados. Llevada a cabo la investigación penal correspondiente, el Juez Primero Superior de Barranquilla resolvió en el sentido de declarar que el hecho investigado e imputado al doctor Pedro A. Cepeda y Roca no existió y que, en consecuencia, cesara todo procedimiento contra el mismo con fundamento en el artículo 163 del C. de P. P. El Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial confirmó la providencia del Juzgado Primero Superior, pero reformándola con la aclaración de que los hechos atribuidos al demandante no constituyen delito en lo atinente a la falsedad documentaria y, en consecuencia, ordenó cesar todo procedimiento referente al delito de falsedad, conforme al artículo 163 del C. de P. P.

Entonces, la causal que se le imputó al demandante en los actos acusados consistente en el delito de falsedad cometido al expedir unos certificados de registro, fue destruida por la Justicia Penal, y por ende, la presunción de legalidad y veracidad que amparaba dichos actos fue desvirtuada y, por consiguiente, el Consejo de Estado debe declarar su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho del actor en el sentido de que se le paguen los salarios y prestaciones causados y dejados de devengar durante el término que faltaba para vencer el período fijo que tenía de acuerdo con la ley, sin ordenar el reintegro porque no se demostró que perteneciera a carrera.

Como el Consejo de Estado comparte y acoge los razonamientos, que sobre los puntos anteriores hace la colaboradora Fiscal, se transcribe a continuación su última parte:

"Si como se ve, de lo anteriormente transcrito, la Justicia Penal, en cumplimiento de claras disposiciones legales (artículo 231 y siguientes del Código Penal), llegó a la conclusión de que el demandante al expedir los certificados de registro distinguidos con los números 3712, 3713 y 3857 de 1973 no incurrió en la falsedad que se le imputa en las resoluciones acusadas mal podría la Justicia Contencioso Administrativa, tomándose atribuciones que no le corresponden, entrar a resolver si las actuaciones del demandante al expedir los referidos certificados de registro, encajan o no dentro del denominado delito de falsedad, pues esta fue la causal que se le imputó en los actos acusados. Mas como podría argumentarse, y ello es cierto, que según los fallos de la Justicia Penal y de conformidad con la abundante prueba documental que obra en autos, también es evidente

que el actor incurrió en algunas irregularidades que aunque no tengan incidencia en el campo penal "de la falsedad documentaria por falta de tipicidad", deberían tenerse en cuenta en este proceso, la Fiscalía se permite observar al respecto: Ya se vio que Pedro A. Cepeda y Roca no fue destituido por esas simples irregularidades, sino por haber incurrido en 'falsedad' en los certificados que expidió; y así las cosas sobraría cualquier análisis que tanto la Fiscalía o el Consejo de Estado quisieran hacer con apoyo en causales diferentes de las contenidas en las resoluciones acusadas. Pero, como además según el artículo 198 del Decreto-ley 160 de 1970, que consagra las faltas que dan lugar a investigación de carácter disciplinario, 'la afirmación maliciosa de hecho o circunstancias inexactas dentro del ejercicio de sus funciones', constituye falta grave para destituir a un Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, forzoso es concluir que este precepto ha sido violado por los actos acusados, si se considera que el demandante no incurrió en afirmación maliciosa de los hechos o circunstancias relacionados en los certificados que expidió, conforme pudo establecerlo la Justicia Penal en los fallos en parte transcritos anteriormente. En consecuencia, por esta sola circunstancia, las resoluciones acusadas son ilegales y deben ser anuladas para que el Consejo de Estado ordene el restablecimiento del derecho del demandante en el sentido de que se le paguen los salarios y prestaciones causadas durante el término que faltaba para vencerse el período fijo que tenía de acuerdo con la ley, pues no hay lugar, en sentir de esta Fiscalía, a que se le reintegre en atención a que no se demostró que hubiera estado en carrera en cuyo caso, tanto los notarios como los registradores, tendrán derecho a ser reelegidos indefinidamente y confirmados a la expiración de cada período, salvo lo que para dichos casos dispone la ley sobre edad de retiro forzoso de conformidad con lo previsto en el artículo 181 del Decreto 960 de 1970, aplicable a los registradores, en virtud de lo previsto en el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970 en cuanto se relaciona con el régimen de concursos, permanencia, ascensos, carrera, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario. Con todo, de acuerdo con el artículo 174 del primero de los estatutos nombrados, quienes deben hacer los nombramientos de notarios y registradores, podrán prescindir del concurso, cuando éste no se haya celebrado, y en tal caso, la designación 'NO DA DERECHO A ASCENSO EN LA CARRERA, NI A PERMANECER MAS ALLA DEL RESPECTIVO PERIODO' (mayúsculas de la Fiscalía). En consecuencia, en el caso del demandante, como se posesionó del cargo de Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, el día 21 de marzo de 1972 para el período que comenzó el 1º de enero de 1970, y éste se encuentra vencido en la actualidad, no habría lugar a ordenar su reintegro como ya se expresó, sino el pago de los sueldos y de las prestaciones sociales que se hubieren causado desde el día en que hizo entrega del cargo en virtud de la destitución de que fue objeto, hasta el día del vencimiento del referido período.

"Finalmente, en cuanto respecta a la causal de nulidad alegada en la demanda y según la cual, los actos acusados son también violatorios de lo previsto en los Decretos 1950 de 1973 y 2400 de 1968 por cuanto que la sanción de destitución correspondía imponerla a la entidad nominadora, en el caso presente por medio del Presidente de la República y su Ministro de Justicia, esta Fiscalía se permite discentir de dicho criterio si se tiene en cuenta que de conformidad con los artículos 209, 210, 211 y siguientes del Decreto 960 de 1970 le corresponde a la Superintendencia de Notariado y Registro, ejercer la vigilancia notarial e imponer las correspondientes sanciones después de la investigación disciplinaria, normas éstas que se hacen extensivas a los registradores en desarrollo de lo previsto en el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970. En consecuencia, por este aspecto, no puede prosperar la nulidad impetrada en la demanda".

Estos actos de la Superintendencia de Notariado y Registro son, pues, violatorios de las normas legales indicadas en la demanda, y ello es suficiente, sin tener en consideración otros aspectos, para que el Consejo los anule, y disponga,

a título de restablecimiento del derecho del actor, como se dijo antes, que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios de éste como Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Barranquilla, razón por la cual tiene derecho a que se le paguen los sueldos y prestaciones que dejó de devengar hasta el vencimiento del período legal para que fue elegido.

No prospera, en cambio, la petición del demandante de ser, además, reintegrado al cargo que desempeñaba. Vencido ya el período para el cual se hizo su nombramiento, no podría el Consejo obligar a la Superintendencia de Notariado y Registro a nombrarlo para un nuevo período, así sea para ese mismo cargo o para otro.

Respecto a la petición de la demanda de que se condene a pagar al demandante los intereses corrientes de las sumas dejadas de devengar desde la fecha de su retiro del cargo hasta cuando sea restablecido al mismo y se le paguen las sumas adeudadas, considera la Sala que es improcedente dentro de la presente acción, ya que no solamente no se demostró el derecho a reclamarlos, sino que, además, no se trata de una indemnización de perjuicios, concepto al que corresponde el pago de intereses. En esta clase de acciones se restablece al lesionado su derecho y por lo mismo queda resarcido como indemnización con los sueldos que habrá de percibir, sin aditamentos y a esto habrá de reducirse la sentencia.

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

FALLA:

Primero. Decláranse nulas las Resoluciones números 629 del 13 de marzo de 1974 y 1046 del 8 de mayo de 1974, expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro, por las cuales se destituyó al doctor Pedro Antonio Cepeda y Roca del cargo de Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Barranquilla.

Segundo. Como consecuencia de la nulidad declarada, la Superintendencia de Notariado y Registro pagará al demandante, doctor Pedro Antonio Cepeda y Roca, el valor de todos los sueldos y prestaciones a que tiene derecho desde el día en que dejó de ejercer el cargo hasta el día en que venció el período para el cual fue elegido por la Superintendencia de Notariado y Registro, considerándose para todos los efectos legales que no hubo solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones.

Tercero. No se accede al reintegro solicitado en la súplica tercera de la demanda.

Cuarto. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Quinto. Se dará cumplimiento a este fallo dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 6 de mayo de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR

REGISTROS DE IMPORTACION Y DE EXPORTACION. — Publicidad y reserva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día mayo 6 de 1977. Bogotá, D. E., mayo veinticinco (25) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Referencia: 2516. Actor: Alberto Donadio C.

El ciudadano Alberto Donadio, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de la Resolución 85 de 1976, junio 30, expedida por el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

Igualmente pidió que se decretara la suspensión provisional de las expresadas disposiciones, y la Sala Unitaria accedió parcialmente a lo pedido, en los siguientes términos:

"2º Decretar la suspensión provisional de las siguientes disposiciones de la Resolución 850 de 1976 (junio 30), expedida por el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior:

a) Artículo 4º en la parte final que dice: 'Y el destino que el usuario dará a dichas fotocopias'.

b) Artículo 2º En cuanto el visto bueno pueda implicar un poder discrecional y la parte final que dice: 'El cual se fija en $ 15.00 moneda corriente, por cada fotocopia'.

c) El artículo 5º en su totalidad".

Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"Artículo 1º El Instituto Colombiano de Comercio Exterior prestará a los usuarios particulares el servicio de suministro de fotocopias de registros de importación y exportación previo cumplimiento de los requisitos que adelante se señalan.

Artículo 2º Las personas interesadas en utilizar el servicio de que trata el artículo anterior deberán presentar solicitud escrita en original y copia dirigida al Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia, en la cual deberán señalar el número de fotocopias que requieran, la identificación de los documentos de los cuales se desee obtener fotocopia y el destino que el usuario dará a dichas fotocopias.

Artículo 3º El Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia, antes de ordenar la expedición de las fotocopias sobre registros de importación y exportación verificará que las solicitudes lleven el visto bueno del

Subdirector Administrativo y vayan acompañadas del recibo de caja que acredite el pago del valor de las mismas, el cual se fija en quince pesos ($ 15.00) moneda corriente, por cada fotocopia.

Artículo 4º El Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia rendirá al Subdirector Administrativo un informe mensual sobre la cantidad de fotocopias que mediante este sistema se haya expedido a particulares, para lo cual procederá a ordenar que se lleve un registro exacto de todas las autorizaciones que se tramiten en el mes.

Artículo 5º Las fotocopias de registros de exportación que se expidan a particulares se tomarán en tal forma que en ellas no aparezcan ni la razón social, ni la dirección domiciliaria del comprador extranjero.

Artículo 6º La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

LOS CARGOS FORMULADOS

Primero. Violación del artículo 76, número 1 de la C. N. y del artículo 320 de la Ley 4ª de 1913, porque la resolución en referencia contiene disposiciones reservadas a la Constitución y a la ley, como la que restringe el libre acceso a los documentos estatales. Agrega que la violación del artículo 320 también se estructura porque el precio establecido para las fotocopias, es superior al costo normal lo cual entraña limitación al derecho de acceso a los documentos oficiales.

Segundo. Violación del artículo 45 de la C. N. en cuanto impone la obligación de presentar solicitud escrita para obtener fotocopias de registros de importación y exportación, e indicar el destino que se pretende dar a tales fotocopias. Sostiene el actor que tales exigencias limitan el derecho de petición.

Tercero. Violación del artículo 3º del Decreto 2733 de 1959, que dice:

"Artículo 3º Los funcionarios o agentes públicos a que se refiere el artículo primero, están en la obligación de absolver las consultas verbales que se les hagan. Para ello expedirán el correspondiente reglamento señalando día y hora de audiencia".

Afirma el actor que el artículo 2º de la resolución viola esta disposición porque ésta contempla la posibilidad de peticiones verbales y el acto acusado exige perentoriamente la forma escrita.

Cuarto. *Violación de los artículos 62 y 86 del C. C. A.* porque la resolución acusada contiene una serie de condicionamientos para la expedición de copias de actos administrativos que entraban el ejercicio de la acción contencioso-administrativa.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público opina que debe accederse a la nulidad de lo siguiente:

"a) Del artículo 2º, el aparte final que dice: 'y el destino que el usuario dará a dichas fotocopias';

b) El artículo 3º en su totalidad;

c) El artículo 5º en su totalidad.

La nulidad de lo demás, debe negarse".

Para llegar a estas conclusiones el señor Fiscal transcribe apartes pertinentes del auto de suspensión provisional y agrega que en su concepto debe anularse la totalidad del artículo 3º. Al respecto expresa:

> "Considera este Despacho que de este artículo no solo debe anularse el aparte que ya fue suspendido, sino la totalidad del mismo, pues no se ve razón alguna para que el Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia, para expedir una copia, tenga que obtener el 'visto bueno' de otro funcionario, con lo cual no se hace más que aumentar el 'papeleo' que tanto abunda en nuestras oficinas públicas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En varias providencias esta corporación ha reiterado el principio según el cual todos los documentos de la administración, son públicos salvo reserva expresa de la Constitución y de la ley; en cuanto a documentos relativos al comercio exterior, la ley cambiaria les reconoce expresamente el carácter de públicos a los registros de importación, sin que de ello pueda inferirse que los registros de exportación sean parcial o totalmente reservados; antes bien, la ausencia de reserva legal expresa, significa que deben tener la publicidad de todos los documentos que emanen de la Administración Pública (artículo 320 C. R. P. y M.). Por consiguiente el artículo 5º de la resolución acusada es violatorio de esta disposición al consagrar a través de un reglamento interno una reserva parcial de los registros de exportación.

Segundo. Como el demandante no aduce ningún cargo de ilegalidad en relación con la competencia del Incomex para establecer y para reglamentar el servicio de expedición de copias a particulares, y se limita a aducir el quebranto de normas constitucionales y legales relativas al derecho de petición y al de obtener copias de los documentos oficiales, a ello tiene que limitarse el examen de la Sala. Dentro de este marco, señalado en la demanda, no advierte la Sala que el artículo 1º de la resolución, en cuanto crea el servicio de expedición de fotocopias sea, en sí mismo, violatorio de las disposiciones constitucionales y legales que se mencionan en la demanda.

Tercero. En relación con el artículo 2º del acto acusado la Sala Plural comparte lo expresado en el auto de suspensión provisional. Allí se dijo:

> "Primera. Sostiene el actor que el artículo 2º de la resolución acusada viola flagrantemente los artículos 45 de la Constitución y 1º del Decreto 2733 de 1959, porque elimina la posibilidad de solicitar verbalmente copias de documentos.
>
> En principio toda petición que se formule a la Administración debe ser escrita, como también debe serlo la actuación de ésta, salvo excepción legal, como la prevista en el artículo 2º del Decreto 2733 sobre consultas verbales. Esa regla general se deriva de varias disposiciones, entre las cuales cabe mencionar los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 2733 de 1959.
>
> No parece a primera vista acertado equiparar, como lo hace el demandante, la petición de una copia con una consulta. Una cosa es consultar y otra muy diferente, pedir.
>
> Segunda. Afirma el actor que el artículo 2º es violatorio de la ley, porque ésta no obliga al peticionario a indicar el destino de la copia que solicita. Considera la Sala que, efectivamente, la ley no impone esta obligación, salvo en casos expresamente previstos como ocurre con las copias

y certificados del registro de nacimientos (artículos 115 del Decreto 1260 de 1970 y 1º del Decreto 278 de 1972), y que, por lo mismo, un acto de inferior jerarquía no puede establecerla. Si en algunos casos el peticionario suele señalar la destinación de la copia que solicita, ello se explica como justificación para eximirse del pago de los derechos de timbre o papel sellado, tal y como ocurre con las copias que han de utilizarse en actuaciones laborales".

Cuarto. Igualmente comparte la Sala Plural lo expresado en el auto de suspensión provisional en relación con el cargo de ilegalidad del artículo 3º de la resolución, cuando allí se dijo:

"En los términos del artículo 3º de la resolución acusada a la expedición de la fotocopia debe preceder el visto bueno del Subdirector Administrativo. Afirma el recurrente que ello implica una facultad discrecional para ordenarla o negarla.

A juicio de la Sala Unitaria la redacción del referido artículo 3º en este punto es ambigua, pues da margen para que pueda entenderse como un poder discrecional con el riesgo consiguiente del abuso. Pero como por ministerio de la ley existen documentos sometidos a reserva, y en ocasiones la expedición de copias se somete a algún trámite legal, la misma ley determina que en la Administración Pública y en la administración de justicia la expedición de copias fotocopias, sea autorizada por un funcionario superior o por los jueces [artículo 320 C. P. y M. (sic) y C. P. C.]. En tal virtud, solo entendida en esta forma, la disposición acusada no sería manifiestamente ilegal".

Quinto. Para el demandante el artículo 4º de la resolución del Incomex es ilegal en cuanto ordena un informe mensual sobre la cantidad de fotocopias expedidas a particulares.

Estima la Sala que el registro de fotocopias y el informe mensual constituyen un mecanismo de control interno del servicio que no afecta norma superior alguna, pues de él no se deriva ninguna limitación al derecho de petición, ni restricción a la publicidad de los documentos oficiales.

Sexto. En relación con el cargo consistente en que la tarifa de $ 15.00 por la expedición de fotocopias menoscaba el derecho y la libertad de información, y por lo tanto viola el artículo 320 del C. R. P. y M., la Sala comparte lo expresado en el auto de suspensión provisional. Allí se dijo:

"Efectivamente, de acuerdo con el precepto citado se pretende que quien solicite una copia solo resulta gravado con el mínimo costo de su elaboración sin que exista la posibilidad de que por vía reglamentaria ese costo pueda ser incrementado a cualquier otro título. Es un hecho notorio que el valor de una fotocopia en el comercio no exceda de $ 5.00 en el cual están incluidos todos los costos de su producción, luego no hay razón para que ese costo sea mayor cuando el producto procede de la Administración".

Obviamente está excluida de todo costo la expedición de fotocopias cuando se trate del cumplimiento de una orden judicial como en el caso previsto en el artículo 86 del C. C. A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara la nulidad de las siguientes disposiciones de la Resolución 850 de 1976 (junio 30 de 1976), dictada por el señor Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior:

1º Del aparte final del artículo 2º, que dice: "Y el destino que el usuario dará a dichas fotocopias". Por consiguiente el artículo segundo quedará así:

"Las personas interesadas en utilizar el servicio de que trata el artículo anterior deberán presentar solicitud escrita en original y copia dirigida al Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia, en la cual deberán señalar el número de las fotocopias que requieran y la identificación de los documentos de los cuales se desee obtener fotocopia".

2º Del aparte final del artículo 3º, que dice "el cual se fijará en $ 15.00 moneda corriente, por cada fotocopia". Por consiguiente la disposición quedará así:

"El Jefe de la Sección de Archivo y Correspondencia antes de ordenar la expedición de las fotocopias sobre registros de importación y exportación verificará que las solicitudes lleven el visto bueno del Subdirector Administrativo y vayan acompañadas del recibo de caja que acredite el pago del valor de las mismas".

3º Del artículo 5º en su integridad.

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

Previa ejecutoria, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Humberto Mora Osejo, Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, no asistió, *Alvaro Pérez Vives.*

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR

CAMBIOS INTERNACIONALES. — COMERCIO EXTERIOR. Alcance de las disposiciones del Decreto 444 de 1967 y concordantes sobre el control del comercio exterior y de las divisas internacionales. — Atribuciones del Incomex para investigar los precios internacionales.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 13 de mayo de 1977. Bogotá, D. E., mayo veintisiete (27) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Carlos Galindo P.*

Referencia: 2515. Actor: "Hojalata y Laminados, S. A.".

La sociedad "Hojalata y Laminados, S. A.", HOLASA, en ejercicio de la acción contencioso-administrativa, demandó la nulidad de las Resoluciones 01079 de 1975 (noviembre 4), y 469 de 1976 (abril 12), expedidas por el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior y, además, pidió que se dispusiera el consiguiente restablecimiento de su derecho.

En los actos cuya nulidad se demanda, se dispuso:

RESOLUCION 1079 DE 1975

"Artículo 1º Corregir el precio unitario declarado por el importador Hojalata y Laminados, S. A., en el registro de importación número 348-06935 ajustándolo al precio establecido por la División de Control de Precios Internacionales que en la fecha de la importación era de US$ 550.00 tonelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Artículo 2º Corregir el valor declarado por el importador en el registro de importación número 348-06935 que de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior se fija en US$ 2.750.00 para efectos del reembolso.

Artículo 31. Dar traslado de la actuación a la Superintendencia de Control de Cambios en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 212 del Decreto 444 de 1967".

RESOLUCION 469 DE 1976

"1º Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución número 01079 de noviembre 4 de 1975 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º Declarar agotada la vía gubernativa, una vez en firme esta decisión".

SINTESIS DE LOS CARGOS FORMULADOS EN LA DEMANDA

Primero. Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional, porque cuando se dictaron las resoluciones acusadas, vale decir mucho tiempo después de la aprobación de la licencia de importación, o sea cuando el registro tenía carácter definitivo, con lo cual el precio señalado había adquirido la condición de acto jurídico consumado para el beneficiario; de ello concluye el demandante que:

> "Las resoluciones proferidas por el Director del Incomex no pueden modificar las obligaciones que adquirió Holasa al celebrar contrato de compraventa con la firma extranjera proveedora del bicromato de sodio ni los derechos que en cabeza de ésta se radicaron bajo el imperio de la legislación colombiana. Válidamente Holasa contrajo la obligación de pagar el precio del producto adquirido, no solo por virtud del contrato celebrado, sino también por la aprobación misma del registro de importación, el cual crea para el importador unos derechos que no pueden desconocerse a posteriori, pues, se estaría atentando contra la estabilidad de los actos jurídicos que se originan en la declaración de voluntad del Estado... La aprobación del registro de importación configura un acto administrativo, el que en sentido material creó una situación jurídica subjetiva en beneficio de HOLASA y de la Stago K. Claus K. G. y nos coloca en presencia de lo que antes se llamaba impropiamente un derecho adquirido, que no es otra cosa que el acto jurídico consumado".

Segundo. Violación de los artículos 1602, 1857, 1928 y 1919 del C. C., porque las resoluciones acusadas quebrantan el principio de que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, porque con ellas se altera el equilibrio que las mismas partes estipularon en el contrato y porque implican modificación de la obligación principal contraída por la sociedad demandante.

Tercero. Violación de los artículos 6º, literal a), 212 del Decreto 444 de 1967 y Decreto 2976 de 1968, pues los controles allí establecidos tienen un carácter preventivo y, por lo mismo, debe hacerse uso de ellos al aprobar o improbar la licencia y no "a posteriori", mediante la corrección de una licencia ya aprobada, con lo cual se violó también el artículo 33 del Decreto 539 de 1969 en cuanto, al proferir las resoluciones ya mencionadas, el Incomex desbordó su órbita funcional, lo cual configura, a juicio del demandante, usurpación y exceso de poder.

Cuarto. Violación del artículo 17 del Decreto 539 de 1969 porque el Director del Incomex no suscribió los actos acusados junto con el Subdirector Administrativo, como lo dispone la norma en referencia.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, después de transcribir algunos apartes de una sentencia de esta corporación, expresa:

> "Si de acuerdo con el Decreto 444 de 1967 y normas complementarias, la Superintendencia de Cambios puede revisar los precios y limitar los reembolsos, las transacciones que los particulares verifiquen no pueden ampararse, frente al Estado, en las normas del Código Civil, porque si bien los contratos vienen a ser ley para las partes, esto debe entenderse sin perjuicio del control estatal que sobre los mismos pueda ejercerse.
>
> Lo anterior no obsta para que cuando se presente una variación internacional en los precios, y esto viene a ser normal en la época actual, en donde de un año a otro perfectamente pueden duplicarse los precios, el

importador pueda demostrar por las vías legales, la realidad de la modificación y, por consiguiente, la sinrazón de la medida que se acusa.

En el caso presente, el demandante ha acompañado al proceso las copias de algunas cotizaciones informales, cuyo mérito probatorio es ninguno, ya que no aparece que hubieran sido ratificadas ni en el expediente obran otras pruebas con fuerza suficiente para llevar al juzgador a la convicción de que el acto demandado no fue expedido conforme a derecho.

Como del estudio de todos los documentos que se allegaron al proceso no aparece desvirtuada la presunción de legitimidad que ampara a los actos administrativos, en concepto de esta Fiscalía no debe accederse a lo pretendido".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A pesar de que en la demanda se enuncia una serie de hechos y circunstancias con el fin de ofrecer una justificación del precio señalado en la licencia, es lo cierto que los cargos de ilegalidad que formula el actor no tienen relación directa, ni indirecta con ellos, pues lo que plantea es una cuestión de tipo exclusivamente jurídico.

Estima la Sala que los cargos primero y segundo de la demanda, sobre violación del artículo 3º de la Constitución Nacional y de varias disposiciones del Código Civil deben examinarse después de analizar el alcance de las disposiciones del Decreto 444 de 1967 y demás concordantes sobre control del comercio exterior y las divisas internacionales, pues, según sea el alcance de éstas, será legítimo o no el planteamiento de la demanda sobre desconocimiento de derechos adquiridos y de obligaciones válidamente contraídas. Por esta razón, se hará primero el estudio del tercer cargo de la demanda.

Primero. Violación de los artículos 6º, literal a) y 212 del Decreto 444 de 1967 y del Decreto 2976 de 1968.

Preceptúa el artículo 6º que *"dentro de las condiciones y límites establecidos* en el presente estatuto podrán adquirirse divisas para pagos al exterior, por concepto de mercancías cuya importación haya sido debidamente autorizada".

El régimen de cambios internacionales previsto en el Decreto 444 de 1967 está conformado como un sistema de control estatal sobre el comercio exterior y el movimiento de las divisas con el fin de prevenir la fuga de capitales, la realización de operaciones especulativas y de mantener un nivel de reservas suficiente para el manejo normal de los cambios internacionales (artículo 1º).

Entre los instrumentos legales para el ejercicio de este control cabe destacar el que se deriva de las atribuciones conferidas al Incomex para investigar los precios internacionales de las mercaderías en orden a asegurar que los giros para el pago de las que se importen corresponda con el precio normal (Decreto-ley 691 de 1967) y con la facturación de las mismas [artículo 212, Decreto 444 de 1967, artículo 1º, literal r), Decreto 2976 de 1968 y artículo 1º, ordinal r) Decreto 539 de 1969].

Así, pues, en esta compleja operación que constituye la importación de mercancías, el control del Estado se hace presente en todas sus etapas, a partir del momento en que el proveedor extranjero y el importador nacional cierran una transacción. En un primer momento debe obtenerse, como en el caso de autos, el correspondiente registro, luego ha de obtenerse una factura consular ante la autoridad correspondiente; más tarde, cuando la mercancía llega al país, inter-

vienen las autoridades aduaneras para la liquidación y pago de los derechos correspondientes. Y, luego, para el pago de lo importado vuelven a intervenir las autoridades cambiarias a través del otorgamiento de la licencia de cambio, sin la cual no es posible efectuar el giro de divisas.

Se colige de lo anterior que, en muchas ocasiones la infracción cambiaria que se originó en la importación de mercancías, solo viene a consumarse cuando se realiza el giro de las divisas al exterior, por consiguiente debe entenderse que la función preventiva del Incomex puede ejercitarse legítimamente en cualquier momento anterior a esa consumación, para evitarla. Por otra parte, si el control solo termina con la emisión del giro al exterior, es preciso entender que el derecho de adquirir divisas para pagos al exterior por concepto de mercancías cuya importación haya sido autorizada, es un derecho condicionado a la legitimidad de todas las operaciones anteriores y posteriores a la obtención de la licencia. De esta suerte, cuandoquiera que se advierta algo irregular, la autoridad correspondiente no solo tiene la facultad de verificación sino también los atributos necesarios para impedir la consumación de infracciones a la ley.

En el caso de autos, el Incomex, previa verificación de los precios internacionales procedió a corregir el precio declarado por el importador para la obtención del registro de importación número 348-06-935, en orden a evitar un egreso de divisas superior al valor de la mercancía en el mercado internacional, lo cual resulta perfectamente legítimo a la luz de las disposiciones legales y en función de los fines que la misma ley le asignó al sistema de control sobre las importaciones y el movimiento de divisas.

Segundo. *Violación de los artículos 1602, 1857, 1928 y 1919 del Código Civil.*

Estas normas del Derecho Privado estructuradas sobre el principio de la autonomía de la voluntad producen la plenitud de sus efectos en relación con los actos de los particulares no sometidos, por ministerio de leyes especiales al control de la autoridad pública, pues cuando esto último ocurre, por razones de interés público o social, suele quedar condicionada la eficacia de la voluntad de los particulares a sistemas de autorizaciones y aprobaciones o, en general a actos del Poder Público. De esta suerte cuando los particulares negocian lo hacen sobre la base de que los efectos de su voluntad no solo están sometidos a la supervisión de la autoridad, sino que, en muchos casos, están condicionados a su aprobación. Tal cosa ocurre con los actos de comercio relacionados con la importación y exportación de mercancías, respecto de los cuales existe, por ministerio de la ley un régimen de intervención estatal a través de un complejo sistema de control de la actividad de los particulares, por lo cual no es válida la argumentación del demandante sobre violación de las disposiciones del C. C. que menciona en su libelo.

Tercero. *Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional.*

Es un presupuesto básico de la noción del derecho adquirido que el acto originario del cual provenga se haya realizado conforme a la ley. En el caso de autos se estableció que el importador declaró ante la autoridad correspondiente un precio muy superior al que tenía la mercancía en el mercado internacional, lo cual creaba la posibilidad de un egreso de divisas contrario al régimen legal de cambios internacionales; en tales condiciones no puede sostenerse válidamente que el registro autorizado en esa forma hubiese creado un derecho adquirido a obtener divisas por el exceso del valor normal de la mercancía, a menos que el dolo o la culpa del importador pudieran entenderse como fuente de derechos, lo cual sería inaceptable.

Cuarto. *Violación del artículo 17 del Decreto 539 de 1969.*

El texto de la disposición es como sigue: "Los actos del Director, cuando fuere del caso, se expedirán por medio de resoluciones que suscribirá junto con el Subdirector Administrativo".

La Resolución 022 de 1974, dictada por el Consejo Directivo del Incomex, por medio de "la cual se establecen la estructura y funcionamiento" del referido Instituto, prescribe en su artículo 37, ordinal f), como atribución del Subdirector Administrativo: "Firmar como Secretario las resoluciones que expida el Director y suscribir, directamente, los actos que éste le delegue".

Conforme a las anteriores disposiciones el Subdirector Administrativo desempeña, a la vez, las funciones de Secretario permanente del Instituto y como a tal le corresponde refrendar los actos del Director.

En el caso de autos suscribe las providencias como Secretario "ad hoc" el Jefe de la Oficina Jurídica de Incomex.

En caso de faltas accidentales de los Secretarios o por razón de impedimentos, la ley tiene previsto la posibilidad de designar un Secretario ad hoc. La norma pertinente está contenida en el artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 y aunque él se refiere a los secretarios de juzgados y tribunales, es aplicable por analogía a los secretarios de entidades u organismos administrativos. En tal virtud tampoco puede prosperar este cargo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO ACCEDE a las peticiones de la demanda.

En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

JUNTA MONETARIA

SUSPENSION PROVISIONAL. — Requisitos. — Cuándo puede decretarse. — Oposición fragrante a la norma superior.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, primero de junio de mil novecientos setenta y siete.

Conductor del proceso: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 4503. Admisión de demanda y resolución sobre suspensión provisional de preceptos de la Resolución número 25 de 13 de abril de 1977 de la Junta Monetaria. Demandante: James W. F. Raisbeck.

La solicitud de nulidad y de suspensión provisional las expone así:

"A continuación transcribiré la totalidad del texto de los artículos 4º y 6º de la Resolución 25 de 1977 de la Junta Monetaria. *Pero quiero dejar muy claro que únicamente solicito la suspensión provisional y luego la declaratoria de nulidad de esas partes de las normas que aparecen subrayadas:*

"1. 'Artículo 4º. De conformidad con lo previsto por el artículo 21 del Decreto-ley 444 de 1967, autorízase al Banco de la República para intervenir como comprador en el mercado de 'certificados de cambio' dentro de los siguientes lineamientos:

" '1. Con el fin de sustentar su cotización, el Banco adquirirá 'certificados de cambio' que tengan menos de treinta (30) días de expedidos, *aplicando un descuento del 10% sobre la tasa que registre el mercado de certificados el día de la compra.*

" '2. *Cuando los 'certificados de cambio' tengan más de treinta (30) días de expedidos,* el Banco de la República los adquirirá a la cotización que registre el mercado de certificados el día de la compra.

" '3. Cuando se trate de 'certificados de cambio' originados en reintegros de exportaciones de bienes *distintos del café,* el Banco de la República los adquirirá, cualquiera sea su fecha de expedición, a la cotización que registre el mercado de certificados el día de la compra'.

"2. 'Artículo 6º Como excepción a lo dispuesto en el artículo 1º de esta Resolución, autorízase al Banco de la República para canjear directamente por moneda legal los ingresos de divisas provenientes de servicios, cuando su venta se efectúe directamente al Banco o a través de establecimientos de crédito debidamente autorizados. *En este caso, el Banco de la República comprará las divisas aplicando el mismo descuento previsto para la adquisición de 'certificados de cambio' que tengan menos de treinta (30) días de expedidos'* ".

Las normas que considera violadas y el concepto de la violación, respecto de todos los apartes cuya nulidad impetra, los explica así:

"a) Como ya se ha dicho, esta norma acusada se basa en, o intenta reglamentar, el artículo 21 del Decreto-ley 444 de 1967. Así lo dice la propia norma acusada al comienzo;

"b) Como una primera observación, valga la pena manifestar que si el objeto de la aplicación del descuento del 10% a que se refiere el artículo 4º (1) es el de 'sustentar' la cotización del certificado de cambio, parecería haber una contradicción ya que 'sustentar' significa *'sostener una cosa para que no caiga* o se tuerza' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), y lo primero que resalta es que en lugar de *sostener* la cotización del certificado de cambio, el descuento del 10% forzosamente resulta es en una *caída* del valor del mismo para el beneficiario del certificado a quien se le descuente ese 10%.

"c) Pero desde el punto de vista de la facultad legal para que la Junta Monetaria haya implantado ese descuento del 10% sobre la tasa que registre el mercado de certificados el día de la compra, cuando alguien se presente a vender un certificado de cambio que haya recibido al entregar divisas (fuera de las originadas en las denominadas exportaciones menores), la pregunta es ¿dónde está tal facultad?

"d) La respuesta evidente es que *no existe* tal facultad. Un estudio de los artículos 18-27 del Decreto-ley 444 de 1967, que son los comprendidos en toda la Sección Primera del Capítulo II del Decreto-ley 444 de 1967 deja ver que la Junta Monetaria *solamente está facultada en DOS eventos* para autorizar al Banco de la República para efectuar deducciones o descuentos al adquirir divisas o certificados de cambio;

"e) El primer caso, se aprecia en el artículo 19 del Decreto-ley 444, en donde se establece que el Banco de la República expedirá certificados de cambio contra entrega de divisas que constituyan ingresos del mercado de certificados de cambio, 'previo descuento de los impuestos en moneda extranjera que graven el respectivo reintegro' (descuentos que nada tienen que ver con las autorizaciones de la Junta Monetaria), *'o de las deducciones que autorice la Junta Monetaria en desarrollo del artículo 54'*. Estos descuentos especiales que le son facultados a la Junta Monetaria para autorizar por el artículo 54 del Decreto-ley 444, son casos —bastante lógicos por cierto— de regímenes especiales de exportación en donde parte del reintegro puede destinarse a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. Entonces, obviamente si el Banco de la República toma del reintegro total respectivo de divisas, cierta suma necesaria para efectuar los giros correspondientes a nombre del exportador, pues lógicamente el monto en pesos que se le entregará al exportador reflejará el menor valor que será equivalente al valor que se tomó para pagar deudas de ese mismo exportador;

"f) Y el *único* otro caso en donde la Junta Monetaria queda facultada para señalar un descuento que debe efectuar el Banco de la República al adquirir certificados de cambio, es el contemplado en el artículo 23 del Decreto-ley 444 de 1967, o sea, en casos cuando el interesado ha dejado vencer el término del certificado de cambio. Este caso viene a ser como una penalidad, en donde el tenedor de un certificado de cambio sabe muy bien que dicho certificado tiene un plazo de vencimiento; ahora, si él voluntariamente lo deja vencer, el Decreto-ley 444 estableció esta pena de una deducción en el momento extemporáneo en que se entregue ese certificado vencido, pena que parece tener un origen o fundamento lógico: El estatuto cambiario se ha preocupado altamente por los presupuestos de ingresos y egresos de divisas, y los tenedores de estos certificados de cambio que sirven para canjearse por giros al exterior, deben saber que la Junta Monetaria ha elaborado el presupuesto de ingresos y egresos de divisas para el período respectivo. Ahora, si dichos tenedores deciden mantener en su posesión certificados de cambio más allá del término de su vencimiento, el resultado global puede

llegar a ser que en el momento que estos certificados de cambio vencidos se hagan efectivos, habrá una presión indebida sobre el medio circulante y el presupuesto de egresos elaborado por la Junta para ese período puede resultar descuadrado (según el monto de estos certificados que se haya dejado vencer). Entonces, parece razonable que se haya establecido esta pena de un descuento que autorizará la Junta Monetaria, descuento que —perdónese la repetición— se origina en un hecho *voluntario* del tenedor del certificado; el haber dejado que el certificado se venciera;

"g) Pero para el caso en discusión, el artículo 21 del Decreto-ley 444 de 1967, que es el artículo citado por la Junta Monetaria como la norma superior que le sirve de base para haber tomado la decisión de autorizar al Banco de la República a aplicar un nuevo descuento, en ningún momento da esa facultad. Y sea el caso mencionar, que ninguna otra norma del Decreto-ley 444 de 1967 o de cualquier otro estatuto da semejante facultad;

"h) Lo anterior es, en mi concepto, suficiente razón para anular la parte del artículo 4º (1) acusada, previa su suspensión provisional;

"i) Pero resulta que considero que hay otra razón que tomada independientemente de los anteriores raciocinios lleva a la misma conclusión. Las cosas en derecho no son por lo que se les llame, sino por lo que en realidad son. Teniendo en cuenta este principio tan elemental de derecho, debemos preguntarnos ¿qué viene a ser en la práctica y en la realidad el 'descuento del 10%' que se le aplica, o dicho en términos más realistas *se le impone* por parte de la Resolución 25 acusada, a quienes venden certificados de cambio que tengan menos de 30 días de expedidos? Me parece muy claro *que se trata nada menos que de una contribución;*

"j) 'Contribución' significa una *'cuota o cantidad que se paga para algún fin,* y principalmente la que se impone para las cargas del Estado' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Es evidente que el 10% de 'descuento' viene a ser *una cantidad que cada interesado objeto del 'descuento' viene a pagar para un fin,* ya que esos fondos se utilizarán para algo. Por lo tanto es muy claro que el descuento creado por la Junta Monetaria en su Resolución 25 de 1977 es nada menos que una contribución, y como el artículo 46 de la Constitución Nacional establece que en tiempos de paz solamente compete al Congreso, a las Asambleas Departamentales y/o a los Concejos Municipales imponer contribuciones, pues necesariamente tengo que concluir que la Junta Monetaria ha violado nada menos que nuestra Carta Magna al expedir la norma acusada".

Además, para cada uno de los artículos en donde están contenidas las frases cuya nulidad pide se hacen comentarios adicionales interesantes y eruditos.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La suspensión puede decretarse cuando el acto acusado se oponga flagrantemente a la norma superior que se señala como infringida. La flagrancia es tanto como a primera vista, sin duda, que no requiera circunloquios ni reflexiones profundas o sea, que de la comparación de una y otra norma, colocadas como en doble columna, surja evidente la contrariedad. No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea en la doctrina que lleven consigo las palabras con que esté redactada la norma superior.

Veamos el primer argumento que es meramente semántico, pero significativo. El demandante afirma que el ordinal 1º del artículo 4º emplea el verbo sustentar, refiriéndose a la cotización del certificado de cambio y que como según la Academia, sustentar significa sostener una cosa para que no caiga o se tuerza, la disposición en lugar de sostener la cotización del certificado promueve su "caída" (sic). Sustentar tiene muchas otras acepciones porque como se sabe, el dic-

cionario es una lista de palabras con las que se juega definiendo unas con otras. Sustentar también es nutrir que puede significar algo que da nueva fuerza y el diccionario llama la atención acerca de que esa nueva fuerza en cualquier linea debe entenderse especialmente en lo moral que es tanto como decir lo bueno y lo bueno puede ser en algún momento lo conveniente y lo conveniente puede ser que no aumente la divisa o sea el valor de la moneda extranjera en relación con la unidad monetaria interior. Sustentar también puede tenerse como sujetar que es tanto como someter al dominio, señorío o voluntad de alguien o afirmar o contener una cosa con la fuerza. Podría pensarse que el propósito de la resolución es el de sujetar las monedas extranjeras antes de que lleguen a las ventanillas de los bancos para ser cambiadas por moneda nacional que aumente la cantidad en circulación.

El artículo 21 del Decreto-ley 444 de 1967 preceptúa que "con el fin de *regular* el mercado de certificados de cambio, la Junta Monetaria podrá autorizar al Banco de la República para expedir y negociar certificados contra divisas que formen parte de las reservas internacionales o para intervenir como comprador en dicho mercado".

"En el ejercicio de esta función, la Junta tendrá en cuenta los presupuestos de ingresos y egresos de divisas y la necesidad de lograr y mantener un adecuado nivel de reservas internacionales".

Entre las varias acepciones del verbo regular está la de ajustar o poner en orden una cosa y el mismo diccionario de la Academia señala como ejemplo la expresión "regular los gastos" que es tanto como decir ponerlos de acuerdo con la regla, es decir sujetarlos al presupuesto o condicionarlos a la necesidad. Desde este punto de vista, prima facie, la Junta Monetaria tiene la facultad para estatuir lo que estatuyó.

El descuento del 10% que el demandante señala como una contribución que no podría establecer sino el Congreso puede ser tal, evidentemente, pero también puede ser un sistema de regulación para ajustar el movimiento de las monedas extranjeras y su precio en moneda nacional como para "normalizar" los órganos y los sistemas de la administración monetaria. El verbo "normalizar" se emplea con el mismo sentido de alcance y acepción que tiene en el mundo de las normas técnicas.

Si ese 10% es una contribución de aquellas similares a los impuestos tal como se describen en el artículo 43 de la Constitución, no es punto que pueda decidirse con examen superficial, a primera vista, sino al contrario se merece prolongada reflexión.

Lo que queda expresado es el punto de vista y la sincera convicción del conductor del proceso quien admite que puede estar equivocado y espera que se lo demuestren.

En consecuencia se

RESUELVE:

1º Admítese la demanda.

2º Notifíquese al Fiscal.

3º Fíjese en lista por el término legal.

4º No se accede a la suspensión provisional.

5º Comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Secretario de la Junta Monetaria.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase.

Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES

STATUS DE PENSIONADO. — Su interpretación o definición para reajustar la pensión de jubilación conforme al Decreto 435 de 1971, artículo 1º y al Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º. — Se adquiere al reunir el tiempo de servicio y la edad requeridos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 1672. Autoridades nacionales. Actor: Jorge Ignacio Carmona Arias.

La sentencia de fecha abril 15 de 1977, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, ha sido enviada a esta corporación en grado de consulta. Este fallo decidió el juicio promovido, por medio de apoderado, por el señor Jorge Ignacio Carmona Arias, quien hizo las siguientes peticiones:

"1. Que es nula totalmente, y particularmente en su artículo único, la Resolución número 00885 de abril 2 de 1974, emanada de la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en cuanto a que en tal resolución no se accede a reajustar en favor de mi mandante la pensión de jubilación que por medio de la Resolución 1755 de agosto 6 de 1970 la misma entidad le había reconocido; y al tenor de lo dispuesto en el Decreto 435 de 1971.

"2. Que la Resolución 000034, de julio 24 de 1974, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, es nula de nulidad absoluta en su totalidad, y concretamente en su artículo primero, por cuanto confirmó la resolución atrás mencionada.

"3. Que, como consecuencia de las anteriores dos declaraciones, mi poderdante, Jorge Ignacio Carmona, tiene derecho al reajuste establecido para las pensiones de jubilación del sector público por el Decreto 435 de 1971, en su artículo 1º.

"Que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones está en la obligación de pagar a mi poderdante Carmona Arias una cantidad líquida de dinero equivalente a lo que por concepto de tal reajuste ha dejado de percibir desde el primero de enero de 1971, fecha de su retiro del servicio, hasta el día en que la mencionada entidad, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, haga la respectiva cancelación.

"5. Que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones está en la obligación de hacer el pago a que me refiero en el punto anterior, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia en que a tal cosa sea condenada, tal como lo dispone el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"6. Que así mismo la Caja de Previsión Social de Comunicaciones está en el deber legal de hacer sobre la pensión reajustada con arreglo a lo dispuesto en el citado Decreto 435 de 1971, el nuevo reajuste estipulado en el Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º.

"7. Que, en fin, mi poderdante Jorge Ignacio Carmona Arias adquirió el status de jubilado desde el 6 de agosto de 1970, fecha en que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones lo reconoció como tal por medio de la Resolución número 1755 y que, en consecuencia, tiene derecho tanto al reajuste establecido para las pensiones de jubilación del sector público por el artículo primero del Decreto 435 de 1971, como por el artículo 3º, inciso 1º del Decreto 446 de 1973".

El actor fundamentó sus súplicas en los siguientes hechos:

"1. Por medio de Resolución 2100 de junio 4 de 1949, el señor Jorge Ignacio Carmona Arias fue nombrado, por el Ministerio de Comunicaciones o por la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones, auxiliar 2º de Aranzazu. El primero de julio del mismo año, empezó a prestar sus servicios en el mencionado puesto.

"2. A partir del entonces y en forma ininterrumpida, mi poderdante prestó sus servicios por más de veinte años, en distintas partes del país, en el ramo de las comunicaciones. Se retiró definitivamente del servicio público el primero de enero de 1971.

"3. El 6 de agosto de 1970, por haber cumplido el tiempo de servicio exigido por la ley para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones expidió la Resolución 1755, en virtud de la cual se reconoció al señor Jorge Carmona Arias la pensión de jubilación.

"4. Por medio de la Resolución 1190 de 22 de abril de 1971, la mencionada institución ordenó reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante y dispuso que tendría derecho a ella a partir del 1º de enero de 1971.

"5. En memorial dirigido a la Gerencia de la Caja, el señor Carmona pidió que la Resolución 1190 fuera revisada, a fin de que se le incluyera el reajuste contemplado en el artículo 1º del Decreto 435 de 1971. Esta solicitud fue hecha el 19 de noviembre de 1973 y el 2 de abril de 1974, la Gerencia de la Caja profirió la Resolución 00885 por medio de la cual no accedió a la solicitud formulada por Carmona Arias. Se arguyó en esa resolución que por no haberse retirado el solicitante del servicio durante el año de 1970, no había adquirido en tal año el status de pensionado, motivo por el cual no tenía derecho al reajuste contemplado por el Decreto 435 para los que tuvieran, en ese año, tal condición.

"6. Contra tal decisión, mi mandante interpuso, el 17 de abril de 1974, el recurso de apelación para ante la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones. El 24 de julio de 1974, la Junta Directiva, por medio de la Resolución 000034, confirmó la recurrida, negando el derecho impetrado por el señor Carmona Arias. Dos argumentos fundamentales utilizó para sustentar esa resolución: Que el Decreto 1611 de 1962, artículo 22, exigía como requisito para que se causara una pensión de jubilación el que el trabajador se hubiese separado del servicio. Y que el artículo 64 de la Constitución prohibe que una persona perciba más de una asignación que provenga del Tesoro Público. El artículo 22 del Decreto 1611 de 1962 es muy claro y, so pretexto de consultar su espíritu, no se podría desatender su tenor literal, incluye la Resolución 000034.

"7. Invocando los artículos 21 y 22 del Decreto 2733 de 1959, el suscrito, con poder del señor Carmona Arias, el suscrito solicitó, mediante memorial de septiembre 17 de 1974, la revocatoria de tales dos resoluciones, por considerar que desconocían flagrantemente, no solo el Decreto 435 de 1971, sino el 2218, artículo

1º de 1966. Esta revocatoria oficiosa fue negada por medio de resolución que aún no me ha sido notificada personal y oficialmente.

"8. El valor de la pensión con que fue jubilado mi poderdante es de $ 1.185.07.

"9. Su pensión actual, después de que equivocadamente se le reajustó con fundamento en el inciso 1º del artículo 3º del Decreto 446 de 1973, como era lo legal, sino con base en el inciso 2º es de $ 243.80".

Como disposiciones violadas citó el demandante los artículos 16, 17, 20 y 30 de la C. N.; el artículo 1º del Decreto 435 de 1971 y el artículo 22 del Decreto 1611 de 1962.

El concepto de violación fue expresado debidamente.

La sentencia objeto del presente grado jurisdiccional acogió favorablemente las pretensiones de la demanda.

Como la consulta se resuelve de plano, la Sala entra a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia jurídica planteada en el presente juicio, es la del derecho del actor a que su pensión de jubilación le sea reajustada conforme al Decreto 435 de 1971, artículo 1º y al Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º, sobre la base de tener el status de pensionado en 31 de diciembre de 1970. Lo que quiere decir, yendo al fondo del asunto, que de la interpretación o definición que se le dé a la figura jurídica "status de pensionado", depende la aplicación de las mencionadas normas.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones afirma que el "status de pensionado" se adquiere cuando se reúnen los requisitos de tiempo de servicio, edad y separación del servicio. Sin embargo, si tenemos en cuenta disposiciones como los Decretos 2218 de 1966, artículo 1º y 546 de 1971, artículo 15, vemos que la pensión de jubilación se causa cuando se reúnen los requisitos de tiempo de servicio y edad exigida y que el requisito del retiro del servicio es una exigencia para que su pago se inicie. Además, la jurisprudencia del Consejo ha dilucidado ya el punto, como puede leerse en la sentencia de 22 de marzo de 1973 (citada en el fallo consultado) y, más claramente, en la del 27 de julio de 1976, Consejero ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor, Gabriel Urueña V., expediente 4291. En esta última providencia, la corporación expresó: "...ya en anteriores ocasioservicios y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se nes al resolverse asuntos similares al sublite, esta corporación ha señalado que el derecho al reajuste de la pensión de jubilación, cuando se indica el término 'status', debe entenderse que éste se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicios y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación antes dicha".

En el caso de autos, el actor trabajó en el ramo de las comunicaciones desde el 1º de julio de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1970, según certificado que obra a folio 50 del expediente, es decir, más de veinte años. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, por medio de la Resolución 1755 de agosto 6 de 1970 le reconoció la pensión de jubilación por tener el tiempo de servicio requerido y no ser necesario la comprobación de la edad por pensionarse en cargos de excepción (folios 38 y siguientes). Lo anterior indica que el demandante tenía el status de pensionado en 31 de diciembre de 1970 y, que por lo tanto, tiene derecho a que la pensión de jubilación de que viene disfrutando se le liquide y pague, desde

el 1º de enero de 1971, cuando se retiró del servicio, conforme las indicaciones del Decreto 435 de 1971, artículo 1º, y a que, sobre la pensión así reajustada, se le haga el nuevo reajuste determinado en el Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º.

Con base en lo anterior es preciso confirmar la sentencia consultada.

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

FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 15 de abril de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 27 de mayo de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CAPITULO CUARTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONGRESO NACIONAL

SENADO DE LA REPUBLICA

Comisión Cuarta Constitucional Permanente.

EMPLEADOS DEL CONGRESO. — El beneficio de la relativa estabilidad consagrado por la Ley 54 de 1968 es aplicable también a los empleados del Congreso que se encuentren en interinidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 3603. Autoridades nacionales. Actor: Juan Andrés Alvarado Carreño.

El señor Juan Andrés Alvarado Carreño, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"Tercera. Que se ordene a la Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República el reintegro del señor Juan Andrés Alvarado Carreño, al cargo de Ujier de la misma Comisión o a otro de igual o superior categoría y sueldo.

"Cuarta. Se declare que para los efectos de prestaciones sociales no ha habido solución de continuidad entre la fecha de despido y el día en que sea reintegrado o hasta la fecha del vencimiento del período legal (Julio 19 de 1974)".

Fundamentó sus peticiones en los siguientes HECHOS:

"1º Mi mandante Juan Andrés Alvarado Carreño fue incorporado a la Planta de Personal de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República a partir del primero (1º) de mayo de mil novecientos setenta y uno, mediante resolución de nombramiento emanada de la Mesa Directiva de la misma Comisión, en el cargo de Ujier.

"2º Previo cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios establecidos para estos casos, mi mandante, Juan Andrés Alvarado Carreño, tomó posesión del cargo de Ujier, con efectividad al 1º de mayo de 1971.

"3º Desde el citado 1º de mayo de 1971 hasta el 30 de abril de 1973, el citado Juan Andrés Alvarado Carreño desempeñó en la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República el cargo para el cual fue designado y posesionado, en forma ininterrumplida.

"4º Por Resolución número seis (6) de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos setenta y tres, la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República declaró insubsistente, a partir del 1º de mayo siguiente, es decir, del presente año, el nombramiento como Ujier de esa Comisión, del señor Juan Andrés Alvarado Carreño, mi poderdante.

"5º Al mismo Juan Andrés Alvarado Carreño se le hizo saber su insubsistencia pasándosele, con fecha 1º de mayo de 1973, una copia en carbón de la citada Resolución número 6 de 24 de abril del año en curso.

"6º Mi representado, Juan Andrés Alvarado Carreño, por diferentes medios y en repetidas ocasiones le ha solicitado a la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República su reintegro al cargo que venía desempeñando y el pago de su sueldos, primas, bonificaciones, etc., que ha dejado de devengar desde el 1º de mayo del año en curso, sin que hasta la fecha haya sido atendido.

"7º La Secretaría Cuarta Constitucional Permanente a que me he venido refiriendo se ha negado a expedir copia de la resolución de insubsistencia de mi mandante, alegando que ya se le entregó la copia en carbón antes mencionada.

"8º Desde el 1º de mayo del año en curso mi representado, Juan Andrés Alvarado Carreño, quedó cesante del cargo de Ujier que venía desempeñando en la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República y persona distinta entró a ocupar el mismo cargo, sin que esto modifique la ilegalidad del acto de despido.

"9º La Resolución número 6 de 24 de abril de 1973, emanada de la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República, mediante la cual se decretó la insubsistencia del señor Juan Andrés Alvarado Carreño en el cargo que en esa Comisión venía ocupando, no fue motivada ni se ajusta a los trámites reglamentarios establecidos para la remoción de los empleados subalternos de las Cámaras Legislativas y sus Comisiones Constitucionales Permanentes, como está prescrito en la Ley 54 de 1968 y en las respectivas resoluciones reglamentarias, dictadas de acuerdo con las facultades conferidas por el artículo 1º de la misma Ley

"10. El mismo Juan Andrés Alvarado Carreño desempeñó el cargo de Ujier de la precitada Comisión Cuarta Constitucional Permanente del honorable Senado de la República con eficacia, consagración y honestidad, sin que hubiese dado motivo alguno para ser destituido, y

"11. Al momento de su retiro inmotivado mi mandante, Juan Andrés Alvarado Carreño, devengaba un sueldo mensual de mil seiscientos noventa y cinco pesos ($ 1.695.00) más las primas, subsidios, bonificaciones, etc., señalados para los empleados subalternos del honorable Senado y de sus Comisiones Constitucionales Permanentes".

Como disposiciones violadas por el acto acusado invoca los artículos 2º de la Ley 54 de 1968 y 17 y 30 de la Constitución Nacional y explica debidamente el concepto de la violación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por sentencia de 23 de enero de 1975, denegó las peticiones de la demanda por cuanto consideró que el privilegio consagrado por el artículo 2º de la Ley 54 de 1968 "ampara solamente a los nombramientos hechos en propiedad dado que los empleados interinos se encuentran en una situación precaria de la cual no se deriva ninguna estabilidad y pueden ser removidos en cualquier momento para que se produzca el nombramiento en propiedad".

Contra la anterior decisión el señor apoderado del actor interpuso oportunamente recurso de apelación. La Sala desea observar que el Senado de la República, por intermedio de su Vicepresidente, se hizo parte en el proceso para impugnar las súplicas de la demanda designando como apoderado al doctor Jeremías Molano, quien presentó el respectivo poder cuando la sentencia del a quo se estaba notificando y guardó silencio durante la segunda instancia.

Tramitado regularmente el proceso y encontrándose ejecutoriado el auto de citación para sentencia sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, ha llegado el momento de resolverlo a lo cual se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Según documentos que obran en el expediente (folios 32 y 33), aparece que el señor Juan Andrés Alvarado Carreño fue nombrado, en interinidad, en el cargo de Ujier de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República, por Resolución número 04 del 7 de mayo de 1971, el cual desempeñó hasta el 1º de mayo de 1973, fecha a partir de la cual fue declarado insubsistente según Resolución número 06 de abril 24, expedida por el Presidente de la Mesa Directiva de la mencionada Comisión.

El hecho de que el actor se encontrara en interinidad fue el que impulsó al a quo a afirmar que no estaba amparado por el beneficio consagrado en la Ley 54 de 1968, por cuanto consideró que el tal beneficio solo es aplicable a aquellos empleados que hayan sido designados en propiedad.

De suerte que el problema jurídico a dilucidar es el de si el beneficio de la relativa estabilidad que consagra la norma antes citada es aplicable también a aquellos empleados del Congreso que se encuentren en interinidad, o si solo ampara a quienes hayan sido designados en propiedad, tal como lo sostiene la sentencia apelada.

La Sala considera conveniente transcribir, para un mejor entendimiento, los artículos 2º y 5º de la Ley 54 de 1968, que dicen:

> "Artículo 2º Sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo anterior, a partir de la sanción de la presente ley, los empleados que elijan las Cámaras Legislativas y las Comisiones Constitucionales Permanentes tendrán, respectivamente, el mismo período de éstas y aquéllas y no podrán ser removidos sino en caso comprobado de mala conducta o justa causa, debidamente motivada en las resoluciones respectivas, acordes con las normas reglamentarias internas expedidas por las correspondientes Comisiones de las Mesas Directivas de cada Cámara.
>
> "Parágrafo. Al igual que los empleados contemplados en este artículo, los designados por las Comisiones de las Mesas Directivas de las Cámaras tendrán el mismo período que aquéllos y solo podrán ser removidos por causales de mala conducta o justa causa.
>
> "Artículo 5º Los empleados de las Comisiones Constitucionales Permanentes podrán ser removidos por éstas de acuerdo con el artículo segundo de esta ley, cuando la Mesa Directiva de la respectiva Comisión presente ante sus miembros justas causas motivadas para la destitución".

Como puede observarse, las normas arriba transcritas se refieren, en forma general, a los empleados que elijan las Cámaras Legislativas y las Comisiones Constitucionales, sin hacer distinción ninguna entre empleado en propiedad y

empleados en interinidad, por lo cual no ve la Sala razón valedera para afirmar, como lo hizo el a quo, que el beneficio de la relativa estabilidad solo ampara a los empleados que se encuentren en propiedad.

Además, si se aceptara la tesis del Tribunal y de la Fiscalía de la corporación, se desvirtuaría la finalidad de la ley, y no tendría ella eficacia puesto que bastaría a las Cámaras Legislativas y a las Comisiones Constitucionales, designar a sus empleados en interinidad, para luego removerlos a su antojo, con el argumento de que, por no encontrarse en propiedad, no les es aplicable el artículo 2º de la Ley 54 de 1968. Habrá, por tanto, de revocarse la sentencia apelada para en su lugar, acceder en parte a las súplicas de la demanda.

No prospera, en cambio, la petición del demandante de ser, además, reintegrado al cargo que desempeñaba. Vencido ya el período para el cual se hizo su nombramiento, no podría el Consejo obligar al honorable Senado de la República a reintegrarlo, ya que el período legal para el cual fue nombramo venció el 19 de julio de 1974.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de enero de 1975 y en su lugar se dispone:

1º Declárase la nulidad de la Resolución Nº seis (6) de veinticuatro (24) de abril de mil novecientos setenta y tres (1973), proferida por la Mesa Directiva de la Comisión Cuarta Constitucional Permanente del Senado de la República, por medio de la cual se declaró insubsistente al señor Juan Andrés Alvarado Carreño del cargo de Ujier de esa Comisión.

2º Como consecuencia de la nulidad declarada la Nación colombiana, con cargo al presupuesto del honorable Senado de la República (Comisión Cuarta Constitucional Permanente), pagará al demandante, señor Juan Andrés Alvarado Carreño, el valor de todos los sueldos y prestaciones a que tiene derecho desde el día en que dejó de ejercer el cargo, hasta el día en que venció el período para el cual fue elegido por la misma Comisión, o sea hasta el 19 de julio de 1974.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 27 de mayo de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO

ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

GOBERNADOR DE CUNDINAMARCA

ACTOS DE NOMBRAMIENTO Y DE CONFIRMACION DEL NOMBRAMIENTO. — La situación que se crea con el nombramiento del empleado no es propiamente una situación individual que deba examinarse dentro del marco de los derechos adquiridos (artículo 30, C. N.). — El acto de confirmación de un nombramiento —acto condición— no es revocable, no puede ser retirado de acuerdo con la doctrina si ya ha surtido la finalidad a que está destinado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., marzo siete de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Rafael Tafur Herrán.*

Ref.: Radicación número 2902. Actor: Rafael Enrique Vargas Gaitán.

En virtud de apelación concedida a la parte actora contra el fallo de 18 de septiembre de 1974, adverso a sus pretensiones, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el proceso instaurado por el señor Rafael Enrique Vargas Gaitán, mediante mandatario judicial, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que es nulo el Decreto número 00044 de enero de 1971, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, y por el cual se derogó o revocó el Decreto número 00024 del 7 de enero del mismo año, originario de la misma Gobernación.

"2ª Que el señor Rafael Vargas Gaitán debe ser restituido en el campo de Notario del Círculo de Chocontá, cargo en el cual tiene derecho a permanecer hasta que sea legalmente reemplazado, o hasta cuando haga dejación del empleo por causa legal.

"3ª Que para todos los efectos legales, y en especial, para los efectos de las prestaciones sociales, se entienda que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Vargas Gaitán.

"4ª Que se condene al Departamento de Cundinamarca, o a la Nación, o a la entidad legalmente responsable, a pagar a mi poderdante todas las sumas que éste dejó de devengar por concepto de retribución de los servicios notariales, desde el día 12 de enero de 1971, hasta la fecha en que sea reintegrado al servicio".

El recurso ha recibido el trámite legal correspondiente; lo sustentó el apelante, y la Fiscalía Cuarta de la corporación por su parte ha pedido la confirmación del fallo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

"No encontró el Tribunal demostrada la violación del artículo 24 del Decreto número 2733 de 1959, afirmada en la demanda, porque a su entender el actor no adquirió un derecho con justo título de los que hay que respetar conforme al artículo 30 de la Constitución Nacional, ya que no reunía las calidades exigidas para desempeñar el cargo de Notario del Círculo de Chocontá y no reuniéndolas solamente nació para él un derecho con título precario", quedando "en las mismas condiciones de los empleados nombrados en interinidad". Con la circunstancia además, de que el Decreto 1950 de 1973, reglamentario del 2400 de 1968, en su artículo 45 impone a la autoridad nominadora, si es el caso, modificar, sustituir o derogar la designación de un empleado "cuando recaiga en una persona que no reúna los requisitos señalados en el artículo 25" del mismo Decreto. Entre otros, "reunir las calidades que la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones exijan para el desempeño del empleo" [literal a)].

Según los propios términos del Decreto 044 acusado y según también los comprobantes que obran a folios 16 y 17 del proceso, al demandante se le designó como Notario del Círculo de Chocontá, para el resto del periodo 1970-1974, mediante el Decreto de la Gobernación de Cundinamarca número 892 de 1970, y habiéndosele confirmado el nombramiento conforme al Decreto 024 de 7 de enero de 1971, tomó posesión del cargo el día 9 siguiente.

Con fecha 12 de los mismos mes y año se produjo el acto acusado derogando el Decreto de confirmación número 024. Y ello por no reunir el señor Vargas Gaitán las calidades requeridas por el estatuto del notario de ser abogado titulado o haber sido notario o tener práctica judicial, notarial o registral por el tiempo que determina el mismo estatuto.

No hay constancia en el proceso de que, por el contrario, sí reuniera o reunía el actor dichas calidades.

Todo indica, de otra parte, que no obstante la posesión, el señor Vargas Gaitán no entró en ejercicio de las funciones notariales. Tanto que según la constancia del folio 34, él no figura en los archivos de la Superintendencia de Notariado "como ex Notario de Chocontá y por lo tanto no aparece copia de su acta de posesión". Y tanto también que quien aparece relacionando emolumentos recibidos como Notario de dicho Círculo en el lapso de mayo de 1970 a mayo de 1971 es el señor Gustavo Camelo J. (folio 30), según comunicación de la misma Superintendencia. A lo que se agrega que quien relacionó esos emolumentos del 12 de mayo a octubre 31 de 1971 fue un nuevo Notario, el señor Juan de J. Robles.

Por tanto, aunque para rectificar los planteamientos del fallo recurrido esta Sala ha de consignar que en estos casos la situación que se crea con el nombramiento del empleado no es propiamente una situación individual que deba examinarse dentro del marco de los derechos adquiridos (artículo 30 de la Constitución Nacional); y aunque, además, por otro aspecto, pudiera concluirse que el acto de confirmación de un nombramiento —acto condición— no es revocable, no puede ser retirado de acuerdo con la doctrina de los expositores (Jeze, por ejemplo), si ya ha surtido la finalidad a que está destinado, como ocurrió en el presente caso, tampoco en este orden de ideas resultaría posible concluir en la revocatoria del fallo para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda: el reintegro en las funciones del cargo y el pago de sueldos dejados de devengar, concretamente, puesto que ni aparece que el actor entró en ejercicio efectivo de las funciones notariales, ni por lo demás acto alguno que produjera su definitiva desvinculación del cargo ha sido acusado. Lo ha sido, solamente, el acto de revocatoria de la confirmación del nombramiento que carece, por sí solo, de esa aptitud.

De consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de octubre de 1974.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 16 de febrero de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Rafael Tafur Herrán, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

ACTOS DEPARTAMENTALES, INTENDENCIALES Y COMISARIALES. — Confirmados por actos nacionales, no son actos complejos. — Competencia para conocer de ellos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente, doctor *Alvaro Pérez Vives.*

Exp. número 2411. Actor: Gabriel Lalinde M.

Se decide el incidente de NULIDAD propuesto por el señor Fiscal Primero de la corporación, en los siguientes términos: "En el proceso de la referencia se demanda la nulidad de las Resoluciones 008242 y 008828 de 1975, originarias de la Gobernación del Departamento de Antioquia, y de la Resolución número 826 del mismo año, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio confirmatoria de la primera. Se trata, por consiguiente, de un acto inicial de carácter departamental, confirmado por una entidad de orden nacional.

"Sobre la competencia para conocer de esta clase de actos, dispone el Decreto 528 de 1964, lo siguiente:

" 'Artículo 32. Los Tribunales Administrativos conocen:

" '.....

" '2º En primera instancia:

" '...h) De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior o que hayan sido dictadas en virtud de delegación de funciones por la misma'.

"No obstante que la norma es clara, no sobra recordar que en casos similares al presente y cuyas demandadas (sic) se han presentado ante esta corporación, o no se han admitido por corresponder su conocimiento, en primera instancia, a los Tribunales Seccionales, o si por inadvertencia se les ha dado trámite, al final de la instancia se ha proferido sentencia inhibitoria. Así, en auto de mayo 3 de 1971, expediente 1531, se dijo:

"De acuerdo con el artículo 54, ordinal 3º del C.C.A. y el literal 1º, numeral 2º del artículo 32 del Decreto 528 de 1964, corresponde a los Tribunales Administrativos conocer en primera instancia de los juicios de nulidad contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades municipales, cuando se trata de capitales de departamento o de municipios cuyo presupuesto anual sea o exceda de un millón de pesos. En consecuencia, el conocimiento del presente juicio corresponde en primera instancia al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamar-

ca, toda vez que el acto principal materia de la demanda tuvo origen en la Alcaldía de Bogotá, sin que las reglas de la competencia las modifique la circunstancia de que el recurso de apelación esté adscrito al conocimiento de una autoridad nacional como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que confirmó la decisión de la Alcaldía.

"Sobre la competencia para conocer de las acciones de nulidad contra actos o provincias expedidos por autoridades departamentales o municipales, así estén sometidos a la aprobación posterior o a revisión por apelación de una autoridad administrativa del orden nacional, el Consejo ha venido reiteradamente sosteniendo la tesis que informa esta providencia, a partir de la sentencia de 3 de septiembre de 1969 (Magistrado ponente, doctor Acero Pimentel)".

"Reiterando la misma jurisprudencia, en sentencia de fecha marzo 1º de 1974, con ponencia del honorable Consejero Galindo, expendiente 2077, se expuso:

" 'Sobre este particular ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala, en providencia inhibitoria de febrero 9 de 1973, donde se consigna lo siguiente:

" '3º *La competencia del Consejo.* Demostrado que los actos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Resolución número 0891 de 1968 del Ministerio de Comunicaciones constituyen un acto compuesto, es evidente que, de conformidad con el artículo 32, ordinal 2º, literal l), del Decreto-ley número 528 de 1964, el Consejo no es competente para conocer sino el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, motivo por el cual, también, por este aspecto, la Sala debe inhibirse de proferir sentencia de mérito; pues, como también sostuvo la Sala en la sentencia mencionada de 3 de septiembre de 1969, es indiscutible que la ulterior aprobación por el Gobierno no cambia el origen del acto emanado por autoridad departamental o municipal, como así dispone la ley [artículo 32, ordinal 2º, literal h), del Decreto-ley número 528 de 1964], el atribuir el conocimiento de 'los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior' a los Tribunales Administrativos en primera instancia' ". (Actor Néstor Aya Zerrate, expediente número 2077).

"De acuerdo con todo lo anterior, considera esta Fiscalía que el honorable Consejo de Estado no es competente para conocer en única instancia del presente negocio, en razón de lo cual debe decretarse la nulidad a partir del auto admisorio de la demanda y, en su lugar, se debe ordenar el envío del expediente al Tribunal competente (artículo 99-3, C. P. C.)".

La norma en que se apoya el señor Agente del Ministerio Público, o sea, la letra h) del numeral 2º, del artículo 32 del Decreto extraordinario 528 de 1964, se refiere a dos casos: 1º El conocido con el nombre de ACTO COMPUESTO, esto es, cuando es proferido por una autoridad departamental, intendencial o comisarial y aprobado por el superior de ésta. 2º Cuando el acto es proferido por virtud de delegación de funciones del superior, por una de dichas autoridades.

Al primer caso se refieren, sin duda, las providencias de esta Sala, de fechas febrero 9 de 1973 y marzo 1º de 1974, puesto que se trataba de actos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, aprobados por resolución del Ministerio de Comunicaciones, ya que en su conjunto tales actos, los de la mencionada empresa y los del Ministerio en referencia, constituyen un solo acto, de carácter complejo, puesto que en su formación concurrieron varias voluntades de distinto orden administrativo. Esto mismo ocurre cuando el superior modifica el acto del inferior, porque al quedar vigentes disposiciones de éste, en concurrencia con disposiciones del acto proferido por el superior, se integran dos voluntades de diferente orden administrativo para la formación de un solo acto, el que sería, por lo tanto, complejo.

No es el caso, en sentir de la Sala, de los actos proferidos por autoridades del orden departamental, intendencial o comisarial, cuando hayan sido objeto de apelación ante un superior del orden nacional y confirmado por éste, pues en tal caso se está en presencia de dos actos, lo que impide hablar de acto complejo.

El fenómeno que se da en el presente caso es claro. Se trata de un acto de carácter departamental, el cual no pierde tal naturaleza por el hecho de que haya sido confirmado por el superior jerárquico, del orden nacional. Y es ese acto departamental, el que se acusa. Por tanto, la competencia corresponde al respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al tenor de lo preceptuado por los artículos 54, numeral 2º del C. C. A. y 30, numeral 2º del Decreto 528 de 1964, cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 54... 2º De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los gobernadores, intendentes, comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial".

"Artículo 30... 2º En segunda instancia de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos".

Aclara, sin embargo, la Sala, que cuando lo que se demanda no es el acto de la autoridad o entidad del orden departamental o municipal, sino el proferido por el superior del orden nacional, que revoca el del inferior, la naturaleza de nacional que tendría esa decisión, la colocaría dentro de las previsiones del numeral 10 del artículo 34 del C. C. A., de acuerdo con la cuantía del negocio, si la acción es de plena jurisdicción, conforme a los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, ya que la competencia en este caso no está atribuida a jurisdicción distinta.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo, DECLARA LA NULIDAD de toda la actuación desde el auto admisorio de la demanda y en su lugar, DECIDE: pase el presente negocio, por competencia, al conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACA

REPRESENTACION PROCESAL DE UN DEPARTAMENTO. Radica en el Gobernador.

ADMINISTRACION PUBLICA. — Facultad reconocida por el artículo 72 del C. C. A. de intervenir como parte demandante en los procesos contencioso-administrativos. — Representación para actuar en proceso de simple nulidad y para actuar en proceso de plena jurisdicción (arts. 22, 72 y 89 del C.C.A.).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 18 de marzo de 1977. Bogotá, D. E., marzo veintiuno (21) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Referencia: 2546. Actor: Gobernador del Departamento de Boyacá.

El Tribunal Administrativo de Boyacá no admitió la demanda que, por conducto de un apoderado especial, formuló el Gobernador de ese Departamento para pedir que se declare la nulidad de la Ordenanza número 13 de 1970 expedida por la Asamblea del mismo Departamento.

Después de transcribir el artículo 72 del C. C. A., el "a quo" expresó lo siguiente, como fundamento de su decisión:

> "Frente a la norma transcrita se deduce claramente que la Administración puede solicitar la anulación de sus propios actos, siempre y cuando la acción sea instaurada por conducto del respectivo *Agente del Ministerio Público.* En el caso a estudio corresponde al señor Gobernador del Departamento de Boyacá ejercitar la correspondiente acción por intermedio del Ministerio Público y no como lo ha hecho por conducto del apoderado judicial, doctor Devis Echandia.
>
> Así las cosas, en sentir de la Sala, y teniendo en cuenta el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, es al respectivo Agente del Ministerio Público a quien corresponde demandar los actos provenientes de la Administración Departamental por mandato expreso de la citada norma, y, por tanto, es improcedente que el señor Gobernador del Departamento por medio de apoderado, ejercite la acción tendiente a obtener la nulidad de la Ordenanza número 13 de fecha 4 de diciembre de 1970, expedida por la Asamblea de Boyacá".

La providencia en mención fue recurrida en apelación y para resolver la impugnación conoce el Consejo de Estado.

RAZONES DEL RECURRENTE

El actor hace suyas las razones consignadas en una consulta de la Sala correspondiente de esta corporación, en la cual se sostiene que la Administración puede estar representada por apoderados especiales para actuar en juicio, a más del Agente del Ministerio Público, pues una cosa es la defensa de la legalidad, función propia del Ministerio Público y otra diferente la de representar los intereses especiales de la Administración. Manifiesta, además, su inconformidad con la providencia recurrida, en los siguientes términos:

> "Creyó el Tribunal que esa norma era taxativa e imperativa, en tal forma que solamente por conducto del Ministerio Público se puede demandar, por un departamento, actos de la Administración, y ello aun cuando estime el Gobernador, como responsable de los intereses del Departamento y de la Administración Departamental en general, que demandado por conducto del Ministerio Público no queden suficientemente tutelados aquellos intereses, en razón de que éste tiene el deber de velar la legalidad, según su criterio, el cual puede estar en disconformidad con el Gobernador y por tanto con los intereses del Departamento".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La única razón aducida por el "a quo" para inadmitir la demanda de nulidad presentada por el Gobernador de Boyacá, por conducto de un apoderado especial, es el texto del artículo 72 del C. C. A., que dice:

> "Artículo 72. También la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta ley, por los motivos en ellos señalados".

El antecedente de esta disposición es el artículo 1º de la Ley 130 de 1913, según el cual, no solamente los ciudadanos en general o las personas que se creyeran vulneradas en sus derechos, sino también el Ministerio Público podían ejercitar las acciones contencioso-administrativas. La reforma introducida por el artículo 72 del C. C. A. consistió en radicar la titularidad de la acción en la *Administración Pública,* en la medida en que ésta disfrutara de los atributos de la personería jurídica de derecho público. En otros términos, la Ley 167 de 1941 trató de corregir una evidente inarmonía de la legislación precedente, pues no obstante reconocer la personalidad jurídica de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio), sin embargo, en punto al ejercicio de las acciones contencioso-administrativas o a su capacidad para intervenir en un proceso de esta naturaleza como parte demandante, les restringió los atributos naturales derivados de esa personalidad jurídica al no contemplar la posibilidad de comparecencia al proceso en la condición indicada.

El artículo 72 de la Ley 167 de 1941 le reconoce a la Administración tomada en un sentido genérico, la facultad de intervenir como parte demandante en los procesos contencioso-administrativos, lo cual significó que, tanto la Nación como los Departamentos, los Municipios y las demás personas jurídicas de derecho público adquirieron la capacidad de comparecer al proceso en esa calidad. No obstante se determina que la representación de tales entidades, cuando actúen como demandantes, quede reservada a los agentes del Ministerio Público. Naturalmente, de considerarse vigente esta limitación, habría que entenderla en principio restringida a la representación de tales personas cuando se trate de proponer una acción de simple nulidad, pues para el caso de la defensa de un interés especial,

el mismo Código les reconoce el derecho de "constituir los apoderados o voceros que a bien tengan, según las reglas generales..." (artículo 22 C. C. A.).

Es posible que un condicionamiento de esta naturaleza se hubiere inspirado en la idea de que los Agentes del Ministerio Público que actúan entre los Organos Jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo fueran más idóneos para representar a las entidades administrativas en la formulación de una pretensión de nulidad, pero de todas suertes esta idea no armoniza suficientemente con la prescripción del mismo legislador conforme a la cual la defensa de un interés especial dentro de un proceso contencioso-administrativo, sí pueda confiarse a una representación especial.

Tampoco armoniza la disposición del artículo 72, aun entendida con las limitaciones anotadas antes, con la hipótesis que se deriva del inciso 1º del artículo 89 del C. C. A., según el cual "en las *acciones de nulidad* de un acto administrativo, cualquier *persona* puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la acción". Reconocida por el C. C. A. según se ha visto, la capacidad a la Administración para ser parte en los procesos contencioso-administrativos en cuanto disponga de los atributos que aparejan la personería jurídica, resulta claro que la expresión "cualquier persona" habilita a las personas de derecho público para coadyuvar o impugnar la demanda. Como en estos casos esa intervención es distinta de la del actor principal, querría decir que, en esta hipótesis, no sería aplicable la limitación del artículo 72 y que, por consiguiente la entidad de derecho público interviniente, podría hacerse representar por una persona diferente al Agente del Ministerio Público. Así, pues, resulta lo siguiente: Que en un proceso de simple nulidad la representación de la entidad de derecho público podría ser diferente según ésta obre como actor principal o como interviniente adhesivo, lo cual no parece lógico ni consecuente.

Estas y quizás otras, son unas de las tantas contradicciones que resultarían de una interpretación aislada de la norma contenida en el artículo 72 del C. C. A.

En tales condiciones lo indicado, en concepto de la Sala, es tratar de establecer el alcance real del precepto en función de la totalidad del sistema jurídico dentro del cual se halla inmerso y, en primer lugar, de la Constitución Nacional y de los principios generales del Derecho Procesal.

Con el propósito de limitar el estudio de la cuestión al punto específico planteado por el recurrente, o sea al de la representación procesal de un Departamento, considera la Sala que no es pertinente ahora extender el estudio a otras personas de derecho público.

Cuando se expidió el actual Código Contencioso Administrativo, la Constitución Nacional consagraba como una de las funciones del Gobernador la de "llevar la voz del Departamento y representarlo en *asuntos políticos y administrativos*" (ord. 4º, artículo 192). Entendieron algunos que la representación estaba limitada estrictamente a esas dos esferas y que por lo mismo, no podía extenderse al ámbito procesal. Esta interpretación era equivocada, a juicio de la Sala, porque si los Departamentos tenían, por ministerio de la propia Constitución, la calidad de personas de derecho público y el Gobernador era el Jefe de la Administración, esta calidad le otorgaba por sí mismo el atributo de ser su representante para todos los efectos legales. Pero sea como fuere, es lo cierto que la disposición constitucional fue reformada en el año de 1945 en los siguientes términos: "Son atribuciones del Gobernador:... 3º Llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y *judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley*" (artículo 194 de la codificación vigente. El subrayado es de la Sala).

Así las cosas no queda duda de que aun interpretando el artículo 72 del C. C. A. con el criterio puramente exegético que empleó el Tribunal en el caso de autos, éste habría sido reformado por una norma constitucional posterior, conforme a la cual el Gobernador es también el representante del Departamento para efectos judiciales y que, por lo tanto, está en capacidad de representarlo directamente en toda clase de procesos, sin exclusión de los contencioso-administrativos, en el caso de ser abogado titulado o de confiar esa representación de acuerdo con los principios generales del proceso, consagrados en la legislación vigente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, revoca el auto apelado y en su lugar admite la demanda.

En consecuencia ordena al "a quo" que proceda a dar cumplimiento a lo preceptuado en los ordinales 1º a 3º del artículo 126 del C. C. A.

Remítase el expediente al Tribunal de origen para los efectos consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

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

Jorge A. Torrado T., Secretario.

HOSPITAL MENTAL DE ANTIOQUIA

CLASIFICACION DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. — El Decreto-ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos y trabajadores oficiales, debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.

Bogotá, D. E., primero de abril de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Carlos Aníbal Restrepo S.*

Ref.: Expediente número 3196. Resoluciones ministeriales. Actor: Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia.

El señor Julio Flórez C., en su calidad de Presidente del Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia, presentó demanda, por medio de apoderado, ante el honorable Tribunal Administrativo de Antioquia para que, por el trámite de la acción contenciosa de nulidad "o contencioso objetivo, se declare la nulidad del artículo primero de la Resolución número 002 de mayo 30 de 1973, proferida por la Junta Directiva del Hospital Mental de Antioquia en cuanto clasifica a los ayudantes de enfermería, auxiliares de cocina, auxiliares de lavandería y choferes, como empleados públicos".

Se fundamentan estas pretensiones en los hechos que bien resume el Tribunal así:

"a) El Hospital Mental de Antioquia funcionó durante varios años como dependencia de la Beneficencia de Antioquia; posteriormente por la Ordenanza 4 de 1967, pasó a depender directamente del Departamento y, finalmente, por la Ordenanza 12 de 1970, convertido en establecimiento público departamental;

"b) En dicha institución funciona una organización sindical de primer grado y de base denominada Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia, con personería jurídica otorgada por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, según Resolución 851 de mayo 25 de 1960, y el demandante fue designado presidente del mismo en nombramiento aprobado por Resolución 00780 de agosto 3 de 1973 de la División de Relaciones Colectivas de la Regional del Trabajo en Antioquia;

"c) En el mes de mayo de 1968 y por iniciativa del señor Gobernador se hizo una clasificación de los trabajadores del Hospital Mental, y allí se determinó cuáles estaban vinculados por contrato ficto de trabajo y cuáles por relación de derecho público. Esta clasificación hecha por el Jefe de Personal del Departamento, Administrador del Hospital Mental y los Asesores Jurídicos de Planeación y Secretaría de Salud, fue incluida en la convención colectiva de trabajo suscrita el 19 de julio de 1968 entre el Sindicato y el Departamento;

"d) En la referida clasificación se estableció que serían trabajadores oficiales los mensajeros, porteros, celadores, mecánicos de mantenimiento, mecánicos de vehículos, conductores, ayudantes de carro, oficiales de albañilería, albañiles, plomeros, pintores, soldadores, carpinteros, electricistas, auxiliares de aseo, matarifes, encargados de despensa, cocina, auxiliares de costurero, encargado de porqueriza, ayudantes de enfermería y ayudantes de sala. Y la cláusula de la convención que contiene esa clasificación no ha sido denunciada en los términos legales;

"e) El 30 de mayo de 1973 la Junta Directiva del Hospital Mental de Antioquia dictó la Resolución número 002 por la cual se hace una clasificación diferente a la anterior, en la que algunos oficios clasificados antes como de trabajadores oficiales quedaron como de empleados públicos, tales como los ayudantes de enfermería, auxiliares de cocina, auxiliares de lavandería y choferes. Clasificación que se hizo con el único objeto de obstaculizar la negociación de un pliego de peticiones que dos días antes había sido presentado por el sindicato.

"f) 'Por medio de memorial de junio 28 de este año se interpusieron los recursos legales contra la Resolución 002 sin resultado positivo alguno. Hubo silencio sobre el particular' ".

Como disposiciones quebrantadas por el acto demandado, cita el apoderado:

"Ley 6ª de 1945, artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 (reglamentario de la ley antes citada); Ordenanza 12 de 1970. Informe, clasificación de mayo 21 de 1968; convención colectiva de trabajo de julio 19 de 1968 suscrita entre el Departamento de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia. Igualmente fueron violados los artículos 17 y el 30 de la Constitución Nacional".

Agotado el trámite de la instancia ante el Tribunal y previo concepto fiscal desfavorable a las súplicas de la demanda, decidió aquél el negocio, negando las súplicas de la demanda.

PARA DECIDIR SE CONSIDERA:

Sobre los planteamientos del apoderado hace el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida un completo y acertado estudio que la Sala transcribirá por estar en un todo de acuerdo con él. Dice así el a quo:

"Conforme a doctrina y reiterada jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en los diversos órdenes de la Administración Pública, incluyendo los establecimientos públicos y demás personas administrativas, rige como principio general para las relaciones entre el empleado y el Estado, el derecho público, y el estatuto del servidor público surge de la relación legal y reglamentaria, con las siguientes excepciones: a) Los trabajadores a jornal de las obras públicas; b) Las personas vinculadas a la Administración por contratos especiales, de acuerdo con la ley; c) Los trabajadores de las empresas de economía mixta, a menos de expresa disposición legal en contrario, y d) Los servidores de los establecimientos públicos, cuya actividad no sea base esencial del servicio ni tenga asignadas funciones directivas o técnicas, pues en los establecimientos públicos, como en la administración, en general, la regla corriente es la situación legal y reglamentaria y la excepción la relación contractual, excepción que, como tal, debe ser determinada por la ley.

"Los anteriores principios fluyen claros y nítidos del texto expreso del artículo 5º del Decreto 3135 de diciembre 26 de 1968, aplicable en todos los niveles

de la Administración y no, como lo sostiene la demanda, únicamente en el ámbito nacional.

"A este respecto se hace pertinente la doctrina contenida en sentencia de 30 de julio de 1974 de la honorable Corte Suprema de Justicia que, por su gran valor elucidante de la cuestión planteada en la acusación, se transcribe casi en su integridad.

"El artículo 1º de la Ley 65 de 1967 dice así en lo pertinente:

"De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la vigencia de esta ley, para los efectos siguientes:

"....

"g) Modificar las normas que regulan la clasificación, los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramientos y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos;

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

"El ordinal que limita las facultades al ámbito nacional, es el h) donde se refiere a las escalas de manera que en cuanto a estas dos materias estaba limitado el Presidente de la República por el ámbito nacional, y no podía en cuanto a ellas disponer respecto a lo departamental o municipal.

"El criterio para distinguir entre empleados públicos y trabajadores oficiales se apoya en la naturaleza de la función de la entidad y en la del servicio del trabajador. Se parte de la base de que existen entidades que desarrollan actividades puramente estatales, que no pueden ser materia de actividad particular, como la Policía, el Ejército, la Justicia, etc., donde no se concibe una relación contractual laboral, sino que todos los servicios prestados por las personas vinculadas a esas actividades son empleados públicos y tienen una relación legal y reglamentaria, no contractual.

"En cambio en aquellas actividades que son susceptibles de ejercitarse también por los particulares, no puede hablarse de una relación puramente estatal o gubernamental, sino de una actividad que admite la relación laboral contractual.

"En el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, se estableció como regla general que las relaciones entre la Administración Nacional, Departamental y Municipal y sus servidores no constituían contrato de trabajo, y que solamente resultaba por excepción cuando se trataba de 'la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma'.

"Este criterio fue modificado por el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, donde se estableció que: 'Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales. 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; sin embargo, los estatutos de di-

chas empresas precisarán 'qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'.

'En cambio en la Ley 6ª de 1945 se establecieron las prestaciones de los servidores de la Nación y por razón especialmente de la capacidad económica de las entidades departamentales o municipales, se previó una reglamentación acomodada a la protección de los trabajadores pero sujeta a la capacidad económica de dichas entidades y con miras a la seguridad social por medio de las Cajas de Previsión.

"Es lógico que como lo ordenó el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, el criterio para determinar la naturaleza jurídica de la relación entre las entidades gubernamentales y sus servidores, fuera uniforme para todas en los distintos órdenes, nacional, departamental y municipal. De la misma manera es claro que no podía en materia de prestaciones sociales, aplicar igual criterio para esas distintas instituciones, por razón de sus posibilidades e independencia fiscal, aparte de la autonomía por razón de la descentralización consagrada en la Carta.

"Sería absurdo que un servidor departamental que prestara el mismo servicio que uno nacional, en entidad puramente oficial por su actividad, tuviese una relación distinta, y que pudiera en un caso ser contractual y en el otro legal y reglamentaria.

"También sería absurdo que las prestaciones fueran idénticas en entidades que tienen distintas capacidades económicas o financieras.

"Dentro de estos criterios obró la reforma de 1968.

"El ordinal g) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967, que trata, entre otras cosas de las normas para la clasificación de los empleos, no limitó la facultad al orden nacional, como sí lo hizo el ordinal h) de las remuneraciones y de las prestaciones sociales de los servidores nacionales.

"Dentro de la reforma existen preceptos que se refieren únicamente a los trabajadores nacionales, como los del régimen de prestaciones, pero el artículo 5º citado, no puede limitarse a los empleos nacionales, sino que también cobija a los departamentales o municipales, porque la aplicación de un criterio, el del artículo 5º para lo nacional, y el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 para los departamentales y municipales, conduciría al absurdo. No puede entenderse cómo los servidores de la Administración Nacional sean en los establecimientos públicos, y no lo sean o pueden legalmente no serlo en los establecimientos públicos departamentales o municipales, cuando sus actividades tengan la misma naturaleza aunque en órbita geográfica o nivel político administrativo diferentes.

"De lo anterior se concluye que lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 se aplica tanto a los servidores nacionales como a los departamentales, municipales, intendenciales y comisariales, porque obedece a la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores oficiales, y que solamente lo relativo a remuneración y prestaciones, tienen tratamiento distinto según la entidad con la que se vinculen sea nacional, departamental, municipal, intendencial o comisarial.

"Conviene advertir que la jurisprudencia citada en la sentencia atacada, sobre carácter aclaratorio del Decreto 3135 de 1968, fue modificada en Sala Plena de Casación Laboral de la Corte, en el sentido de que tal precepto es modificatorio de lo dispuesto en los artículos 1º al 4º del Decreto 2127 de 1945".

"La anterior doctrina no solo por provenir de tan alta corporación, llamada a dar el verdadero entendimiento de la normación positiva, sino por su rigor jurídico y conceptual, pone de presente cuán desencaminado, improcedente e ina-

ne resulta el cargo contra la Resolución 002 por falta de aplicación del Decreto 2127 e indebida aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

"Pero es que ni aun dentro de la preceptiva del Decreto 2127 encuentra cabida el cargo, ya que allí se estableció en el artículo 4º, como regla general, que 'las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, departamental o municipal no constituye contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales', y es que desde tiempo atrás nuestro Derecho Público se había enmarcado dentro de la doctrina llamada estatutaria, conforme a la cual la situación del funcionario público se rige por un estatuto legal o reglamentario, o sea unilateral, que permite al Estado reformar en cualquier momento la organización del servicio, según sus necesidades (artículos 62 y 63 de la C. N.).

"Obra a folios 51 a 55 del proceso copia de la Ordenanza 12 de 1970 por la cual la Asamblea, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordinal 6º del artículo 187 de la Constitución, erige en establecimiento público el Hospital Mental de Antioquia, y se atribuye como función de la Junta Directiva la de 'dictar y reformar los estatutos que establezcan el régimen administrativo del Hospital'.

"Con base en la atribución anterior y el ordenamiento del artículo 5º del Decreto legislativo 3135 la Junta procedió, por la Resolución impugnada número 002 de mayo 30 de 1973, a clasificar el personal al servicio de la institución en la siguiente forma:

"Artículo primero. Todos los servidores del Hospital Mental de Antioquia son empleados públicos con excepción del personal que trabaja en los grupos de mantenimiento y aseo como auxiliares de sostenimiento, mecánicos, ayudantes de mecánica, albañiles, soldador, pintor, ayudante de pintura, plomeros, ayudantes de plomería, electricistas, carpinteros, ayudantes de albañilería y asesores, que tienen calidad de trabajadores oficiales. El encargado de la porqueriza también tiene la calidad de trabajador.

"Parágrafo. Los supervisores administrativos o jefes de estos grupos de trabajadores conservan la calidad de empleados públicos".

"La nulidad que de este artículo se solicita es parcial, 'en cuanto que clasifica a los ayudantes de enfermería, auxiliares de cocina, auxiliares de lavandería y choferes, como empleados públicos', que es desde luego, y ello se aprecia de su simple lectura, lo que la disposición no hace, pues allí se omite toda precisión sobre estas actividades, y si las personas que las desempeñan vienen a quedar implícitamente clasificadas como empleados públicos ello obedece al principio general consagrado en el artículo 5º del Decreto 3135, invocado en la motivación de la resolución y reproducido en la parte inicial de la disposición impugnada.

"Lo anterior que acusa grave imprecisión, ambigüedad e inexactitud en el petitum de la demanda suficiente a su insuceso, permite a su vez sacar la siguiente conclusión:

"Clara y terminante es la Ordenanza 12 al establecer en su artículo 8º como función de la Junta Directiva del Hospital la de dictar y reformar los estatutos que establezcan el régimen administrativo del mismo, de donde se desprende la facultad para la clasificación del personal, sin limitación alguna por otras anteriores, pues como se tiene dicho las normas de derecho vigentes, ahora y antes, disponen el ejercicio de estas facultades como funciones constitucionales y legales otorgadas exclusivamente a los órganos del Estado, que concluye y no puede tener limitante por ningún medio convencional, sea individual o colectivo, ni cabe por tanto hablar en este campo de derechos adquiridos".

No obstante ser suficientes las argumentaciones del Tribunal, la Sala desea precisar las suyas así:

La demanda sostiene que la resolución acusada, que clasificó los servidores del Hospital Mental de Antioquia, aplicó indebidamente los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 porque éstos se refieren únicamente a los servidores del orden nacional y los trabajadores departamentales y municipales continúan sujetos al régimen de la Ley 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 de 1945 así como a la ordenación de la Asamblea y de los Concejos. Se apoya la demanda en el artículo 7º del Decreto 1848 de 1969 y en la sentencia de la honorable Corte Suprema de 2 de agosto de 1972, Sala de Casación Laboral, en el juicio ordinario de Beatriz Peralta Conde.

El Tribunal de Antioquia, en sentencia de febrero 27 de 1975, afirma que del Decreto 3135 de 1968, artículo 5º, surge que en todos los niveles de la Administración (nacional, departamental y municipal), rige como principio general para las relaciones del empleado y el estado de derecho público y que el servidor público se haya vinculado, en principio, por una relación legal y reglamentaria con las excepciones determinadas por la ley. Se apoya el a quo en la doctrina de la Corte Suprema contenida en la sentencia de julio 30 de 1974.

El artículo 76, ordinal 10, C. N., establece que corresponde al Congreso por medio de leyes "regular los otros aspectos del servicio público...", esto es los no contemplados en el ordinal 9 (determinar la estructura de la Administración Nacional y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales).

El artículo 187, ordinal 5, C. N. otorga a las Asambleas la función de determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. El artículo 197, ordinal 3, da las mismas atribuciones a los concejos.

Entonces, la estructura de la Administración, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, corresponde fijarlas respectivamente al Congreso, a las asambleas y a los concejos. Los otros aspectos del servicio público es competencia privativa del legislador.

Por lo tanto, la clasificación de los empleos, el establecimiento de distintas categorías de empleos, en todos los niveles de la Administración (nacional, departamental, municipal), es función privativa del legislador.

El artículo 1º, ordinal g), de la Ley 65 de 1967 desarrolla el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional y en él se fundamenta el Decreto legislativo 3135 de 1968, cuando establece que se faculta al Presidente de la República para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, etc., sin restringir o circunscribir tal facultad al ámbito nacional, como sí lo hace en el ordinal h), por ejemplo.

Con base en lo anterior, el Decreto-ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos (vinculados a la Administración con relación legal y reglamentaria) y trabajadores oficiales (con contrato de trabajo) debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal.

En auto de diciembre 13 de 1967, Sección Segunda, Consejero ponente doctor Andrés Holguín, se sostuvo que los servidores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, lo mismo que los de toda otra entidad descentralizada de cualquier nivel son empleados públicos o trabajadores oficiales, según sea su vinculación por nombramiento o por contrato y que su situación jurídica se rige por dis-

posiciones especiales, tales como la Ley 4ª de 1966 y no por el Código Sustantivo del Trabajo. Se basó esta providencia en la Ley 151 de 1959, artículo 1º, en el Decreto legislativo 1732 de 1960, artículo 1º y el Decreto 3135 de 1968 no hizo sino actualizar y aclarar lo que ya estaba ordenado en la Ley 151 de 1959 y en el Decreto 1732 de 1960.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 27 de febrero de 1975.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 11 de marzo de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán.

Alvaro Soto Angel, Secretario

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

CONCEJO DE BUCARAMANGA

ACCION DE NULIDAD. — Es pública y popular porque la puede promover cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a diferencia de la acción de inexequibilidad, que exclusivamente debe ser propuesta por los ciudadanos. — Puede ser ejercida directamente o por medio de abogado. — Otras diferencias con la acción de plena jurisdicción. — Los empleados públicos pueden promover la acción de nulidad y la de inexequibilidad.

Consejo de Estado.—Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Primera.

Sesión del día 28 de enero de mil novecientos setenta y siete. — Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Humberto Mora Osejo.*

Ref.: Expediente número 2573. Actor: Alfonso Marín Morales.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de noviembre pasado, por el cual no admitió la demanda por considerar que el demandante, doctor Alfonso Marín Morales, por encontrarse desempeñando el cargo de Notario Tercero de Bucaramanga, no podía promover acción de nulidad contra el Acuerdo número 009 de 1976, expedido por el Concejo de la misma ciudad.

Los fundamentos del auto recurrido. El Tribunal fundó su decisión, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1º El artículo 66 del C. C. A. permite a toda persona promover la acción de nulidad, sin necesidad de que obre por medio de abogado titulado e inscrito, "pero con las limitaciones previstas en la ley", entre las cuales se cuenta la prescrita por el artículo 39 del Decreto-ley 196 de 1971, "que prohibe el ejercicio de la abogacía a los empleados públicos".

2º Solo por excepción se puede litigar en causa propia sin ser abogado titulado e inscrito, mas no si se es empleado público "promoviendo acciones públicas o privadas". Y si la Corte consideró que los empleados públicos pueden ejercer la acción de inexequibilidad, ello se debe, como expresó, a que no se propone "como consecuencia de una controversia", ni el memorial en que se instaura "tiene las características de una demanda, que es la petición con que se inicia un juicio y el juicio presupone controversia, debate que solamente puede ventilarse entre partes", como sí sucede con la acción de nulidad consagrada por los artículos 66, 200, 201 y 207 del C. C. A.

3º Como el actor es Notario Tercero de Bucaramanga a quien, como funcionario público le está prohibido el ejercicio de la abogacía, de conformidad con los artículos 1º y 10 del Decreto-ley 960 de 1970 y 39 del Decreto-ley 196 de 1971, "ha de concluirse que está impedido para defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares mientras mantenga la investidura de servidor del Estado".

Los fundamentos del recurso de apelación. El doctor Alfonso Marín Morales sustentó el recurso de apelación, en síntesis, con los siguientes argumentos:

1º El artículo 66 del C. C. A. permite promover la acción de nulidad a todas las personas que son, según el artículo 74 del C. C., "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Por consiguiente, entendido el invocado precepto en su sentido natural y obvio, como prescribe el artículo 28 del C. C., permite, no solo a los ciudadanos, sino a todas las personas, promover la acción de nulidad, como un derecho público, que "constituye la mejor garantía de nuestro sistema democrático".

2º El artículo 39 del Decreto-ley 196 de 1971 prohibe el ejercicio de la abogacía a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, "aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo"; pero al promover la acción de nulidad no implica ejercicio de la abogacía, entendido como una actividad tendiente a derivar "provecho propio o ajeno", porque no origina un litigio.

3º El Tribunal, a fuer de aplicar el estatuto sobre ejercicio de la abogacía, afirmó que ningún empleado público, sea o no abogado, puede promover la acción de nulidad, no obstante que la Constitución permite incoar la de inexequibilidad a cualquier ciudadano, sea o no empleado público, y la ley, con más amplitud y sin excepción, la de nulidad a todas las personas.

4º Según el artículo 118 del Decreto 1260 de 1970, los notarios, entre sus funciones, deben llevar el registro del estado civil y, de conformidad con el artículo 86 ibidem, velar "por el cumplimiento de sus prescripciones", cuya observancia pretende con la acción de nulidad que promovió contra el Acuerdo número 009 de 1976 del Concejo de Bucaramanga. Por consiguiente, habría obrado así "en función de su cargo".

Las consideraciones de la Sala. La Sala procede a resolver el recurso de apelación mediante las siguientes consideraciones:

1ª El artículo 66 del C. C. A. prescribe que "toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones", que instituyen y desarrollan específicamente el principio de la jerarquía normativa. Por consiguiente, esta acción, que el mismo precepto denomina de nulidad, como ha expresado la Sala, es pública y popular porque la puede promover cualquiera persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a diferencia de la acción de inexequibilidad, que exclusivamente debe ser propuesta por los ciudadanos (artículos 14 y 214 de la Constitución; 14, 16 y 23 del Decreto 432 de 1969; Corte Suprema de Justicia, auto de la Sala Constitucional del 5 de agosto de 1969, Foro Colombiano, número 4, páginas 491 y 492).

2ª La diferencia sustancial entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 21 de agosto de 1972, consiste en que mientras ésta origina una controversia litigiosa, tendiente a hacer valer pretensiones, en principio contrapuestas, aquélla inicia la controversia o debate jurisdiccional, no litigioso, con el fin exclusivo de hacer prevalecer el orden jurídico, mediante la verificación de si el acto o los actos administrativos cuestionados son o no contrarios, en todo o en parte, a las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. De ahí que, mientras la acción de plena jurisdicción deba incoarse por quien tenga interés procesal y mediante abogado titulado e inscrito, la de nulidad, de la cual es titular cualquier persona, puede proponerse directamente o mediante abogado titulado e inscrito. Por consiguiente, este régimen de la acción de nulidad atañe tanto *a sustitulari-*

dad, que corresponde *a toda persona, sin excepción alguna,* como *a la posibilidad de su ejercicio, directamente o por medio de abogado, también sin ninguna excepción.*

3ª El artículo 28 del Decreto-ley 196 de 1971 señala, entre los casos en los cuales es permitido actuar sin ser abogado titulado e inscrito, "las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes". Este precepto reitera, como es fácilmente comprensible lo prescrito por el artículo 66 del C. C. A. *en relación con el ejercicio de la acción* de nulidad, de la cual *es titular toda persona.*

4ª Es cierto que el artículo 39 del Decreto-ley 196 de 1971 prohibe ejercer la abogacía a los empleados públicos y que el artículo 10 del Decreto-ley 960 de 1970 lo hace específicamente para los notarios. Pero, por una parte, si la ley permite promover la acción de nulidad a cualquier persona, sea o no abogado, ello significa que, por definición, el hacerlo no implica ejercicio de la abogacía sino exclusión del mismo, salvo si se obra no directamente, sino mediante apoderado, o en representación, directa y explícita o indirecta e implícita de alguien, caso éste en el cual se presenta el fenómeno jurídico de la representación procesal, pero no en el primero; por otra parte, si los artículos 66 del C. C. A. y 28 del Decreto-ley 196 de 1971 permiten intentar la acción de nulidad a todas las personas, ello no significa, como parece haberlo entendido el Tribunal, *que habilitan como abogados a las que no lo son, sino que les permiten actuar, como titulares de la acción,* sin representación procesal, porque con ella se pretende, no hacer valer en juicio pretensiones subjetivas o particulares, sino asegurar la vigencia del orden jurídico. Además, nada obsta para que los empleados públicos promuevan la acción de nulidad, con el alcance y la finalidad indicados, como con nada empece, según sostuvo la Corte, para que puedan intentar, como ciudadanos, la de inexequibilidad. (Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala Plena proferida el 19 de noviembre de 1969, Foro Colombiano número 6, páginas 673 a 675).

5ª En el caso sub júdice, la acción fue promovida por el doctor Alfonso Marín Morales, quien desempeña el cargo de Notario Tercero de Bucaramanga, con el objeto de que se declare la nulidad del Acuerdo número 009 de 1976, expedido por el Concejo de la misma ciudad, que versa sobre cremación de cadáveres. La Sala encuentra que el demandante actuó con fundamento en el artículo 66 del C. C. A., mas no, como afirma en uno de los argumentos que aduce para sustentar el recurso de apelación, en ejercicio de sus funciones de Notario, porque promovió la acción de nulidad y porque el artículo 86 del Decreto-ley 1260 solo le prescribe un deber administrativo de vigilancia sobre los empleados de los cementerios, encargados de llevar el registro de las inhumaciones, para que cumplan las prescripciones ahí mismo señaladas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *revoca* el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga el 9 de noviembre pasado y en su lugar *admite la demanda y,* en consecuencia, dispone que el Tribunal cumpla lo siguiente:

1º Notifíquese personalmente al señor Fiscal del Tribunal.

2º Fíjese en lista por el término legal.

3º Comuníquese la admisión de la demanda al señor Alcalde Municipal de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL DE GARAGOA

EXPROPIACION DE PREDIOS URBANOS. — Los concejos de los municipios a que se refiere la Ley 1ª de 1943, artículos 1º y 2º y el Decreto legislativo 237 de 1967, artículo 1º, y con las finalidades allí previstas, pueden declarar de utilidad pública o de interés social un fundo para ser expropiado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 22 de abril de mil novecientos setenta y siete. — Bogotá, D. E., veinticinco de abril de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Humberto Mora Osejo.*

Ref.: Expediente número 2521. Actor: Jesús María Daza Bernal.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por el señor Fiscal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 9 de agosto de 1976, por al cual se declaró la nulidad del Acuerdo número 05 de 1975, expedido por el Concejo Municipal de Garagoa.

El acto cuestionado. El Concejo Municipal de Garagoa, mediante el mencionado acuerdo, por el artículo 1º, dispuso:

"Con el fin de proseguir y terminar la apertura de la vía pública Avenida Quince (Av. 15) de esta ciudad, declárase de utilidad pública una zona de ciento sesenta y nueve (169) metros, de longitud, con ancho mínimo de 16 metros, para la calzada, más lo necesario para terraplenes, todo de conformidad con los planos levantados por el Fondo de Vías del Departamento, del terreno de propiedad de Jesús María Daza Bernal, ubicado en la vereda de Resguardo Abajo de este Municipio, denominado 'Los Pinos' así matriculado al tomo 45, partida y página 96 del libro de Garagoa, que adquirió por compra por cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) a Samuel Barreto y Esther Jiménez de Cubides, como consta en la escritura número 664 del 12 de junio de 1973 de la Notaría de Garagoa, registrada aquí el 17 de septiembre del mismo año en la página 21 del tomo 3º del libro 1º, partida 1189. En el Catastro es el predio número 00-8-024-163 con área de 2 hectáreas, 7.000 metros, avaluado en cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) y alindado así: por el pie desde un mojón al pie de una sauza, en recta a otro a la orilla de la quebrada de El Tejar, sigue por ésta hasta otro mojón en su orilla y al pie de un guamo cruza la quebrada y sigue en recta a otro mojón en la orilla de la carretera que sale hacia Guateque al pie de un drago pequeño y linda con de Juan de Jesús Moreno, Ignacio Campos, Ceferino Cabezas; otro costado vuelve por la orilla de la carretera hasta donde desemboca el antiguo camino de herradura hacia Tenza, en donde hay otro mojón al pie de un drago pequeño, linda por el camino; por el otro costado baja el anterior a otro mojón en la orilla de la quebrada antes ci-

tada y al pie de un pomarroso, cruza la quebrada y vuelve un poquito hacia arriba a otro mojón también en la orilla de la quebrada y frente a un caragay y de éste baja al punto de partida y encierra, linda con Epaminondas Daza, Marcos Vera, Juan de Jesús Moreno".

El artículo 2º facultó al Personero Municipal para promover el correspondiente juicio de expropiación y para pedir la entrega anticipada del fundo "para así poder proseguir inmediatamente los trabajos de apertura de nueva vía pública municipal denominada Avenida Quince (15)". (F. 2 V. C. número 1); el artículo 3º dispuso que los gastos pertinentes, de la indemnización y del juicio, serán pagados por el Municipio de Garagoa y el 4º que el acuerdo rige desde su sanción.

Los fundamentos de la sentencia del Tribunal. El Tribunal accedió a declarar la nulidad del indicado acuerdo porque estimó, sustancialmente, que es violatorio de los artículos 1º de la Ley 4ª de 1943; 1º del Decreto 237 de 1957 y 30 de la Constitución, invocados por el actor como violados, a causa de que declaró de utilidad pública y dispuso adelantar el juicio de expropiación de un fundo rural, no obstante que las disposiciones legales mencionadas solo facultan para expropiar predios urbanos.

La vista fiscal. El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado conceptúa que es preciso proferir sentencia inhibitoria, porque se trata de acción de plena jurisdicción que, cuando se propuso, ya había caducado.

Las consideraciones de la Sala. Cumplida la tramitación de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad del juicio, la Sala procede a decidir el recurso de apelación mediante las siguientes consideraciones:

1ª *La acción.* Como expone el señor Fiscal Primero, el acto cuestionado, en cuanto declaró de utilidad pública parte del predio de propiedad del señor Jesús María Daza Bernal y facultó al Personero de Garagoa para promover el juicio de expropiación, creó para éste una situación jurídica particular. De este modo, según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, como la declaratoria de nulidad del acto implica el reconocimiento de la pretensión del actor, se trata de acción de plena jurisdicción que debió proponerse dentro del término de cuatro meses. El señor Fiscal Primero considera que, cuando se promovió, ya había caducado. Pero la Sala verifica que, aunque el artículo 4º del acuerdo impugnado dispuso que rige desde su sanción (F. 3 C. número 1), la que se efectuó el 28 de mayo de 1975, debió ser notificado personalmente al interesado, como dispone el artículo 10 del Decreto-ley 2733 de 1959, lo que no sucedió, por lo que ha de tenerse como fecha en la cual se dio por notificado el acto la de la presentación de la demanda, el 24 de octubre de 1976 (F. 11-v C. número 1). Por consiguiente, es preciso decidir el recurso de apelación mediante providencia de mérito.

2ª *El caso sub júdice.* El artículo 1º de la Ley 1ª de 1943, dispone que "son motivos de utilidad pública e interés social para decretar la expropiación de predios urbanos, fuera de los determinados en las leyes vigentes, las obras de ornato, embellecimiento, seguridad, saneamiento, construcción, reconstrucción o modernización de barrios, apertura o ampliación de calles, edificios para mercados, plazas, parques y jardines públicos en las ciudades capitales de departamentos y en aquellas otras cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes". El artículo 2º de la misma Ley agrega que "para los efectos del artículo anterior, podrán los expresados municipios decretar la expropiación de los bienes raíces que requieran para las obras allí indicadas, entendiéndose de utilidad pública o interés social la expropiación de toda el área general de la cual haga parte la porción en que haya de ejecutarse la respectiva obra". El artículo 1º del Decreto legislativo 237 de 1957 hizo extensivas las facultades de la Ley 1ª de 1943 a los municipios "cuyo presupuesto sea o exceda de $ 300.000.00".

De manera que, según las disposiciones transcritas, los concejos de los municipios a que se refieren, pueden declarar de utilidad pública o de interés social un fundo, entre otras finalidades, para "apertura y ampliación de calles", hasta comprender "toda el área general de la cual haga parte la porción en que haya de ejecutarse la respectiva obra".

En el caso sub júdice, el Municipio de Garagoa, cuyo presupuesto de rentas y gastos es superior a $ 300.000.00, puede ejercer la indicada atribución legal, como lo hizo al declarar, para el acuerdo impugnado, de utilidad pública "una zona de ciento sesenta y nueve (169) metros de longitud, con ancho mínimo de 16 metros" del predio de propiedad del señor Jesús María Daza Bernal "con el fin de proseguir y terminar la apertura de la vía pública Avenida Quince (Av. 15)" de la ciudad de Garagoa.

No obsta para la procedencia de la decisión adoptada por el Concejo Municipal de Garagoa que el predio no se encuentre en el perímetro urbano de la ciudad del mismo nombre, sino en zona rural, como reza el enunciado del acuerdo número 05 de 1975, porque se trata, por una parte, de terreno contiguo a aquélla y, por otra, de cumplir con una de las finalidades, la apertura de una calle, prescrita por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943, la cual, por su misma índole, puede comprender terrenos situados fuera del perímetro urbano. De lo contrario, en muchos casos, en la mayoría de ellos, sería imposible cumplir la finalidad del mencionado precepto, que inequívocamente consiste en favorecer la ampliación y mejoramiento de las ciudades, entre las cuales están comprendidas las de muy alto índice de crecimiento, como la capital de la República y varias de los departamentos.

Además, el artículo 9º de la Ley 38 de 1918, que prevalecientemente comprende la posibilidad de expropiar predios rurales, corrobora lo expuesto, porque dispone que "las disposiciones contenidas en los artículos 13 a 27 de la Ley 35 de 1915 serán aplicables en cuanto se trate de expropiaciones para construcción de todas las vías públicas de comunicación, sean nacionales, departamentales o municipales, y ya se trate de construcciones directas, delegadas o por contrato de ejecución".

Por lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida el 9 de agosto pasado por el Tribunal Administrativo de Boyacá y, en su lugar, *deniega* las peticiones de la demanda. En consecuencia, levanta la suspensión provisional del Acuerdo número 05 de 1975, expedido por el Concejo Municipal de Garagoa.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen, previa ejecutoria.

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL DE CUCUTA

IMPUESTOS. — Prohibición del doble gravamen contenida en el artículo 171, ord. 9º del C. de R. P. y M. — Elementos del concepto de impuesto, contribución o gravamen. — Impuesto al alojamiento en hoteles y similares.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Sesión del día 6 de mayo de 1977. — Bogotá, D. E., mayo doce (12) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente, doctor *Carlos Galindo Pinilla.*

Referencia: 2497. Actor: Humberto Espinel Espinosa.

En grado de apelación se revisa la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander del Norte por virtud de la cual se decretó la nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 40 de 1975 expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta.

La norma, cuya nulidad se declaró en la sentencia, es del siguiente tenor:

"Artículo 6º Toda persona que se hospede en los hoteles, moteles, residencias, hosterías y pensiones de la ciudad, deberá cancelar al momento de abandonar el establecimiento, una tasa, por cada día de permanencia, de acuerdo con la siguiente escala:

Moteles, hoteles, residencias, hosterías y pensiones, de:

Categoría A ... $	15.00
Categoría B ...	10.00
Categoría C ...	5.00

Parágrafo. El señor Alcalde Municipal, previo concepto de la Junta Directiva de la corporación, reglamentará el funcionamiento de esta tasa, indicando la clasificación de los hoteles, moteles, residencias, hosterías, pensiones y similares, de la ciudad, el sistema de entrega de la misma y el recaudo de su producido y las multas y demás sanciones a las personas y establecimientos infractores de lo dispuesto por este artículo y su reglamentación".

LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO RECURRIDO

A juicio del Tribunal la disposición acusada viola "prima facie" el artículo 171 número 9 del C. R. P. y M., porque "repite con los mismos perfiles tributarios un gravamen ya establecido por normas de carácter nacional, lo que está expresamente prohibido en el texto del artículo 171-9 del C. R. P. y M., razón por la cual el Concejo Municipal de Cúcuta no podía gravar nuevamente ese servicio". Más adelante agrega:

"De lo dicho se infiere, como es obvio, que es inadmisible la sutil distinción que pretende hacer el Abogado del Municipio, doctor Alvaro Villamizar Suárez, entre gravámenes de 'objetos' y de 'actividades', no solo porque éstas en gran número de casos recaen sobre aquéllos, sino también porque los impuestos establecidos tanto en el mencionado Decreto 272 de 1957, como en el Acuerdo número 40 del Concejo de Cúcuta, no son a cargo de los establecimientos encargados de recaudarlos, sino de los particulares, y recaen directamente sobre objetos o cosas materiales, como son las piezas que los pasajeros utilizan temporalmente y los alimentos que se les suministran.

"Resulta, por consiguiente, ostensible la viciación, mediante el acto acusado, de una de las normas invocadas por el actor, como es el numeral 9º del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, en que se prohibe a los concejos gravar objetos ya gravados por la Nación o por el Departamento.

"Como el doctor Villamizar Suárez también sostiene que el Decreto legislativo 272 de 1957 no tiene vigencia legal, por cuanto la Empresa Colombiana de Turismo, S. A., se encuentra en estado de liquidación y disolución y fue sustituida por la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, no está por demás advertir que en la Ley 60 de 1968, ni en el Decreto 2700 de 1968, mediante el cual se creó tal Corporación como empresa industrial y comercial del Estado, no se dispuso la liquidación de la sociedad anónima denominada 'Empresa Colombiana de Turismo', ni en parte alguna se dijo que la una sustituía a la otra. Lo que sí se otorgó a la Corporación, mediante el artículo 16 del Decreto 2700 anteriormente citado, fue la facultad de contratar con la Empresa Colombiana de Turismo, S. A., la administración de los negocios y activos de esta compañía".

2º De otro lado, acusa el querellante la violación del parágrafo de la norma impugnada al artículo 21 de la Ley 60 de 1968, cuando expresa, que al facultar el Concejo Municipal al Alcalde para que indique la clasificación de los hoteles y similares le está sustrayendo una atribución privativa de la Corporación Nacional de Turismo, según el contenido de este precepto.

En realidad, el artículo 21 precitado reza:

"Corresponde a la Corporación Nacional de Turismo de Colombia en relación con hoteles, restaurantes, bares y similares, agencias de viajes, empresas transportadoras exclusivamente turísticas y, en general, con todas aquellas entidades que presten servicios al turismo:

a) Clasificación para todos los efectos legales;

b) Otorgarles las respectivas licencias de funcionamiento;

c) Reglamentar su operación;

d) Vigilar su funcionamiento;

e) Señalar las tarifas de sus servicios en coordinación con el Instituto Nacional del Transporte, cuando se trate de transporte exclusivamente turístico;

f) Aplicar las sanciones a que haya lugar por violación de las normas que regulan el ejercicio de su actividad y, en el caso de multas, iniciar ante las autoridades competentes las respectivas sanciones por jurisdicción coactiva para el cobro de las mismas.

"Parágrafo. La Corporación podrá delegar las funciones previstas en los literales b) y d) en otros organismos oficiales del orden nacional, departamental o municipal".

A primera vista, sin necesidad de recurrir a razonamientos y disquisiciones de fondo, se observa la violación manifiesta a la norma transcrita por parte de la que se dice violadora. En efecto: "las funciones que en la norma legal se establecen no dan margen para pensar que ellas sean del resorte de los alcaldes, sino exclusivamente de la Corporación Nacional de Turismo. Lo contrario, como se hizo en la regla cuestionada, constituye una desviación de poder que choca con el principio de la jerarquía del ordenamiento jurídico preestablecido".

LAS RAZONES DEL RECURRENTE

El Municipio de Cúcuta, constituido en parte impugnadora, interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve y lo sustenta en dos razones principales:

1ª Que el gravamen nacional es de cargo del establecimiento de comercio denominado hotel y que, en cambio, el que se instituye en el acuerdo acusado es una tasa, contribución o impuesto a cargo del huésped.

2ª Que el impuesto nacional recae sobre un *objeto,* constituido por el establecimiento de hospedaje, en tanto que el municipal recae sobre la actividad de hospedarse.

EL CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL PRIMERO

Al descorrer el traslado legal, dijo:

"De aceptar la argumentación del impugnante, habría que convenir en que, en la misma forma, los municipios estarían facultados para imponer impuestos a la actividad de caminar, de comprar, etc.

"Pero, además del contenido literal del artículo demandado, fácilmente puede verse que lo que se grava no es la inscripción sino 'cada día de permanencia', o sea, el alojamiento. Por otra parte, la inscripción en los hoteles no cuesta nada. El registro es apenas un punto de partida para contabilizar la extensión de la permanencia. Si se gravara la actividad de inscribirse, sería igual el impuesto de quien se aloja en solo (sic) día que de quien se demore un mes, lo cual resulta muy diferente a lo que se pretendió conseguir con la norma acusada.

Todo lo anterior demuestra la poca consistencia de la argumentación del abogado impugnante, por lo cual, en concepto de esta Fiscalía, el fallo recurrido se encuentra ajustado a derecho y por lo mismo debe ser confirmado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La prohibición de gravar objetos ya gravados por la Nación, contenida en el artículo 171, ordinal 9º, persigue una finalidad de orden y de armonía en la tributación pública, como presupuesto de un desarrollo normal de la actividad privada. Se trata, pues, de evitar el caos impositivo con su secuela de inseguridad y desestímulo de la iniciativa de los particulares.

En el concepto de impuesto, contribución o gravamen están implicados, además del beneficiario que es el Estado (Nación, Departamento, Municipio) otros dos elementos, a saber: el sujeto pasivo o sea la persona sobre quien pesa la carga u obligación de pagarlo y el objeto imponible o la materia que da lugar al tributo. Este último elemento ofrece características diversas, pues unas veces lo gravado es un objeto en particular, como determinado inmueble (impuesto predial); otras veces el conjunto de los bienes de una persona (impuesto sobre el patrimonio); en ocasiones, es cierta actividad de las personas como el tránsito (peajes) y en otros casos el rendimiento producido por la actividad humana o, por el capital (impuesto sobre la renta).

Estas brevísimas y elementales consideraciones en torno a la noción del impuesto permiten advertir que la opinión del recurrente sobre lo que ha de entenderse por la expresión "objetos ya gravados", empleada en el artículo 171, ordinal 9º, no es exacta, pues como ya se dijo, el objeto o materia imponible desborda la noción simple de "cosa" para comprender también desde una universalidad de cosas, hasta las actividades de las personas, incluyendo los servicios y los rendimientos que se deriven de éstas y del capital.

El Decreto legislativo 272 de 1957 (artículo 12), y el Decreto reglamentario 2542 de 1957 (artículo 5º), establecen un impuesto nacional que grava el *alojamiento* de las personas en hoteles y establecimientos similares. El objeto gravado es, pues, una actividad bien determinada, el alojamiento u hospedaje que deberá ser recaudado de los usuarios del servicio por la entidad que lo presta y liquidado sobre el valor total de la cuenta de permanencia o consumo con base en una tasa del 5%. Dice el parágrafo del artículo 12, lo siguiente:

> "Parágrafo. Los hoteles estarán obligados a girar mensualmente y en los primeros cinco (5) días siguientes al mes vencido, el producto de este impuesto al Gobierno, y serán responsables del monto total de los gravámenes que *debieran recaudar*" (Decretos legislativos 1957, pág. 739).

La disposición acusada establece un impuesto que grava también la actividad del *hospedaje*, que deben pagar los huéspedes por cada día de permanencia en hoteles, moteles, residencias, hosterías y pensiones de la ciudad de acuerdo con la escala que allí se señala.

De la confrontación de los dos tributos, el nacional y el municipal, resulta perfectamente claro, como lo advierte el "a quo", no solo la identidad del objeto o materia imponible, sino también la del sujeto pasivo del impuesto, lo cual traduce un doble gravamen que es contrario a lo preceptuado en el artículo 171, ordinal 9º del C. R. P. y M.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

En firme esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Humberto Mora Osejo, Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, no asistió; *Alvaro Pérez Vives.*

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL DE IPIALES

ACUERDOS MUNICIPALES. — Control jurisdiccional sobre los acuerdos que se están ejecutando, aunque formalmente, desde el punto de vista de los requisitos legales, no estén completos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 4311. Apelación del auto del Tribunal de Nariño por el cual se decretó la suspensión provisional del Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo de Ipiales. Demandante: Hermes D. Palacios.

El texto del acto demandado es el siguiente:

"Artículo primero. Créanse dos cargos especiales de *Controles Municipales sobre la circulación de vehículos y carga* con destino a la República del Ecuador y con una asignación mensual de ($ 2.000.00) dos mil pesos por persona.

"Artículo segundo. Los nombramientos para los cargos antes mencionados los hará el Ejecutivo Municipal en común acuerdo con el señor Tesorero y dos concejales designados para tal efecto por la respectiva corporación.

"Parágrafo. Las personas antes nombradas serán los encargados de la reglamentación del presente acuerdo.

"Artículo tercero. El tiempo de duración de dichos cargos será de un año, contado a partir de la entrada en vigencia del presupuesto de rentas y gastos del Municipio para el período fiscal de 1975.

"Parágrafo. Los empleados designados para dichos cargos, podrán ser reelegidos habida cuenta de su cabal desempeño y honradez; pero podrán ser removidos del cargo cuando se les demuestre falta de honradez o incumplimiento de sus deberes para el cual se requieren un mínimo de dos declaraciones

"Artículo cuarto. Las funciones concretas y específicas de los cargos en cuestión son las siguientes:

"1ª Llevar, mediante talonarios confeccionados para tal fin, el control sobre la circulación de todos los vehículos que transporten carga con destino al Ecuador.

"2ª Exigir una contribución o peaje, de acuerdo al peso de la carga transportada y a razón de un peso ($ 1.00) por cada cincuenta kilogramos.

"3ª Anotar en los respectivos talonarios el número de la placa del respectivo vehículo, el nombre del conductor, el tipo o calidad de la carga transportada, el lugar de origen y el kilaje total.

"4ª Expedir a cada interesado el respectivo comprobante por el valor de la contribución o peaje recaudado.

"5ª Entregar diariamente el valor del recaudo en las oficinas de la Tesorería Municipal y exigir de ésta el respectivo comprobante para el finiquito de cada mes.

"Artículo quinto. Todo lo recaudado por concepto de la contribución o peaje de que trata el artículo anterior será llevado en cuenta especial en la Tesorería Municipal y su monto será destinado así:

"a) Un cincuenta por ciento (50%) para el fomento de los auxilios o becas municipales para la educación;

"b) El cincuenta por ciento (50%) restante para la construcción y desarrollo de la *Casa del Trabajador de la Cultura y el Deporte.*

"Artículo sexto. Autorízase al Ejecutivo Municipal para que la destinación de que trata el artículo quinto, en su literal b) se haga mediante el sistema de *Administración directa* y con la asesoría del Departamento de Valorización del Municipio.

"Artículo séptimo. El presente Acuerdo rige a partir de su sanción".

El Tribunal decidió así:

"Unicamente se estudiará la norma del artículo 169 del Decreto-ley número 444 de 1967. El resto de normas invocadas por el actor, merecerán un estudio detenido en la sentencia, y no en esta providencia, por cuanto no es pertinente hacerlo, comoquiera que, hay que recurrir a la producción de pruebas para llegar a establecer la violación de que habla la demanda.

"El artículo a que se hace referencia prescribe:

" 'Los Departamentos y Municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta' ".

"Si se compara la norma transcrita con el acuerdo demandado, la violación es ostensible en lo que respecta al numeral 2º del artículo 4º, y como todo el ordenamiento del acto impugnado se refiere a gravar y hacer efectivo por medio de los empleos creados al efecto, el cobro de un impuesto sobre artículos destinados a la exportación para la República del Ecuador, habrá el Tribunal de suspender provisionalmente todo el Acuerdo número 10 de 3 de diciembre de 1974.

"Si bien es cierto que no existe prueba sobre la sanción del Alcalde y su revisión por parte de la Gobernación del Departamento del ameritado acuerdo, según el informe del Alcalde del Municipio de Ipiales, tal acto está produciendo efectos que habrán de suspenderse. Al efecto, el Alcalde de dicho Municipio dice:

" 'La Secretaría del honorable Concejo Municipal no hace constar que haya sido sancionado dicho acuerdo por el Alcalde de esa época ni tampoco aparece que haya sido aprobado por la Gobernación del Departamento. En consecuencia, en mi concepto no es ley del Municipio y espero sus órdenes para suspender de inmediato los cobros de que habla el artículo 4º del nombrado acuerdo' ".

Decretó la suspensión provisional.

Apeló el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito porque aunque está de acuerdo con el fondo de la resolución considera que el acto demandado no puede surtir efectos jurídicos por falta de sanción la que no puede ser reem-

plazada por el certificado del Alcalde en el que consta que el acto se está ejecutando.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El artículo 175 del Código de Régimen Político y Municipal concede a los alcaldes dos días de plazo para sancionar los acuerdos aprobados por los concejos o para devolverlos con observaciones. Este plazo, para algunos municipios fue ampliado a cinco días por la Ley 72 de 1926. La Ley 89 de 1936 en su artículo 3º dispuso que cuando el alcalde se abstenga de sancionar los acuerdos transcurridos los términos señalados por la ley, los sancionará el presidente del concejo.

Es cierto que en el expediente no aparece prueba sobre sanción del acuerdo demandado pero es igualmente cierto que quien debe velar por el cumplimiento de los acuerdos, el alcalde, certifica que el demandado se está cumpliendo. Ese hecho no puede ignorarse y poca eficacia tendría el sistema del control jurisdiccional si los tribunales se abstuvieran de suspender o de anular aquellos actos que se están ejecutando aunque formalmente, desde el punto de vista de los requisitos legales, no estén completos. Ya se expresó esta misma Sección Cuarta en ese sentido a propósito de un acuerdo del Concejo de Cúcuta que se estaba ejecutando sin sanción ni promulgación.

Si hubiera duda sobre el hecho de ejecución del acuerdo podría dictarse una providencia inhibitoria sobre el supuesto teórico de que el acto no existe, pero teniendo la prueba de que existe porque se está cumpliendo en la práctica y proviniendo esa prueba de la persona encargada de hacer cumplir los acuerdos, se incurriría de algún modo en denegación de justicia al no tomar providencia que detenga lo ilegal. Afortundamente, en este caso, la Alcaldesa de Ipiales manifiesta su espontánea voluntad de obedecer lo que decidan los jueces.

Las anteriores consideraciones conducen al Consejo a confirmar la providencia apelada.

En consecuencia el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto de suspensión provisional pronunciado por el Tribunal Administrativo de Nariño respecto del Acuerdo número diez (10) de tres (3) de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), del Concejo de la ciudad de Ipiales.

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

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ALCALDIA MAYOR DEL DISTRITO ESPECIAL
DE BOGOTA

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. — Se suspenden provisionalmente los efectos de la frase "aunque se destinen a territorios distintos de éste", contenida en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 950 de 1975 del Alcalde de Bogotá.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., enero veintisiete (27) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 3913. Actor: Luis Fernando Lloreda. Apelación interlocutorios.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por medio del auto de 7 de junio de 1976 no accedió a decretar la suspensión provisional de los efectos de la frase "aunque se destinen a territorios distintos de éste", contenida en el inciso segundo del artículo 5º del Decreto número 950 del 8 de septiembre de 1975, originario de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

El actor interpuso oportunamente el recurso de apelación contra dicha providencia presentando nuevos argumentos en el memorial por medio del cual lo propuso.

La demanda de nulidad contra la frase anteriormente mencionada fue instaurada por el doctor Luis Fernando Lloreda en acción pública, señalando como violados el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo, los numerales 10 y 11 del artículo 16 del Decreto 3133 de 1968 y los artículos 1º y 17 del Acuerdo número 10 de 1974 del Consejo del Distrito Especial de Bogotá.

El mencionado artículo intenta reglamentar el inciso 2º del artículo 17 del acuerdo que según el actor ha sido violado por haber ido la norma reglamentaria no solamente más allá de lo dispuesto en dicho artículo sino por contrariar expresamente el contenido del mismo, sosteniendo que dicha violación es flagrante y manifiesta, lo que justifica la suspensión provisional.

El Tribunal para negar la suspensión solicitada argumentó así:

"Mientras el Concejo en su acuerdo dice que el gravamen de industria y comercio *podrá* descontarse del promedio mensual respectivo, el decreto del alcalde dispone que dicho gravamen *será* cobrado. O lo que es lo mismo, en tanto que el Concejo da facultad opcional para realizar o no su cobro, el alcalde establece la obligatoriedad de hacerlo efectivo.

"No es, como lo sostiene el accionante, que el acuerdo del Concejo hubiese exonerado del pago del impuesto de industria y comercio, sino que simplemente prescribió que *podría* ser cobrado.

"De tal suerte que la frase 'aunque se destinen a territorios distintos de éste', contenida en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 950 de 1975 no aparece como violatoria de normas superiores, porque esa circunstancia que allí se contempla no tiene origen únicamente en dicho decreto, sino también en el acuerdo mismo, según quedó visto de las transcripciones hechas atrás".

El apelante rebate los argumentos del Tribunal en la siguiente forma:

"La interpretación del Tribunal es abiertamente contraria a la ley y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la medida en que, según el Tribunal, el Concejo de Bogotá podía autorizar al Alcalde mediante el Acuerdo 10 de 1974 para que optara por descontar del promedio mensual de ventas las realizadas para fuera del Distrito. El Concejo no tenía facultades legales para otorgar al Alcalde este poder discrecional ni era su intención hacerlo, ya que en el texto del Acuerdo se facultaba al contribuyente para que descontara del promedio mensual de ventas las realizadas para fuera de Bogotá. Según el auto del Tribunal, el Acuerdo del Concejo prescribió que el impuesto de industria y comercio *'podría ser cobrado'* sobre las ventas efectuadas para fuera de Bogotá, lo cual equivale a decir que el Concejo delegó en el Alcalde la facultad de establecer impuestos, tesis ésta que como ya se vio, no tiene ningún respaldo legal".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

A fin de determinar en forma objetiva si la violación señalada por el actor es flagrante y manifiesta se transcriben a continuación el artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo Distrital de Bogotá, y el artículo 5º del Decreto 950 de 1975, dictado por el Alcalde Mayor del Distrito Especial y que es reglamentario del acuerdo anterior.

Dicen textualmente esos artículos:

"Artículo 17. Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde se ejercen actividades comerciales se tomará como base el promedio mensual de ventas u operaciones brutas realizadas en Bogotá y se ponderará por la tarifa que pertenezca a dicho establecimiento de acuerdo con la establecida en el artículo 16.

"Para los efectos de este artículo podrán descontarse del promedio mensual, las realizadas para territorios distintos del Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con el movimiento de su contabilidad en libros legalmente registrados".

"Artículo 5º Ocurre el fenómeno de la doble tributación, cuando a cargo de un solo sujeto pasivo se determina, dos veces, el mismo impuesto, produciéndose una triple identidad: de unidad de sujeto activo, de sujeto pasivo y de causa o hecho imponible.

"En todos aquellos casos contemplados en los artículos 17 y 18 del Acuerdo 10 de 1974, siempre que no incurra en la figura descrita en el inciso anterior, las ventas que se realicen en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, aunque se destinen a territorios distintos de éste, serán sujetos del gravamen de industria y comercio".

Como la razón que tuvo el Tribunal para negar la suspensión o mejor dicho para entender que no hay violación objetivamente manifiesta de la norma reglamentada, consiste en la interpretación del giro verbal "podrá descontarse" que utiliza el artículo 17 del acuerdo; es valedera la argumentación formulada por el demandante de que esa facultad opcional que entiende el Tribunal como otorgada por el Concejo al Alcalde para imponer o no gravámenes sobre determinada parte de la actividad comercial de los contribuyentes, es abiertamente inconstitucional, pues dicha facultad no es delegable y es de competencia exclusiva de los Concejos Municipales con fundamento en las autorizaciones legales correspondientes. De suerte que dicho giro gramatical no puede en ninguna forma entenderse como una facultad opcional otorgada al ejecutor del régimen impositivo y recaudador del impuesto, porque ello es contrario a la Constitución y a la ley como repetidamente lo ha sostenido el Consejo en oportunidades anteriores.

Habría, pues, que encontrarle el sentido lógico a ese giro facultativo de poder descontar las ventas hechas para territorios distintos del Distrito Especial, el cual surge fácilmente del sistema establecido en el mismo Acuerdo número 10 de 1974 y consagrado en sus artículos 23, 24 y 25, los que a la letra dicen:

> "Artículo 23. Entre el 1º de enero y el 30 de abril de cada año, los contribuyentes gravados con impuesto de industria y comercio deberán presentar por triplicado, ante la División de Impuestos, la declaración escrita y jurada, correspondiente a sus actividades en el año inmediatamente anterior, que contenga las informaciones que dicha dependencia señale en desarrollo del presente Acuerdo".
>
> "Artículo 24. Los contribuyentes sujetos al impuesto de industria y comercio, deberán acompañar con la declaración de que trata el artículo anterior, la liquidación privada del impuesto en los formularios por triplicado que suministre, para tal efecto, la División de Impuestos".
>
> "Artículo 25. El funcionario que reciba la declaración y la liquidación privada, deberá firmar, sellar y enumerar en orden riguroso cada uno de los ejemplares, con anotación de la fecha de recibo y devolverá uno de ellos al contribuyente".

Como se observa el sistema para obtener la información y efectuar la liquidación del impuesto de industria y comercio establecido para el Distrito Especial de Bogotá, es similar al del impuesto de renta y complementarios, por medio del cual el contribuyente formula una declaración correspondiente a sus actividades en el año inmediatamente anterior y elabora una liquidación privada de acuerdo con esos guarismos que servirán de base para que el funcionario correspondiente verifique la veracidad de esos datos y confirme o modifique la liquidación que de su propio impuesto ha hecho el contribuyente.

Se trasladó por lo tanto, en principio, la facultad de fijar la base impositiva al propio contribuyente quien deberá declarar bajo juramento los datos que sirven para su propia liquidación y entonces de allí resulta claramente que la frase empleada en el artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974 de: "podrá descontarse del promedio mensual", no se refiere a una facultad opcional que le da el Concejo al Alcalde para gravar o no determinadas actividades comerciales, lo que es abiertamente inconstitucional e ilegal, sino una atribución al contribuyente para que en el cálculo de la base impositiva que debe hacer en su respectiva declaración pueda descontar del promedio mensual las ventas realizadas dentro del Distrito pero con destino a territorios distintos del mismo.

Entendida, pues, en esa forma, la norma del inciso 2º del artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974, resulta flagrantemente violada al disponer el artículo

5º del Decreto 950 de 1975 que las ventas que se realicen en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, aunque se destinen a territorio distinto de éste, serán objeto del gravamen del impuesto de industria y comercio.

Lo anterior es suficiente para revocar la providencia y decretar la suspensión provisional de la frase acusada, por ser patente objetivamente la violación de la norma reglamentada.

En consecuencia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado y en su lugar se decreta la suspensión provisional de los efectos de la frase "aunque se destinen a territorios distintos de éste", contenida en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto reglamentario número 950 de septiembre 8 de 1975, originario de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Especial.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Revalídese el papel común.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de enero de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

ALCALDE MUNICIPAL DE SAN JERONIMO

ALCALDE. — Jefe de la Administración Municipal. — Poder discrecional. — Potestad de intervenir en todos los campos de la actividad ciudadana que interesen al desarrollo y bienestar del municipio. — Potestad reglamentaria. — Reglamentación del uso de los bienes del municipio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.

Bogotá, D. E., junio cuatro (4) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Alfonso Arango Henao.*

Referencia: expediente 2556.

Se decide la apelación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de 19 de agosto de 1976, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia y que puso fin a la primera instancia dentro del negocio adelantado con motivo de la demanda que en acción de simple nulidad interpuso ante esta corporación el ciudadano Luciano Londoño, quien persigue la anulación del Decreto 026 de noviembre 24 de 1974, dictado por el señor Alcalde del Municipio de San Jerónimo.

El Tribunal, después de un extenso estudio sobre los puntos de la demanda y acogiendo el criterio de su colaborador Fiscal, termina negando las peticiones de la parte actora, determinación con la cual está de acuerdo el señor Agente del Ministerio Público en esta instancia, por la cual solicita la confirmación de la sentencia materia de este recurso.

El expediente da cuenta que el 9 de abril de 1975 el señor Luciano Londoño en ejercicio de la acción pública, solicitó la nulidad del acto relacionado anteriormente, con fundamentos de hecho consistentes en que el Alcalde de San Jerónimo expidió el decreto que se acusa y en que existen en el parque central de ese Municipio unas bancas en las cuales la gente se sienta sobre el espaldar y pone los pies en el sentadero "con el fin de no ensuciar su ropa".

Asi mismo la demanda sostiene que el pronunciamiento del acto impugnado constituye un abuso del poder del Alcalde, quien a la vez, incurrió en desviación de poder, lo cual le llevó a violar los artículos 9º, 193 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), por razones que el actor vio con tanta claridad que le indujeron a solicitar la suspensión provisional del Decreto 026, la misma que fue negada por el Tribunal a quo providencia de 5 de junio de 1975, la cual fue consentida por la actora.

A la demanda se adjuntó una copia al carbón del Decreto 026, en la cual y no a manera de autenticación, solo aparece una firma ilegible en el sitio donde en su original debió haber firmado el Secretario de la Alcaldía que, según lo escri-

to a máquina, era el señor Gonzalo García V. En esa copia se ordenan la publicación del Decreto 026 y su cumplimiento. Pero por parte alguna aparece la constancia de su publicación, ni la de su cumplimiento, ni la autenticación de la copia al carbón de que se viene hablando, por la cual, se ha infringido el contenido de los artículos 86 y 87 del C. C. A., que disponen en su orden: "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos..." y "no se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades...".

Como se ve, por lo dicho, el Tribunal debió abstenerse de dar curso a la demanda del señor Londoño, a quien debió habérsele devuelto para cumplir con el inciso 2º del artículo 87 en cita. Mas si esto no se hizo el Tribunal dio curso a la demanda, hasta agotar el procedimiento, si dictó sentencia y se concedió el recurso que ahora se desata, fue porque evitó a todo trance la sentencia inhibitoria, siguiendo las pautas trazadas por el nuevo Código de P. C., que como es sabido, es aplicable a estos procesos, según mandato del artículo 282 del C. C. A.

Inspirado por estos principios, el Tribunal dejó a un lado cualquier defecto de forma que pudiera conducir a la declaratoria de una excepción y después de estudiar en detalle todos los puntos de la demanda, con mucho acierto, concluye así:

"El artículo 200 del C. de R. P. y M. dispone que 'los bienes que por su función u origen estén destinados a un objeto especial no podrán tener en ningún caso otra aplicación'. Esto significa que si un bien se ha adquirido o fundado por el municipio con destino a un servicio especial, no podrá destinarse a otro empeño ni hacerse de él un uso distinto al que naturalmente le corresponde. Esto significa que si la municipalidad adquiere con destino al uso público, comodidad y ornato del parque o plaza unas bancas, éstas deberán ser usadas conforme a su destino y finalidad, todo en razón de que el servicio público imprime carácter, orden y disciplina.

Dispone el artículo 201 de la Constitución Nacional que "en todo Municipio habrá un Alcalde, que ejercerá las funciones de agente del Gobernador, y que será Jefe de la Administración Municipal, conforme a las normas que la ley señale".

El carácter de Jefe de la Administración que la Constitución asigna al Alcalde, le da una suma de poderes considerable que hace de este funcionario el motor del desarrollo y del bienestar municipal.

Tiene, ante todo, un enorme poder discrecional, que le permite desarrollar actividades que interesan, no simplemente el campo jurídico, sino principalmente a la vida social y económica de la población; por este aspecto no es discutible su potestad de intervenir en todos los campos de la actividad ciudadana que interesan al desarrollo y bienestar del Municipio. Y tiene también la potestad reglamentaria como Jefe de la Administración local. Así lo ponen de manifiesto los terceros incisos de los artículos 239 y 240 del C. de R. P. y M. que dicen: "A los empleados municipales se les puede imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos, los reglamentos del Alcalde respectivo y las órdenes de los superiores. En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores".

Y la doctrina ha dicho: "No solo el Jefe del Estado goza de la potestad reglamentaria, sino que la tiene también todo Jefe Superior administrativo, y especialmente los Ministros, el Contralor General de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y los directores de los servicios autónomos, respecto de los actos cuya ejecución les corresponde y en la medida necesaria para esa ejecución".

No puede quedar, entonces, conforme a lo expuesto la menor duda que podía el señor Alcalde de San Jerónimo reglamentar, como lo hizo, el uso de las bancas puestas en el parque para comodidad y ornato. Ya que es bien claro que se trata de un bien del Municipio, con destino al uso público de los habitantes, y es al Jefe de la Administración a quien le corresponde reglamentar ese uso.

No se trata, pues, de ningún reglamento de policía y, por ello, tampoco se puede predicar de él que sea violatorio de los artículos 9º y 193 del Decreto 1355 de 1970. Tampoco que se haya expedido sin competencia o con abuso o desviación de poder. El señor Alcalde simplemente ejercitó un poder que le corresponde, en cumplimiento de un deber a él atribuido y con miras a un correcto uso de bienes destinados por la municipalidad al mejor bienestar y comodidad de sus habitantes.

Lo dicho es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE:

Confírmase la sentencia materia del recurso.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, dejando constancia que este fallo se discutió y aprobó en sesión del día 3 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

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

Alvaro Escobar H., Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE DE ESTA. Responsabilidad conjunta y responsabilidad personal y exclusiva del agente, sin comprometer a la Nación.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—Bogotá, D. E., veintiocho (28) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Alvaro Orejuela Gómez.*

Ref.: Juicio número 10090. Demandante: Alfonso Forero Andrade y otra. Recurso de súplica.

El apoderado del señor Alfonso Forero y de la señora Aura Garavito de Forero, interpuso recurso de súplica contra el fallo proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 22 de abril de 1976, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 11 de 1975, a fin de que se revoque la mencionada providencia y se acceda a las solicitudes de la demanda, una vez tramitado el correspondiente recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En la sentencia recurrida la Sección Tercera de la corporación negó las peticiones de la demanda formulada por los actores, consistentes en que se declarara a la Nación responsable de las lesiones corporales sufridas por el señor Alfonso Forero Garavito, de manos del agente del F-2 de la Policía Nacional, señor Raúl Cuéllar, lesiones que le afectaron su integridad corporal ocasionándole, finalmente, la muerte y como consecuencia de esa misma declaración, la Nación colombiana debía pagar a los demandantes en su calidad de únicos herederos, el monto total de los perjuicios morales y materiales a ellos causados, actualizando su monto "al valor del poder adquisitivo de nuestra moneda, en la fecha de la sentencia, haciendo los incrementos anuales de sus entradas y que en la indemnización se distingan dos períodos: el de los perjuicios actualmente debidos y el de los futuros, condenando a la Nación, en el primer período, al valor de los intereses corrientes de las sumas debidas".

En un extenso capítulo del libelo el apoderado de los demandantes expone los HECHOS en que fundamenta las súplicas impetradas.

Para no acceder a los pedimentos de los actores, el fallo suplicado sostuvo que el señor Raúl Cuéllar, autor de los hechos, no actuó como Agente del Estado y, por consiguiente, su conducta no puede comprometer a la Nación, por cuanto su responsabilidad es personal.

La jurisprudencia que se considera contrariada por la sentencia recurrida, es la contenida en la providencia del 22 de marzo de 1974, dentro del juicio promovido por el señor Juvenal Quitián Marín: la del 28 de abril de 1967, dentro del

juicio instaurado por el señor William Bendeck Olivella y la del auto del 16 de junio de 1966, en ese mismo proceso.

En relación con el fallo del Consejo de Estado, proferido con fecha 22 de marzo de 1974, el recurrente transcribe los siguientes apartes, para señalar que aquél fue contrariado por la providencia suplicada.

"Es evidente, y así se desprende de los autos, que cuando se sucedió el accidente el Agente de la Policía Nacional, si bien estaba investido del carácter de tal, no se hallaba en ejercicio de sus funciones sino en 'franquicia'. Pero, sin embargo, llevaba consigo una carabina de dotación oficial.

"Se descarta, desde luego, por lo que se deduce del expediente, que el Agente Galeano hubiera tenido la intención de herir al actor. Pero, se pregunta la Sala, ¿cómo podría calificarse el hecho de que Galeano se presentara a una fiesta con una 'carabina' que en ningún caso puede afirmarse que fuera un arma de defensa personal y, además, que su manejo requiere especial cuidado?

"Aparece aquí lo que puede denominarse 'culpa personal' del Agente, en la acepción que le da a dicho vocablo tanto el artículo 63 del Código Civil como el 12 del Código Penal, por cuanto Galeano obró con imprudencia, con descuido, al llevar consigo la carabina de dotación a una reunión social.

"Pero bien puede suceder, como en diversas oportunidades lo ha expuesto esta Sala, que se presente la coexistencia de una culpa personal y una falta o falla del servicio. ¿En qué consiste ésta?

"El reglamento del Servicio de Guarnición para las Fuerzas Armadas, adoptado por Resolución número 8345 de 1968, originaria del Ministerio de Defensa *prohibe* expresamente sacar armas de dotación oficial al personal cuando está éste de franquicia y el Agente Galeano estando en estas condiciones (de franquicia), sacó un arma (carabina) de dotación oficial.

"Sobre el particular, los hermanos Mazeau, en su obra Responsabilidad Civil (tomo III, volumen I, página 15), se expresan así:

" 'Existe coexistencia de una culpa personal y de una falta de servicio en dos casos:

" 'De una parte, cuando dos culpas distintas, cometida la una, personalmente por un Agente de la Administración, e impersonalmente la otra, por el servicio administrativo, han concurrido a la producción del daño. Ocurre así cuando un militar sustrae un vehículo del Ejército gracias a la negligencia con que eran guardados esos vehículos...'.

"No sobra citar, una vez más, como lo ha hecho la Sala en varias oportunidades para sustentar algunos de sus fallos, al profesor José Aguiar Díaz quien en su obra 'Tratado de Responsabilidad Civil' (tomo II, página 223), dice:

" 'Hasta en caso de culpa personal del funcionario, el análisis profundo del hecho llevará a la convicción de la culpa del Estado, que habrá obrado mal, por lo menos, por vía de la circunstancia de haber puesto al Agente en contacto con la víctima, así como proporcionando a aquél la oportunidad y tal vez los medios de perjudicarla'.

"Pero podría argüirse que Galeano sacó la carabina 'con permiso' de su superior ¿Esto exime de responsabilidad a la Administración? Ciertamente no por cuanto un Agente de ésta violó claramente el reglamento y

es por tanto perfectamente aplicable al presente caso lo que Aguiar Díaz dice en el párrafo antes transcrito.

"En otras palabras, la violación del reglamento de Guarnición para las Fuerzas Armadas por parte de Galeano y de su superior inmediato debe calificarse como una falla del servicio.

"Lo dicho hasta aquí es suficiente para concluir que en el caso sub lite se presenta la 'coexistencia de una culpa personal y una falla del servicio'; ¿qué sucede entonces?

"Se trata de un caso de responsabilidad conjunta, vale decir, de responsabilidad de la Administración y responsabilidad del Agente de ésta. En tales circunstancias el actor podía demandar a aquélla o a su Agente. Optó por demandar a la Administración la cual, se dice nuevamente, es responsable por una 'falla del servicio', lo cual no quiere decir que ésta no pueda repetir contra su Agente por la cantidad a que fuere condenada.

"Probados como están los tres presupuestos que se requieren para proferir sentencia condenatoria, resta tan solo calcular el quantum de la indemnización".

Como se ve, el apoderado de los actores considera que así como la Sala en el fallo precedente, accedió a las peticiones de la demanda, por el hecho de que el Agente de la Policía Nacional, si bien no se hallaba en el ejercicio de sus funciones sino en franquicia, llevaba consigo en el momento del accidente una carabina de dotación oficial, de la misma manera el ex Agente Cuéllar, en el caso de autos "se dedicó a las libaciones durante más de 24 horas seguidas y bailaba solo en la zona de tolerancia con el revólver de dotación oficial en su poder", sin que sus superiores desconocieran de que éste no había concurrido a laborar normalmente, por lo cual también se quebrantó la jurisprudencia al denegarse las peticiones de la demanda.

Sin embargo, esta corporación observa que en el fallo suplicado, según la Sección Tercera, se configuró, de acuerdo con las pruebas que obran en autos, la responsabilidad personal y exclusiva del Agente del F-2, señor Raúl Cuéllar, la cual no comprometía a la Nación y, en cambio, en el juicio del señor Juvenal Quitián Marín, antes transcrito, se estableció la existencia de una culpa personal y una falla del servicio, sin que esta última se hubiese acreditado en el asunto materia de la actual controversia.

Por esta circunstancia no considera la Sala que haya cambio de jurisprudencia en relación con el fallo pronunciado por la Sección Tercera con fecha 22 de marzo de 1974, pues se trata de dos casos completamente diferentes.

De otro lado, sostiene el recurrente que no puede establecerse que los demandantes solamente podían iniciar el presente juicio administrativo contra la Nación, si no hubieran aparecido como parte civil dentro del proceso penal seguido contra el ex Agente Cuéllar, como "parece sugerirlo el fallo". En este aspecto, agrega, se quebranta la jurisprudencia del Consejo de Estado, al tener como únicas pruebas válidas las que obran en las copias allegadas al proceso penal seguido contra el ex Agente Cuéllar, pues la no aparición de medios probatorios distintos, es el desconocimiento de una realidad procesal, razón por la cual no ha debido expresarse que a las sentencias dictadas por la Justicia Penal ordinaria —de las que resultó la responsabilidad personal del sindicado—, se debía atener la corporación para el fallo correspondiente, ya que con ello se modifica la doctrina expuesta en la sentencia del 28 de abril de 1967 y en el auto del 16 de junio de 1966, proferidos dentro del juicio instaurado por el señor William Bendeck Olivella, en los que se sostiene que no hay necesidad de supeditar el juicio contencioso-administrativo a lo que se haya decidido en el litigio penal.

No estima la corporación que en la providencia recurrida se haya subordinado la decisión correspondiente de la Sección Tercera, a las pruebas remitidas del proceso penal, sino que además de éstas se tuvieron en cuenta todas las probanzas que figuran en el expediente contencioso-administrativo, de lo cual resulta que dicha Sección no solo no ha contrariado la jurisprudencia aducida por el apoderado de los demandantes, sino que ha procedido en consonancia con esa misma doctrina.

De lo anterior se desprende que por el aspecto analizado, tampoco se ha acogido doctrina distinta a la que ha venido rigiendo en esta clase de juicios, por parte de la corporación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No prospera el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de los demandantes, en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en sesión celebrada el diez y nueve (19) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977).

Miguel Lleras Pizarro, Alvaro Orejuela Gómez, Oswaldo Abello Noguera, no votó; *Alfonso Arango Henao,* no asistió; *Nemesio Camacho Rodríguez, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Bernardo Ortiz Amaya, Marco A. Piñeros, Carlos Aníbal Restrepo S., Alvaro Pérez Vives, Carlos Portocarrero M.,* no votó; *Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango,* no votó; *Rafael Tafur Herrán.*

Alvaro Escobar Enríquez, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

IDEMA. — Naturaleza jurídica. — Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera

Bogotá, D. E., marzo diez y siete de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Valencia Arango.*

Ref.: Expediente número 1415. Actora: Rita Porto de Arévalo.

La señora Rita Porto de Arévalo, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Sonia, Gilda y Germán Arévalo Porto, demandó, por medio de apoderado, al Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, a efecto de que, previos los trámites legales, se le declare responsable de los hechos y omisiones que condujeron a la interrupción inoportuna del tratamiento a que estaba sometido el empleado, señor Eduardo Arévalo Amador, y de la actuación del Visitador, señor Enrique Angel, en la visita a la Planta de Gamarra, actuación que, unida a la interrupción del tratamiento médico, ocasionó el desequilibrio y muerte trágicos del Director encargado, señor Arévalo Amador y, además, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se lo declare responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes y se lo condene a pagarles en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil.

Como hechos, expresó los siguientes:

"1º El señor Eduardo Arévalo Amador fue funcionario del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, con una sola interrupción de un lapso aproximado de 2 años, por un período de más de quince (15) años que concluyó con su muerte.

"2º Durante este tiempo, el señor Arévalo residió como funcionario del IDEMA, en las ciudades de Tunja, Pasto, Codazzi, Fundación, Gamarra, ... y otras.

"3º Estando en Fundación, desempeñando el cargo de Director de Planta, sufrió, el día 4 de octubre de 1968, un accidente de trabajo cuando se dirigía a Santa Marta a hablar por teléfono con las oficinas centrales de Bogotá, al ser estrellado su vehículo por un bus de línea, choque que le ocasionó fractura de la mandíbula, con secuelas que fueron determinadas posteriormente por los médicos y odontólogos que lo trataron.

"4º La fractura de la mandíbula hacía necesario un largo tratamiento para la rehabilitación del paciente, que debía prolongarse por varios meses.

"5º Estando todavía en tratamiento, fue designado por el IDEMA, en su calidad de Director en disponibilidad, como Director encargado en comisión, de la planta de silos de Gamarra.

"6º El IDEMA tenía conocimiento de que el señor Arévalo se encontraba aún en tratamiento de rehabilitación oral, con el doctor Eduardo Archique, cuando se le designó en esa comisión, que inicialmente fue de quince días, pero que se prolongó por haberse descuidado su reintegro a Bogotá, lo cual le impidió continuar su tratamiento.

"7º Las condiciones físicas en que el señor Arévalo se encontraba, debido al accidente, eran muy precarias, por cuanto no podía comer con facilidad ante otras personas, lo cual le ocasionaba una visible depresión.

"8º El 15 de septiembre de 1969, el IDEMA envió a Gamarra dos visitadores, los señores Enrique Angel y Roberto Trejos Gironza, y días después al señor Leonel Torres, quien demoró solamente unos pocoas días.

"9º La actitud de los visitadores, en especial la del señor Enrique Angel, quien se dedicó a crear al Director encargado, señor Arévalo, una serie de grandes problemas extralimitándose en sus funciones, colocó al señor Arévalo en una situación de grave desesperación, ya que le fueron imputados por él desfalcos inexistentes y faltantes de elementos, así como la mala dirección de la oficina, además de que colocaron a todo el personal en una desagradable situación de tensión, por sus amenazas y procedimientos incorrectos.

"El señor Angel acusó al señor Arévalo de un faltante de cuatrocientos mil pesos, lo que se estableció que se debía a que al efectuar una conciliación bancaria, dicho señor Angel omitió sumar una columna del extracto. Le acusó de gastar demasiado en agua, como una forma de distraer fondos, y de pagar innecesariamente horas extras, así como otros cargos todos los cuales se establecerán en el proceso.

"10. El señor Angel fue destituido de su cargo de visitador.

"11. La situación se hizo tan ostensible, que el señor Arévalo, quien se encontraba, como queda relacionado, en grave situación psicológica por las consecuencias de su anterior accidente, al sufrir el impacto de la actitud de la visita, las presiones, amenazas y acusaciones injustas, perdió su equilibrio y el día 3 de octubre se quitó la vida en las instalaciones de la planta.

"12. De este hecho y de las razones de él, tuvieron conocimiento varios empleados del IDEMA.

"13. La situación de injusticia se hizo tan patente, que luego de unas publicaciones erróneas de algunos diarios, el entonces Gerente del IDEMA, doctor Eduardo Góez, dirigió a los familiares del extinto una carta en la cual ratificaba ampliamente la confianza del Instituto en el empleado fallecido. Y así mismo los funcionarios de la Agencia número 1 de Bogotá, y de la Planta de Silos de Fontibón dirigieron una carta en la cual expresaban su alarma 'por la reciente tragedia ocurrida en la Planta de Silos de Gamarra, como consecuencia de la visita administrativa que allí se efectuaba. Nuestra preocupación radica ante todo, en el hecho de que algunos visitadores administrativos del Instituto no tienen el sentido de responsabilidad ni elementales normas de conducta y respeto hacia el funcionario visitado'.

"14. Quedó ampliamente establecido ante el Instituto, que la actuación de la visita en forma que extralimitaba culpablemente sus funciones, y con parcialización muy grave en contra del Director y demás empleados de la oficina, produjo, dada la anterior situación psicológica del señor Arévalo, que a su vez había sido

causada por el grave accidente de trabajo sufrido con anterioridad, un impacto de tal naturaleza que ocasionó su autoeliminación.

"15. Del hecho de los empleados del Instituto, visitadores, que perjudica en forma tal una persona así como del descuido que impidió la continuación del tratamiento, debe responder la entidad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo... y concordantes del C. C.

"16. El señor Arévalo fue un excelente empleado, eficaz y cumplidor de sus deberes, durante todo el tiempo en que desempeñó cargos en el Instituto.

"Durante su vida fue un excelente esposo y padre de familia, que atendió siempre a sus deberes en la forma más estricta y cuidadosa. En su hogar fue siempre un cumplido caballero, un hombre cordial y de magnífico trato.

"17. El señor Arévalo nunca se había separado de su señora, pues la familia iba con él dondequiera que lo trasladaran; pero como en el caso de Gamarra se trataba aparentemente de una comisión por corto tiempo, la familia permaneció en Bogotá.

"18. La vida familiar del señor Arévalo se desarrollaba con ejemplar normalidad, y no tenía problemas económicos inmediatos, con base en el sueldo que ganaba en el IDEMA, que le permitía atender frugalmente a las necesidades familiares. Y con la compra de una casa en la Urbanización Niza de Bogotá, con financiaciones del B. C. H. y del IDEMA. El señor Arévalo no tomó el seguro de deudores del IDEMA, que le fue ofrecido algún tiempo antes de su muerte.

"19. La acumulación de tiempo de servicios al IDEMA y a otras entidades oficiales, como el Municipio de Bogotá, la Aduana de Cartagena y el Ministerio de Agricultura hacía que el señor Arévalo se encontrara próximo al beneficio de la pensión de jubilación.

"20. El Instituto liquidó cumplidamente las prestaciones sociales a la muerte del señor Arévalo, pero queda por dilucidar la responsabilidad en que incurrió por el hecho de su agente, el Visitador Angel, hasta el punto de que su actuación causara la tragedia, y por el hecho de haberlo tenido en Gamarra privándolo así de la continuación de su tratamiento.

"En síntesis, de la anterior relación de hechos se desprende lo siguiente: En el curso de su actividad como funcionario del IDEMA, el señor Eduardo Arévalo Amador sufrió un grave accidente de trabajo, cuyas consecuencias físicas —fractura del maxilar inferior con la incapacidad consiguiente— produjeron, a la vez, consecuencias psicológicas innegables. El señor Arévalo, todavía bajo tratamiento, continuó prestando sus servicios a la institución. Al ser trasladado a Gamarra, tuvo que interrumpirse el tratamiento de que venía siendo sujeto, para corregir las dichas consecuencias del accidente. Además de la localización de la oficina, en un clima difícil, y con múltiples problemas, separado de su familia y viviendo en condiciones precarias, se presenta la situación de la visita de los funcionarios mencionados, acto este normal, y que en tales condiciones no debería producir perturbación alguna, pero que, por la misma forma en que fue conducida por los funcionarios, colocando desde un principio bajo sospecha al Director de la oficina y a todos sus colaboradores, estaba llamada a producir las consecuencias que se produjeron en efecto, trágicamente".

En los "Fundamentos de Derecho" dice la demanda:

"En el caso de autos, la situación de responsabilidad de la entidad pública aparece determinada, por dos aspectos: El primero de ellos, originado en la actuación del Instituto, que a pesar de encontrarse el empleado en tratamiento para una situación física grave, originada en el trabajo, ya que se desprendía de un

accidente sufrido al servicio de la misma institución, lo cual conocía la institución, hizo imposible la continuación adecuada del tratamiento, como la necesitaba el lesionado, por razón de los traslados y comisiones a que fue sometido durante el último año de su vida, que transcurrió entre el accidente de Fundación y la llegada de los visitadores del IDEMA a Gamarra.

"El segundo, porque en una situación así provocada por medidas administrativas que impidieron la correcta aplicación del tratamiento, se envió la visita administrativa, en la cual la presencia del funesto señor Angel tuvo las consecuencias antes descritas, es decir, desembocó en una tragedia irreparable. Son dos, de consiguiente, los aspectos a través de los cuales debe deducirse la responsabilidad de la administarción en el presente caso, concatenados estrechamente entre sí, puesto que se entrelazaron para producir el resultado final.

"La jurisprudencia colombiana hace derivar la responsabilidad del Estado del texto del artículo 16 de la Constitución en cuanto éste dispone que 'las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'. Sobra entrar a detallar la teoría general de la responsabilidad del Estado, sobre la cual el honorable Consejo ha trazado nuevos lineamientos jurisprudenciales de gran interés. Me limitaré, por consiguiente, al caso concreto de esta acción.

"....

"En el caso en litigio, se trata de un hecho muy especial, es decir, el de la falla del Estado con respecto a uno de sus agentes, por razón del hecho de otro agente del Estado, y de la incuria de la Administración en dar al afectado la protección debida, en hechos ocurridos en desempeño de sus funciones. Son, pues, dos aspectos. El del descuido en el tratamiento consecuencial al accidente de trabajo sufrido en cumplimiento de sus deberes de empleado del IDEMA, y que llega hasta el mantenimiento del empleado en una localidad en que no le era accesible el necesario tratamiento, hecho que se combina gravemente con la actuación de otro agente de la misma institución, con notoria extralimitación y abuso en el ejercicio de sus funciones, lo cual produce en la víctima de esta sucesión de hechos una situación psicológica que la lleva al desequilibrio y al suicidio.

"Bien puede mencionarse como violado el artículo 17 de la Constitución en cuanto garantiza la especial protección al trabajo, por cuanto esa protección implica necesariamente también la del trabajador en aquèllos casos en que por circunstancias físicas no tiene la plenitud de sus capacidades.

"Se trata, pues, de un caso de responsabilidad de la Administración para con uno de sus propios agentes, por el doble motivo de falta de la atención necesaria en un tratamiento para una lesión sufrida al servicio del Estado y con ocasión de éste, por una parte, y de otra, por el hecho de otro agente de la Administración que en el ejercicio de sus funciones trasgredió sus facultades y lesionó los elementales derechos del trabajador que se convirtió en víctima de esa transgresión".

Y agrega:

"Si en el Derecho Privado esa responsabilidad se consagra directamente en los artículos 2341, 2347 y 2349 y concordantes del C. C., con mayor razón debe existir para el Estado, no solamente por esa razón, sino por el artículo 16 de la Carta, desarrollado, en cuanto a los servidores de la Administración se refiere, en todas las normas de carácter social que les garantizan las condiciones de su trabajo, los derechos a las prestaciones legales, y el amparo a sus actuaciones en cuanto ellas estén ajustadas a derecho. La Administración Pública es servicio pú-

blico por excelencia. Si por razón del servicio público se deducen responsabilidades para ella, con mayor razón aún ella debe deducirse para los empleados vinculados a la prestación de ese servicio dentro de una situación legal y reglamentaria, o por contrato de trabajo.

"Aún podría pensarse que existiese no solamente una responsabilidad de carácter extracontractual, sino contractual, en el caso de empleados vinculados por contrato de trabajo".

"Es del caso anotar, honorables Consejeros, que la política social del IDEMA se ha distinguido siempre por su rectitud en relación con sus trabajadores, y que ha habido casos similares en los cuales el Instituto ha entrado a indemnizar las situaciones producidas por agentes suyos. Desgraciadamente, hay funcionarios que, como en el caso presente, confunden la necesaria rigidez dentro de la ley, con la arbitrariedad.

" 'Si se plantea la situación presente dentro de los conceptos tradicionales sobre la responsabilidad del Estado, se tiene que por los dos conceptos aducidos ella se configura, por la presunción de culpa que existe en contra del patrono por razón de los daños ocasionados, por dependientes suyos con ocasión del ejercicio de sus funciones. La culpa *inteligendo* queda demostrada con la subsiguiente destitución del visitador Angel, culpable del trágico desenlace de esta situación.

"En síntesis, los hechos producidos dentro del IDEMA en relación con su empleado, señor Eduardo Arévalo Amador, configuran claramente una responsabilidad de la Administración, a través del dicho instituto descentralizado, por la serie de hechos y omisiones que se registraron en relación con él, y que produjeron una situación que desembocó en un desequilibrio que tuvo fatales consecuencias, como se demostrará dentro del proceso. La ley consagra (Código Contencioso Administrativo, artículo 68), la acción necesaria para impetrar ante el Contencioso Administrativo la necesaria reparación. El interés jurídico que asiste a mis representados, es evidente, en razón de su condición de esposa e hijos del empleado fallecido. El aspecto de competencia está ampliamente dilucidado, por el artículo 34 del C. C. A., modificado por el artículo 30, literal b), del numeral 1º del Decreto 528 de 1964, y por el artículo 28 del mismo decreto en cuanto establece que dichas acciones deben instaurarse 'dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente'.

"El honorable Consejo ha sostenido (sentencia de noviembre 17 de 1967, ponencia del honorable Consejero doctor Rojas Arbeláez), que el daño no debe recaer sobre la víctima sino sobre la Nación o colectividad que se encuentra detrás del Estado".

Admitido y tramitado el proceso en los términos previstos por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidirlo mediante esta providencia, previas las siguientes consideraciones:

EL CONCEPTO FISCAL

Dice el señor Fiscal Segundo de esta corporación, doctor Gilberto Gartner Posada, en su vista de fondo:

"En el negocio a estudio, la parte demandante hace consistir la falla del servicio en los hechos u omisiones que condujeron a la interrupción inoportuna del tratamiento a que estaba sometido el causante, señor Eduardo Arévalo Amador, y en las actuaciones del Visitador del IDEMA, señor Enrique Angel, 'que unida a la interrupción del tratamiento médico ocasionó el desequilibrio y muerte trágica del Director encargado, señor Arévalo Amador'.

"En cuanto hace a los hechos que el libelista afirma, condujeron a la interrupción inoportuna del tratamiento a que estaba sometido el empleado, señor Arévalo Amador, como consecuencia del accidente que sufrió el 4 de octubre de 1968, no aparece en el expediente prueba alguna que acredite que por culpa del IDEMA el señor Arévalo se vio obligado a suspender su tratamiento. Por el contrario, aparece claro que dicho señor solicitó, el mes siguiente de su posesión en el nuevo cargo, autorización para viajar a Bogotá para chequeo médico. Esta autorización le fue oportunamente concedida y se le reconocieron los pasajes (folios 525 y siguientes de su hoja de vida). Al mes siguiente (abril), el señor Arévalo solicitó nueva autorización para viajar a Bogotá y aun cuando la pidió para informaciones sobre funcionamiento de la planta y compra de maíz, lo cierto es que le fue concedida también, sin el menor esfuerzo. En el mes de mayo, igualmente, es le concedió permiso por tres días para diligencias médicas.

"Lo anterior indica que en el proceso se halla plenamente desvirtuada la afirmación de la parte actora de que se interrumpió el tratamiento médico que venía recibiendo el señor Arévalo por culpa del IDEMA. Por el contrario, se nota en el Instituto demandado gran interés en resolver las solicitudes de permiso hechas por el Director de Silos de Gamarra y jamás le negó autorización para asistir a chequeos médicos.

"Existen en el expediente varias comunicaciones del señor Arévalo, en donde éste solicita prórroga de su comisión en Gamarra y que éstas le fueron concedidas, lo que indica que se hallaba conforme con esa localidad, descartándose así cualquier posibilidad de que el citado señor Arévalo se hallara en Gamarra contra su salud, contra su voluntad, por imposición de sus superiores, como lo pretende insinuar el libelo demandador.

"Con relación a la conducta del Visitador Enrique Angel, si bien es cierto que parece hubiera producido en el señor Arévalo mucha preocupación, no existe certeza plena de que tal conducta hubiese sido la causa final de su fatal determinación. No hay en el proceso medios idóneos para llegar a la firme convicción de que si el Visitador se hubiera portado de otra manera, la muerte de Arévalo no se hubiese producido. La misma empleada suya, la señora Blanca Durán de Muñoz, afirma que a raíz de las discordias entre los Visitadores y Arévalo enviaron otro, 'el doctor Leonel Torres, quien con gran tino y delicadeza calmó los ánimos, hizo observaciones justas y se entendió con él perfectamente; que en vísperas de la tragedia, por la noche, el señor Trejos, otro Visitador y en vista de mis observaciones sobre los cambios que estaba notando en don Eduardo en cuanto a su manera habitual de ser, tales como su depresión, angustia, ratos de mal humor, etc., resolvió ir a las once de la noche, hora en que terminamos un trabajo a acompañarme a la casa de la desmotadora y en mi presencia le dijo que no se intranquilizara de esa manera, que ya la visita se terminaba y que todo se encontraba correcto, que claro que había algunas fallas pero que ninguna de índole dolosa, ni que fuera a traerle malas consecuencias, también le ofreció traerle un médico porque nos parecía a juntos que él estaba enfermo, pero don Eduardo se negó, y aparentó quedar tranquilo con lo que el Visitador Trejos le decía'. Lo que indica que no hay claridad sobre las causas o motivos que llevaron al señor Arévalo a ponerle fin a sus días, máxime cuando el dictamen pericial solicitado con la demanda, no se practicó por incumplimiento de los peritos que fueron nombrados en varias oportunidades, dictamen que podría arrojar algunas luces sobre este complejo hecho.

"En las circunstancias anteriores, es imposible concluir que la tragedia tuvo como causa inmediata la conducta de los Visitadores, lo que indica que es difícil deducir responsabilidad del IDEMA en la muerte del señor Arévalo.

"No estando acreditado en el proceso el principal elemento de la pretensión resarcitoria por perjuicios, forzoso es concluir que en este negocio las pretensiones de la parte actora deben ser denegadas. Y así lo solicita esta Agencia del Ministerio Público, se pronuncie el honorable Consejo de Estado".

SE CONSIDERA:

Se pretende en este juicio la declaratoria de responsabilidad del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, por los hechos y omisiones que, según el actor, provocaron el suicidio del señor Eduardo Arévalo, empleado de la entidad demandada, y a que, consecuencialmente, se le condene al pago de la indemnización de perjuicios morales y materiales.

Importa, por lo mismo, para la prosperidad de las pretensiones deducidas en el libelo, la demostración de los siguientes elementos axiológicos:

a) La falla de la Administración, que, dada la naturaleza de los hechos expuestos como *causa petendi*, implicaría la prueba de los siguientes hechos:

1. El acaecimiento de un accidente de trabajo, con las consecuencias sobre la integridad anatómica y funcional del señor Arévalo, afirmados en la demanda.

2. La negligencia del Instituto demandado en la atención médica del señor Arévalo, en su caso, la imposibilidad en que lo colocó con las comisiones y tralados, de atender el tratamiento médico prescrito.

3. La actuación de los Visitadores comisionados por el Instituto para practicar la visita de control en las dependencias a cargo del señor Arévalo, con características tales, de injusticia, injuria y arbitrariedad, como para causar en una persona de las condiciones físicas y psíquicas del señor Arévalo, un desequilibrio psíquico que culminara en el suicidio.

4. Una relación de servicio público entre el señor Eduardo Arévalo y el IDEMA, pues, planteada la controversia sobre hechos originados en un accidente de trabajo y en el ejercicio de funciones subordinadas, si la relación se rigiere por un contrato de trabajo, las pretensiones deducidas en este juicio, solo podrían ser decididas por la jurisdicción laboral.

b) Los perjuicios sufridos, su entidad y cuantía, y

c) Una relación de causalidad entre la falla de la Administración y el daño sufrido por los demandantes.

Los autos dan cuenta de un accidente de tránsito sufrido por el señor Arévalo, en ejercicio de sus funciones como trabajador del Instituto demandado y acreditan no solamente, la solicita atención médica, hospitalaria, farmacéutica, quirúrgica, etc., que le fue prestada por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en forma que tal tratamiento terminó satisfactoriamente, quedando pendientes solo los chequeos médicos de control, en forma periódica y precisamente uno de ellos ha debido tener lugar por los días de la muerte del señor Arévalo, para lo cual solicitó el permiso correspondiente y oportunamente se le concedió.

Aparece demostrado, con abundante prueba documental, que la comisión conferida al señor Arévalo, para desempeñar las funciones de Director encargado de la Planta de Gamarra, fue sucesivamente prorrogada, precisamente a solicitud del mismo señor Arévalo, por lo que mal puede sostenerse que su alejamiento de Bogotá fuera imposición del IDEMA.

Hay varias declaraciones de testigos sobre el comportamiento de los Visitadores durante la visita que se practicaba en las dependencias a cargo de Arévalo y aunque permiten establecer que hubo excesos en la misión encomendada, espe-

cialmente en relación con uno de los visitadores, por incompetencia o ignorancia del funcionario, nada permite en el proceso deducir que tal situación fuera causa determinante del suicidio.

Por el contrario, los mismos declarantes dan cuenta de que uno de los visitadores estuvo en la residencia del señor Arévalo, la víspera de su muerte, hasta altas horas de la noche, haciéndole saber que la visita estaba terminada sin observaciones de fondo, que todo andaba bien y que podía y debía estar tranquilo el funcionario visitado.

Se deduce del plenario que el señor Arévalo fue siempre un trabajador altamente estimado por los directivos del Instituto demandado y que gozó de especial confianza de sus superiores, por lo que resulta más inexplicable, por lo menos dentro del proceso, el desenlace que dio a su existencia.

Si los hechos anteriores hubieran sido acreditados, quedaría establecida la necesidad de indagar sobre la relación de causalidad entre ellos y la muerte del señor Arévalo, que atendidas las circunstancias del caso, solo expertos médicos psiquiatras habrían podido determinar.

Por otra parte, conviene repetir que la presente controversia debe ser decidida, además de las consideraciones hechas, con la de que la relación de derecho público entre Eduardo Arévalo y el IDEMA, no aparece acreditada, y la presunta relación contractual laboral solo puede ser conocida por la Justicia del Trabajo, para lo cual, quedan vivas las posibles acciones que de tal vínculo contractual puedan derivarse.

En efecto:

El IDEMA nació como Instituto Nacional de Abastecimientos —INA— por virtud de la Ley 5ª de 1944, la que, aunque expresamente no lo dijo, lo organizó como una empresa industrial y comercial del Estado, que debía ser "administrado con un criterio de servicio público, pero con sujeción a las reglas y prácticas de los institutos de crédito a fin de que obtenga una razonable ganancia" (artículos 1º y 13). La misma conclusión surge del análisis de las funciones que se le atribuyeron y de sus objetivos, "facilitar la producción, distribución, importación y exportación de los artículos de consumo mayor y de las mercancías de primera necesidad, con el fin de regular el precio de los mismos, de apoyar la agricultura y de aumentar la producción nacional, evitando la especulación". Para cumplir tales objetivos, se le autorizaba realizar numerosas operaciones entre las que se pueden mencionar el fomento de la mayor producción de artículos de primera necesidad; la defensa de los intereses económicos de los agricultores, organizando almacenes generales de depósito, construcción de silos; adquirir abonos, semillas, maquinaria agrícola; procurar por medio de sus operaciones que los precios de venta de los productos agrícolas se sostengan en un nivel justo, ayudar a la distribución nacional de las cosechas para lo cual podía comprar, conservar, importar y exportar artículos (artículo 2º).

Por el artículo 31 del Decreto-ley 3130 de 1960, se dijo: "De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos".

Por lo que, no queda duda, la regla general, para las empresas industriales y comerciales del Estado, es la sujeción al derecho privado en sus actos y en la forma jurídica de vincular a sus trabajadores.

Ciertamente el Decreto-ley 2420 de 1968, artículo 19, enumera los organismos descentralizados vinculados al Ministerio de Agricultura, y cita entre los establecimientos públicos al Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA—, pero en su parágrafo dispuso:

"Parágrafo. Teniendo en cuenta el origen de los aportes, la cuantía de la participación oficial, la naturaleza de las actividades que desarrollan y las reglas de derecho a las cuales están sometidos, se adopta para los organismos del sector agropecuario la clasificación hecha en este artículo, sin que esto constituya derogatoria de los principios generales establecidos en los artículos 5º y 8º del Decreto 1050 de 1968".

Y por su artículo 43, cambió la denominación del Instituto Nacional de Abastecimientos —INA— por la de Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— y en cuanto a funciones, dijo el artículo 44 del mismo Decreto:

"Artículo 44. Funciones. Además de las funciones señaladas en la Ley 5ª de 1944, y en el Decreto legislativo 0040 de 1958, el Instituto de Mercadeo Agropecuario cumplirá las siguientes:

"a) Regular el mercado exterior de los productos agropecuarios, para lo cual establecerá los precios mínimos de exportación de los mismos, y vigilará el cumplimiento de las disposiciones al respecto;

"b) Acumular existencias reguladoras de productos agropecuarios con el fin de regularizar los precios en los mercados nacionales y garantizar un conveniente aprovisionamiento para los mercados externos. Para estos efectos, el Instituto podrá organizar almacenes generales de depósito, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 20 de 1921, el Decreto legislativo 356 de 1957 y demás normas concordantes;

"c) Asumir directamente el mercadeo exterior de productos agropecuarios cuando las circunstancias económicas, a su juicio, lo hagan aconsejable;

"d) Otorgar préstamos exclusivamente a las cooperativas de producción y mercadeo de productos agrícolas y pecuarios, a los organismos de 2º grado que agrupan este tipo de cooperativas y a las asociaciones de campesinos que tengan las finalidades indicadas, con sujeción a los requisitos señalados en el artículo 99 de la Ley 135 de 1961.

"El Banco de la República abrirá al Instituto de Mercadeo Agropecuario un cupo especial para el redescuento de los préstamos de que trata este literal.

"e) Hacer cumplir las normas que se dicten sobre comercialización de los productos agropecuarios;

"f) Organizar y promover la organización de sociedades de economía mixta que tengan por objeto el procesamiento de tales productos, o desarrollar directamente estas labores".

Igual previsión a la contenida en el artículo 19 que se deja comentada, incluyendo su parágrafo 1º, es repetida por el artículo 19 del Decreto-ley 3120 de 1968.

Atendidas las funciones del IDEMA según las normas legales analizadas, aunque para determinados efectos debiera tenérsele como establecimiento público (Decretos 2420 y 3120 de 1968), dada la no derogatoria de los principios generales contenidos en los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto-ley 1050 de 1968, la conclusión que se impone es la de que el IDEMA continúa sujeto, por regla general, a las

normas del Derecho Privado en el desarrollo de sus operaciones industriales, comerciales y crediticias y en lo atinente a la naturaleza y régimen de la vinculación de sus servidores.

Doctrina, jurisprudencia y derecho positivo, hacen diferencia entre establecimiento público y empresa industrial y comercial del Estado, a la vez que hacen resaltar sus semejanzas.

Ambas entidades, establecimientos y empresas, son creados o autorizados por la ley, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio o capital independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes y con el producto de impuestos, tasas o contribuciones e inversiones forzosas.

Difieren, en cambio, en que mientras los establecimientos públicos atienden funciones administrativas conforme a las reglas del Derecho Público, las empresas desarrollen actividades de naturaleza industrial o comercial, conformándose al Derecho Privado, salvo las excepciones legales (Decreto-ley 1050 de 1968, artículos 5º y 6º). La aparición de las empresas comerciales e industriales dentro del Derecho Público, obedece a la necesidad del Estado moderno de intervenir en actividades comerciales e industriales, unas veces en competencia con los particulares, otras supliendo o completando la iniciativa particular, y, por lo mismo, el Estado tiene que colocarse hasta cierto punto, en el mismo plano de los particulares, abandonando algunas de sus prerrogativas para mantener cierto equilibrio y dándole a su facultad de actuar en estos campos económicos, mayor libertad de acción, con menos trabas, menos controles, en forma de quedar en condiciones de competir con los particulares en los mercados comerciales e industriales y laborales.

Por Decreto-ley 133 de 1976, se mantienen, en lo esencial, las funciones del IDEMA y se configura íntegramente, como empresa industrial y comercial del Estado.

Al señor Arévalo se le designó por simple oficio, se le señaló el sueldo y sus sucesivos aumentos, por decisión de la Junta Directiva del Instituto, lo mismo que sus comisiones y traslados, se le pagó prima de servicios, se le afilió al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y, en fin, se le dio el tratamiento que la ley reserva a los trabajadores oficiales.

Por las anteriores consideraciones 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:

Primero. Deniéganse todas las súplicas de la demanda inicial del presente litigio.

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvanse a la oficina de origen los antecedentes administrativos y archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Revalídese el papel común utilizado.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Portocarrero M.

El Secretario, *Víctor M. Villaquirán M.*

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y siete.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

REPOSICION. — No cabe reposición de reposición, a menos que hubiere puntos nuevos.

INESCINDIBILIDAD LEGAL. — Aplicación integral de las normas que rigen una institución jurídica y de los recursos en ellas consagrados.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.

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

Consejero ponente: doctor *Osvaldo Abello.*

Se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra el auto que negó la reposición en el que se señalaron los perjuicios debidos a la señora Gladys Díaz de Orozco, y para ello sostiene lo siguiente: "En lo civil la regla general es que todos los autos son susceptibles de reposición, pero excepcionalmente se excluye en unos pocos casos". Entonces, agrega, si el recurso es la regla y su negativa la excepción no puede deducirse excepción alguna que no esté taxativamente consagrada en la ley. Como en el artículo 348 del C. P. C. no se contempla que contra las providencias de las Secciones del Consejo de Estado no puede proceder recurso de reposición, tiene que concluirse que no podía la Sala rechazar el que interpuso contra el auto que tasó los perjuicios en el proceso de la referencia.

"De otra parte constituye una severidad del Consejo exigir que en el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil se expresara que procedía recurso de reposición contra los autos interlocutorios de las Secciones del Consejo de Estado porque:

"1º El Decreto 1400 de 1970 regula los procedimientos civiles que se siguen por la justicia ordinaria.

"2º Solo en virtud de lo ordenado en el artículo 282 del Código de lo Contencioso Administrativo son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil en los juicios que se siguen ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"Finalmente, si las funciones de las Salas Contencioso Administrativas las toman las Secciones a nombre de éstas, tienen que hacerlo en Salas de Decisión similares a la Sala de Casación Civil de la Corte, luego aquí sí analógicamente tiene que concluirse que cuando el artículo 348 habla de que el recurso procede contra los autos interlocutorios de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema está de acuerdo que procede contra los autos que dicten las Secciones de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado. Si este argumento no se aceptare, se tendría que cuando la Sala dicte un interlocutorio esa providencia es de un juez y entonces también sería procedente el recurso impetrado.

"En síntesis puede ser válido el argumento según el cual el 348 no contempla el recurso de reposición para los autos interlocutorios que dicten las Secciones del Consejo de Estado, porque sería anormal que en ese estatuto se consagraren recursos de procesos no consagrados en él".

SE RESUELVE:

1º Es bien sabido que no cabe la "reposición" de "reposición" a menos que hubiere puntos nuevos, que no es el caso del auto que niega un recurso contra el cual solo por excepción acepta la ley el de queja.

2º Para abundar se pueden dar otras razones para denegar el recurso interpuesto: a) El procedimiento para liquidar las condenas en abstracto no aparece consagrado en el C. C. A. por lo que resulta imperioso ocurrir a disposiciones que sobre tal materia trae el C. P. C. en sus artículos 307 y siguientes, con aplicación del artículo 282 del C. C. A., que prevé esta manera de llenar los vacíos de sus propias regulaciones;

b) Estimada así la regulación o liquidación de la condena en abstracto ha de tomarse tal institución en su integridad sin pretender desarticularla con injertos de disposiciones de otros códigos, porque ello implicaría violación flagrante del conocido principio de hermenéutica jurídica de "la inescindibilidad legal";

c) Por tanto, la forma de dictar providencia que ponga fin al incidente de regulación, la determinación de los recursos que contra ella procede, ha de hacerse con vista en normas pertinentes del C. P. C. y leyes que lo reforman y adicionan, que no son otras, para el caso sub júdice, que las contenidas en el artículo 7º del Decreto-ley 1265 de 1970, 29 y 348 del C. P. C., a falta, se repite, de normas especiales en el C. C. A.;

d) Por ello, no obstante que conforme al C. C. A. no hay una sola norma que autorice la apelación de esta clase de providencias, cuando son dictadas en primera instancia, ellas resultan apelables al tenor del artículo 351, numeral 4, del C. P. C.

Por lo expuesto, se deniega el recurso interpuesto.

Cópiese y notifíquese. Revalídese el papel común.

Se deja constancia que el proyecto anterior fue discutido y aprobado en sesión verificada el día 2 de junio según consta en el acta respectiva.

Osvaldo Abello Noguera, Rafael Acosta Guzmán, Jorge Valencia Arango.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL
DEL ESTADO

PODER Y DEMANDA. — El poder especial para un proceso debe presentarse, como se dispone para la demanda, y la ley exige la presentación personal de ésta por quien la suscribe ante el secretario a quien se dirige, si aquél reside o está en la ciudad de la sede del despacho judicial. Solo se puede presentar ante notario cuando el signatario se encuentre en lugar distinto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera

Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Ref.: Expediente número 2048. Actor: Tulio Villegas. Contra: la Nación.

Para resolver el recurso de súplica contra el auto de 6 de diciembre pasado, se considera:

Mediante el proveído objeto del recurso el ponente negó personería al doctor Edgar Sánchez Vargas para representar a la Nación. Aunque el acto no es explícito en razones sí dice aceptar las expuestas por el apoderado le parte actora, quien para el efecto se apoya en los artículos 65 y 84 del C. de P. C.

Para el recurrente la presentación personal de un poder puede hacerse indistintamente ante un notario público o ante el despacho judicial correspondiente.

Para la Sala, la razón está de parte del ponente. El poder especial para un proceso debe presentarse como se dispone para la demanda y la ley exige la presentación personal de ésta por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad jurisdiccional a que va dirigida, en tratándose de personas que residan o estén en la ciudad de la sede del despacho judicial.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que la presentación personal del poder tiene por objeto fundamental que se dé certeza sobre la persona que lo otorgó, para evitar así posibles suplantaciones en el ejercicio de derecho de tanta significación; pero no lo es menos que la posibilidad de presentación ante notario solo se da en hipótesis diferente, o sea cuando el signatario se encuentre en lugar distinto.

No ve razón alguna la Sala para que el señor Ministro pueda hacer presentación personal ante un notario de la ciudad y no pueda hacerlo ante la Secretaría de esta corporación.

Por lo expuesto, mantiénese el auto de diciembre 6, mediante el cual se negó el reconocimiento de la personería conferida al doctor Edgar Sánchez Vargas por parte del señor Ministro de Obras Públicas.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión del día 23 de junio de 1977.

Carlos Betancur Jaramillo, Rafael Acosta Guzmán, Jorge Valencia Arango.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — Hasta la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964, toda controversia contractual en que fuera parte el Estado era de competencia de la justicia ordinaria, tratárase de acciones rescisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo, bien que la discusión versara sobre nulidad relativa y absoluta, la competencia estaba determinada por el artículo 40 de la Ley 105 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936.

Prescripción de las acciones bajo ese régimen. — Caducidad y prescripción. — La acción contractual administrativa no tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida al Código Civil; la nulidad absoluta, 20 años (Ley 50 de 1936, artículo 2º); la rescisoria del particular, 4 años y la del Estado 8 años (artículo 1750 C. C.).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.

Bogotá, D. E., febrero diez y siete de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Valencia Arango.*

Ref.: Expediente número 1775. Actor: Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por medio de apoderado, presentó demanda, para que, previos los trámites de un proceso contencioso administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª Que es nula la licitación pública número SSG-012/73, promovida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para la adquisición de los productos farmacéuticos, llamados Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% Jarabe, Item Nº 015 código 019256104, y Colchicinazo 5 mg. Tableta y Comprimido Item número 042, exclusivamente en la parte relativa a dichos productos y en cuanto se refiere a la irregular participación en ella de Laboratorios Récipe, Limitada.

"2ª Si, por razones de técnica así lo estimare el honorable Consejo de Estado, solicito igualmente que se declaren nulos los actos administrativos por medio de los cuales se comunicó a los beneficiarios de la adjudicación de la decisión administrativa, contenida en el oficio número SSGAST número 00136 de 5 de febrero de 1974, suscrito por el Jefe de Servicios Generales, el Auditor Interno, el Auditor General ante el ICSS y el Director General del ICSS.

"Esta petición es sencillamente adicional y no principal.

"3ª Que, como consecuencia de la declaración contenida en los ordinales anteriores, es nulo el contrato de suministro de productos farmacéuticos a que se refiere la licitación pública SSG-012/73, relativa a la adquisición de los productos Colchicina o Colchimedio y Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe contrato suscrito entre el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la firma Laboratorios Récipe, Limitada, de fecha 6 de marzo de 1974.

"4ª Que, como consecuencia, de las declaraciones que preceden, se declare que la firma Laboratorios Récipe, Limitada, es responsable de los perjuicios ocasionados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales originada en la no presentación de todos los documentos exigidos por la ley y los reglamentos para intervenir en la licitación ya señalada en los ordinales que preceden.

"1ª-bis. Que es nulo, de nulidad absoluta, el acto administrativo emanado del 'Instituto Colombiano de Seguros Sociales', por intermedio del Consejo Directivo del mismo Instituto, contenido en acta de la sesión del 10 de diciembre de 1973, número 582, por medio del cual se adjudicó a la firma o sociedad Laboratorio Répice, Limitada, el contrato para la compra por parte del Instituto y venta a cargo de la firma citada de los productos farmacéuticos llamados 'Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% Jarabe y Colchicina o Colchimedio 0.5 mg. comprimidos o tabletas o en todo caso los licitados en los ítems atrás mencionados de la licitación pública SSG-012/73 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"5ª Que, en consecuencia, la firma Laboratorios Récipe, Limitada, debe pagarle al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la cantidad de tres millones doscientos nueve mil pesos ($3.209.000.00) o la que se establezca con el plenario, más los intereses de mora a la tasa comercial o legal en subsidio, desde cuando la obligación se hizo exigible hasta cuando el pago se verifique, por concepto de sobreprecio cobrado de más al Instituto Colombiano de Seguros Sociales en desarrollo del contrato a que se refiere el ordinal 3º de este petitum.

"En todo caso que la condena solicitada a este punto se limite a las sumas pagadas de demás y a la indemnización de perjuicios que se establezcan dentro del proceso, o en la etapa subsiguiente a él".

"PETICION SUBSIDIARIA. En caso necesario, pido que se condene a la firma demandada en abstracto a pago de las sumas que resulten del proceso en la etapa inmediatamente subsiguiente al mismo.

"6ª Que se condene a la firma demandada a las costas y al pago de las agencias en derecho que resulten del presente juicio en caso de oponerse a las pretensiones de la demanda".

Como hechos, expresa el libelo, los siguientes:

"La Junta de Adjudicaciones del Instituto Colombiano de Seguros Sociales recomendó al honorable Consejo Directivo del ICSS, abrir licitación para la adjudicación de varios productos farmacéuticos que no fueron licitados en licitación anterior SSG-007/72 entre otros los siguientes:

"Código 019256104, Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% Jarabe, y código 050801120 Colchicina 0.5 mg. tableta o comprimido".

"Segundo. El honorable Consejo Directivo del ICSS ordenó la licitación de varios productos farmacéuticos entre ellos los dos señalados en el punto anterior y se abrió la licitación pública número SSG-012/73.

"Tercero. La licitación para adjudicar el suministro de los productos 'Amonio Cloruro e Ipeca jarabe' y 'Colchicina tabletas' antes mencionados, fue abierta con pliego de cargos en referencia a la licitación SSG-007/72 en el cual se detallaron los dos productos indicados.

"Cuarto. La sociedad 'Laboratorios Récipe, Limitada', hizo propuesta dentro de la licitación a que se refiere el punto anterior, con fecha 21 de septiembre de 1973 en la cual se lee lo siguiente:

"a) Item número 015. Amonio Cloruro 4%; Ipeca 2% Código número 019256104;

"b) Fórmula completa del producto (inscrito en Minsalud):

1. Amonio Cloruro, 4 mgs.
2. Jarabe de Ipeca USB. 2 cc.
3. Glicerina, 3 c.
4. Azúcar, 62.5 gramos
5. Correctivo Répice del sabor, 1 c.
6. Netuparaben, 1 gramo.
7. Agua purificada, 100 cc.".

"Quinto. La sociedad 'Laboratorios Récipe, Limitada', acompañó a su propuesta el anexo 2, folio 3 en la cual afirma para el producto Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe, correspondiente al ítem 015 siguiente:

"c) Nombre comercial. No existe;

"d) Nombre exclusivo para instituciones oficiales: Amonio Cloruro e Ipeca, jarabe;

"f) Licencia Ministerio de Salud Pública número 28930 de abril de 1971.

"g) Valor unitario $ 18.00.

"i) Registro de precios en la Superintendencia Nacional de Precios número... No se anexa por ser producto que exclusivamente elaboramos para instituciones oficiales mediante licitación. No existe para el comercio y, en consecuencia, no tiene precio fijado para el público consumidor".

"Sexto. La sociedad Laboratorio Récipe, Limitada, acompañó a su propuesta el anexo número 2, folio 7 en el cual para el producto Colchicina correspondiente al ítem número 042 en lo pertinente afirma:

"e) Nombre comercial: No existe.

"Nombre exclusivo para instituciones oficiales: Colchicina Répice 0.5 mg. x comprimido;

"f) Licencia Ministerio de Salud Pública número 876; fecha julio 8 de 1968;

"g) Valor unitario: $ 6.45;

"i) Registro de precio en la Superintendencia Nacional de Precios número...

"No se anexa por ser producto que exclusivamente elaboramos para instituciones oficiales mediante licitación. No existe para el comercio y, en consecuencia, no tiene precio para el público consumidor".

"Séptimo. El suministro de los dos productos mencionados 'Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe' y 'Colchicina', tabletas, le fueron adjudicados a la sociedad 'Laboratorios Récipe, Limitada', según acta número 582 de 18 de septiembre de 1973, del honorable Consejo Directivo del ICSS.

"Octavo. En desarrollo de la anterior adjudicación el ICSS suscribió contrato el día 6 de marzo de 1976 con la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, para el suministro de varias drogas y medicamentos de entre ellos los denominados 'Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe y Colchicina, tabletas, contrato en el cual tales productos se relacionan y describen en la siguiente forma:

"Código 019256104 Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% Jarabe, nombre comercial Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe. Envase: Frasco Ambar x 120 ml. Empaque: Caja x 108 unidades; cantidad adjudicada 200.000 frascos. Valor unitario, $ 18.00, valor total $ 3.600.000.00 moneda corriente... Código 059801120 Colchicina 0.5 mg. tabletas o comprimidos. Nombre comercial Colchicina Récipe. Envase: frasco x 20 comprimidos. Empaque: Caja x 10 frascos. Cantidad adjudicada 100.000, valor unitario: $ 6.45 moneda corriente.

"Noveno. En ejecución del contrato referido en el punto anterior hasta la fecha presente el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha recibido de la sociedad Laboratorio Récipe, Limitada, parte de los productos contratados y se han pagado a dicha sociedad los valores estipulados contractualmente en concordancia con las cantidades recibidas.

"Décimo. Contrariamente a lo afirmado por la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, estos dos productos se hallan en el comercio para la venta al público y se venden a precios muy inferiores por unidad a los señalados por esa misma sociedad en la propuesta hecha dentro de la licitación pública SSG-012/73.

"Decimoprimero. Ante la constancia del hecho anterior, el ICSS solicitó a la Superintendencia Nacional de Productos y Precios información sobre el registro de tales productos y el precio autorizado por dicha entidad para ellos.

"La Superintendencia Nacional de Producción y Precios, mediante oficio número 000433 de fecha 20 de febrero de 1975, informa que "no se encontró la comunicación que fija precio de venta al público para los productos 'Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% jarabe (expectorante) y 'Colchicina 0.5 mg'.

"Igualmente con oficio 000505 de 28 de febrero de 1975 la misma Superintendencia informa al ICSS en relación con el producto 'Colchimedio' de la firma 'Laboratorio Récipe, Limitada', que éste fue autorizado para salir al mercado según oficio CDS 0045-69 de 20 de febrero de 1969 y que el último valor autorizado en la Resolución número 342 de 10 de agosto de 1973, es de $ 26.40 por frasco de 15 comprimidos, vale decir, a razón de $ 1.76 por unidad.

"Decimosegundo. El producto Colchicina 0.5 mgs. tableta fue ofrecido por la sociedad Laboratorio Récipe, Limitada, en su propuesta dentro de la licitación número 26876 de 8 de julio de 1968 del Ministerio de Salud Pública, según se desprende de la Resolución 913-J de 1968 que concedió la aludida licencia número 26876, ella fue otorgada 'para fabricar, vender en todo el territorio nacional el producto denominado Colchimedio (Colchicina de ½ mg) comprimidos'. En consecuencia, existe identidad de los productos Colchimedio y Colchicina.

"Decimotercero. Conforme al hecho decimoprimero de esta demanda, para el producto 'Colchimedio' o 'Colchicina' el precio autorizado por unidad o tableta es de $ 1.76 mientras que fue ofrecido al ICSS y contratado por un valor unitario de $ 6.45 o sea, que la sociedad Laboratorio Récipe, Limitada aumentó el precio por unidad en 44.69.

"Que en un total de 100.000 unidades contratadas representa un superprecio especulativo de $ 469.000.00.

"Decimocuarto. Se ha establecido que el producto Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe tiene en el mercado y en el comercio un precio por unidad (frasco de 120 cc.) de $ 4.30 mientras que la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, lo ofreció y contrató a razón de $ 18.00 unidad (frasco de 120 cc.) lo que representa una diferencia de precio por unidad de $ 13.70 que equivale en 200.000 unidades contratadas a un sobreprecio especulativo de $ 2.740.000.00.

"Decimoquinto. Esta última cantidad de $ 2.740.000.00 adicionada a la anterior citada $ 469.000.00 representa un sobreprecio especulativo total de $ 3.209.000.00.

"Decimosexto. Del total de estas dos drogas mencionadas y contratadas, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales solamente hizo pedidos parciales, los cuales pagó conforme a las estipulaciones contractuales, pagos dentro de los cuales se incluyó el mayor precio aludido en los hechos anteriores.

"Por concepto de Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe el ICSS ha pagado a Laboratorios Récipe, Limitada, la cantidad de $ 1.070.000.00 y por concepto de Colchicina o Colchimedio la cantidad de $ 598.560.00.

"Decimoséptimo. La Ley 7ª de 1943 y el Decreto 0102 de 1957 clasificaron las drogas de uso humano y veterinario como artículos de primera necesidad y a su turno la Superintendencia Nacional de Producción y Precios sometió al régimen de control directo la producción de tales artículos y, en consecuencia, la venta de tales productos por encima de los autorizados por la Superintendencia Nacional de Producción y de Precios configura la violación directa del Decreto extraordinario número 046 de 1945 sobre control de precios y de las demás disposiciones legales que lo modifican, adicionan y reforman.

Decimoctavo. La sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, es una persona jurídica constituida por escritura pública número 907 de 20 de marzo de 1968 de la Notaría Tercera de Bogotá, según certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de fecha 11 de septiembre de 1973 y su representante legal lo es el señor Policarpo Bustillo Sierra, mayor y vecino de Bogotá, con oficinas en esta misma ciudad en la transversal 38 número 18-44.

"Decimonoveno. Tengo poder suficiente para instaurar esta demanda.

"Vigésimo. Estos hechos han originado perjuicios de tipo económico al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, lucro cesante, y daño emergente, cuya cuantía valor se establecerán a lo largo de las secuelas del proceso".

En derecho se fundamenta la demanda en los artículos 67, 68, 82 y 124 del C. C. A. y 28 y 30 del Decreto-ley 528 de 1964; 20 y 32 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 46 de 1965, artículo 1º; Ley 7ª de 1943; Decreto 2145 de 1974 y Decreto 437 de 1966; Decreto 102 de 1957 y artículo 1º del Decreto 3092 de 1962, artículos 1502 y 1524 del C. C. A.

Admitida la demanda y notificado el auto correspondiente a la sociedad Laboratorio Récipe, Limitada, esta compañía, por medio de apoderado, se constituyó en parte impugnadora, y en el mismo escrito de impugnación, en forma inaudita, formuló demanda de reconvención.

Al respecto basta decir que el C. C. A. no prevé la formulación de demanda de reconvención, sin que tal ausencia de normas implique vacío que deba llenarse con reglas del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el C. C. A. regula íntegramente las defensas del demandado y los derechos procesales de las partes coadyuvantes e impugnadoras.

Por lo demás, supuesto el vacío legislativo, la conclusión sería la misma de inadmisión de la contrademanda ya que el C. de P. C., solo hace posible esta clase de defensa mediante el ejercicio de una nueva pretensión, en juicios en que haya traslado *para contestar la demanda* (artículo 401 del C. de P. C.) y es bien sabido que en los juicios contencioso-administrativos no hay término de traslado ni oportunidad de contestar la demanda.

Por lo expuesto, no hay lugar a estudiar la pretendida demanda de reconvención.

Agotado el trámite previsto por la ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes consideraciones:

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Segundo de la corporación, Filiberto Gartner Posada, en su vista fiscal conceptúa lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que, además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.

"Contempla la disposición anterior, lo que se ha denominado LA ACCION DE PLENA JURISDICCION, la que de acuerdo con el artículo 83 ibídem, debe entablarse dentro de los cuatro meses, contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción.

"El término perentorio de caducidad establecido por la norma acabada de citar, es aplicable tanto al particular, como a la misma administración, cuando ésta acude a la jurisdicción contencioso-administrativa, en demanda de la nulidad del acto, porque considere que se ha expedido en forma irregular, para que se anule o se revoque.

"Es decir, que si la Administración dejó transcurrir el plazo de cuatro meses, contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, no podrá ya demandar con éxito la nulidad del mismo, y en caso de presentar demanda, debe el fallador abstenerse de admitirla.

"Ahora bien: en el negocio *sub júdice,* pretende el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, entidad de derecho público, que se declare la nulidad de la licitación pública número SSG-012, del año de 1973, promovida por el mismo Instituto; de las decisiones administrativas contenidas en el oficio número SSG-AST número 00136 del 15 de febrero de 1974; y del contrato suscrito entre el Instituto y la firma 'Laboratorios Récipe, Limitada', de fecha 6 de marzo de 1974.

"La demanda fue presentada por la entidad actora, el *5 de marzo de 1975*. Es decir, que si se cuenta el término a partir de cualesquiera de las fechas anteriores, se concluye que en este negocio se hizo presentación de escrito, mucho tiempo después de transcurridos los cuatro meses que tenía el Instituto para entablar la demanda.

"Y no hay duda alguna que la acción aquí entablada es la de plena jurisdicción, que consiste en la anulación del acto con restablecimiento del derecho, ya que no se trata ni de la simple nulidad, ni la amplia acción de indemnización de perjuicios que se funda en los conceptos de daño emergente y lucro cesante. La primera de estas últimas no prescribe y la segunda tiene un plazo de 3 años.

"En tales circunstancias, el honorable Consejo de Estado no ha debido admitir la demanda.

"Como se tramitó el proceso con ese defecto, lo procedente es que se declare la caducidad de la acción. Así solicito que se pronuncie el honorable Consejo de Estado.

"En el mismo escrito de impugnación el apoderado de la firma 'Laboratorios Récipe, Limitada', solicita que por el honorable Consejo de Estado se hagan algunas declaraciones y condenas. Es decir, que entabla lo que en procedimiento civil se denomina *demanda de reconvención*, lo cual no es procedente en lo contencioso administrativo. Por esta razón a tal pedimento no puede accederse.

"En los términos anteriores deja la Fiscalía rendido su concepto en este negocio".

SE CONSIDERA:

Sobre la naturaleza de las acciones contencioso-administrativas frente a los contratos administrativos y la caducidad de los mismos, problemas planteados por el señor Fiscal, ha de decirse lo siguiente:

En reciente fallo (expediente número 1817, actor Francisco Dávila Riascos, sentencia de noviembre 18 de 1976, ponente doctor Jorge Valencia Arango), se expresó:

"a) Sobre el ejercicio de la acción pública, de simple nulidad, frente a los contratos administrativos, ha dicho esta corporación:

" 'A diferencia de lo que prescribía el ordinal 1º del artículo 73 del C. C. A. que excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los litigios 'que tengan origen en un contrato' y a fortiori de los referentes a él, el Decreto-ley 528 de 1964 le adscribió, entre otras materias, el conocimiento de 'las controversias relativas a contratos administrativos' de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías y establecimientos públicos (artículo 30, ordinal 1º, letra a); ordinal 1º letras a) y b), ordinal 2º, letras c) y d), mientras que a la jurisdicción ordinaria le corresponde conocer, mediante competencia atribuida en primera instancia a los jueces del circuito, según el artículo 16, numeral 1º del C. de P. C., entre otros, de los procesos en que sean parte las mencionadas entidades, las empresas comerciales e industriales o las sociedades de economía mixta que no 'corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa';

"b) Por consiguiente, los litigios sobre contratos administrativos son del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y los relativos a contratos privados, civiles, comerciales y laborales, de la jurisdicción ordinaria. Para determinar los contratos administrativos existen los criterios legal y doctrinal, éste en defecto de aquél; así, los contratos de construcción de obra, prestación de servicios y explotación de un bien del Estado, en los cuales se deban estipular necesariamente las cláusulas de caducidad prescritas por el artículo 254 del C. C. A. son administrativos por determinación de la ley; y por vía de doctrina reconocida por la ley (artículos 32 y 36 del Decreto-ley número 3130 de 1968) los que consagran cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, o los que tienen por objeto 'la ejecución misma del servicio' (J. Rivero. Droit Administratif, pág. 101; A. de Laubadere, Droit Administratif Special, págs. 37 a 39; E. Sayuges Laso, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, págs. 538 a 590), como sucede en los contratos o convenciones interadministrativas. En consecuencia, el contrato de que se trata, celebrado entre la Nación y una sociedad particular, en el cual se estipulan las cláusulas exorbitantes de multa y de caducidad, es administrativo.

"3. Pero, no obstante lo expuesto, la acción pública de nulidad en cuanto reconocida por el artículo 66 del C. C. A., a 'toda persona', no es procedente respecto de los contratos o convenciones interaministrativas, la cual tan solo puede incoarse por el Ministerio Público, conforme a las siguientes razones:

"a) Según el artículo 68 del C. C. A. la acción de nulidad procede contra los actos unilaterales de la Administración, indicados por los artículos 62 a 65 ibídem, a los cuales se refiere expresamente, pero no contra los contratos, excluidos en el régimen del Código del conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa como también los actos que se funden en ellos (artículo 73, ordinal 1º ibídem), no obstante que el proyecto original le adscribía el conocimiento de los litigios o controversias sobre contratos administrativos;

"b) El Decreto-ley número 528 de 1964, que no regula íntegramente la materia, como declara su artículo 70, derogó el ordinal 1º del artículo 73 del C. C. A., pero no modificó el régimen expuesto del Código y excluyó de la acción pública y popular de nulidad los contratos administrativos; por el contrario, al adscribir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios relativos a los mismos, alude a 'controversias' y señala la competencia del Consejo y de los Tribunales Administrativos con fundamento en la índole de la entidad y en la cuantía [artículo 30, ordinal 1º, letra a); 32, ordinal 1º, letras a) y b), y ordinal 2º, letras c) y d)]; criterios legales de los cuales se deduce que, para promover las correspondientes acciones, se requiere no solo el interés general y abstracto de que prevalezca el orden jurídico, sino uno concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato o la convención, determinante de la legitimación procesal. *Solo se exceptúa* de este régimen el Agente del Ministerio Público, quien puede promover acción de nulidad de un contrato o convención, privados o administrativos, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por objeto o causa ilícitas y en el solo interés de la moral y de la ley;

"c) En consecuencia, contra los contratos o convenciones administrativos, como contra los civiles o privados, proceden las acciones de nulidad relativas y absolutas; éstas por objeto y causa ilícitas, como la violación u omisiones de normas obligatorias de derecho, que pueden *'alegarse*

por todo el que tenga interés en ello', o incoarse *'por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley'* (también se subraya) y aun declararse oficiosamente por el juez que conoce del litigio 'cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato' (artículo 2º de la Ley 50 de 1936). En otros términos solo quien tenga interés jurídico concreto puede promover la acción de nulidad de un contrato o convención administrativa y con el objeto de hacer valer su pretensión, sin perjuicio de que el juez que conozca del litigio pueda declararla oficiosamente por objeto o causa ilícitos, o de que el Agente del Ministerio Público motu proprio pida pronunciarla por los mismos motivos, por tener exclusivamente, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, el poder de obrar en interés público, en guarda a la moral y de la ley;

"d) En fin, respecto al Derecho Comparado, en el régimen francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos que solo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquélla sea procedente como también en el colombiano, contra los actos separables de los mismos (A. Laubadere. Traité Elementaire de Droit Administratif. Tomo I, página 481; J. Mauby y Drago. Traité de Contentieux Administratif. Tomo II, páginas 455 y 466), pero en el régimen colombiano, a diferencia del francés, la acción pública de nulidad, según lo expuesto, es procedente contra los contratos administrativos, *a condición de que la promueva el Agente del Ministerio Público, por causa u objeto* ilícitos, en interés público o social; por esto, la acción, que es pública no es popular' (auto de febrero 21 de 1973. Consejero ponente, doctor Mora Osejo, expediente número 1910).

"Dedúcese de la anterior jurisprudencia y de las citadas por la sentencia recurrida, que efectivamente, dada su naturaleza jurídica, por regla general no puede ejercerse sino la acción de plena jurisdicción y, obviamente, no pueden ser contenientes sino las mismas partes del contrato.

"Pero, por excepción, y con aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, cuando la *causa petendi* es la nulidad absoluta, existe la acción de simple nulidad frente a los contratos administrativos, lo mismo que frente a los contratos civiles. Y esta acción puede ser ejercitada por *'el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley'*, o por cualquiera, tercero o no, *'que tenga interés en ello'*, e inclusive, *puede ser declarada de oficio por el juez*, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

"No hay duda, pues, que frente al contrato administrativo sí cabe, por excepción, la acción de simple nulidad, con tal que se trate de nulidad absoluta y que si es un tercero el demandante, demuestre un interés legítimo en que la nulidad se declare.

"En el asunto *sub júdice*, aparece claro que se trata de un contrato administrativo, no solo porque tiene entre sus varios objetos, el arrendamiento de un inmueble municipal, la contratación de un empréstito pagadero con el recaudo de impuestos y el producto de la explotación de un servicio público, la prestación del servicio público del matadero municipal, la construcción del mismo matadero y la adquisición del equipo y maquinaria, sino porque contiene la cláusula de caducidad, privilegio exorbitante propio de esta clase de contratos".

Ahora bien:

Expedido el Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, la jurisprudencia nacional, salvo algunas divagaciones sobre la naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa, frente a su fuente constitucional, era de criterio

de que toda controversia sobre los contratos celebrados por la Administración era de competencia de la jurisdicción ordinaria.

En efecto:

"El artículo 164 de la Constitución de 1886 expresó: 'La ley podrá establecer la jurisdicción contencioso administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas en los centros superiores de administración'. Vino luego el artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910 y dijo: 'La ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa'. Al suprimir esta enmienda los fines especiales de la jurisdicción contenciosa señalados en el artículo 164, amplió su concepto; pero dentro de su propia índole, puesto que cuando dijo: jurisdicción contencioso administrativa comprendió en ella lo que es de su naturaleza, es decir, la solución de los conflictos entre el Estado, en su función administrativa, y los particulares o la administración misma, no los suscitados por cuestiones de orden privado, civiles o penales' (auto, 12 de mayo de 1944, T. LII, números 335, 340, página 55).

"Cuando la Constitución creó la jurisdicción contencioso administrativa, tomó, necesariamente, este concepto, tal como se entiende en el mundo de las ciencias jurídicas. Así, pues, el legislador solo puede atribuir a los tribunales de lo contencioso administrativo funciones que por naturaleza y contenido, ratione materiae, versen sobre controversias de carácter exclusivamente administrativo. Vendría el caos en la legislación, con el consiguiente desprestigio de las instituciones, si lo contencioso administrativo resolviera litigios de carácter civil o penal" (auto, 12 de mayo de 1944, tomo LII, números 335-340, página 57).

"Ordinal 1º:

"La declaración de caducidad de un contrato bilateral emana, tiene su origen, su causa y razón en el contrato y es por ello por lo que no cae bajo la jurisdicción contencioso administrativa, que no está establecida para conocer de los negocios meramente contractuales, atribuidos, además, por la ley a la justicia ordinaria". (Sentencia, 13 de junio de 1945, tomo LIV, números 347, 351, página 322).

"Si el Consejo de Estado avocara el conocimiento de un negocio en que la resolución acusada es la autorización para celebrar un contrato, forzosamente tendría que resolver cuestiones relativas a la validez o invalidez del contrato, porque como dicen los expositores, las formalidades fiscales y administrativas que se exigen a los funcionarios para contratar, equivalen al consentimiento que prestan las personas naturales al obligarse. Y el consentimiento es uno de los elementos intrínsecos y sustanciales en las contrataciones. Pronunciarse el Consejo sobre esas materias sería invadir campos ajenos, con manifiesta usurpación de jurisdicción, lo cual le está ostensiblemente vedado" (auto, 12 de septiembre de 1945, tomo LV, números 352-356, página 77).

"El C. C. A. excluye de la jurisdicción contencioso administrativa las resoluciones de los funcionarios o autoridades del Organo Administrativo que tengan su origen en un contrato. Se funda la exclusión en la clásica doctrina del Derecho Administrativo que clasifica los actos administrativos por la forma como se manifiesta la declaración de voluntad de ellos, según que tenga por objeto la idea de poder o de gestión o gerencia de los nego-

cios públicos. No se arguye la moderna doctrina acogida por los modernos expositores de Derecho Administrativo, que funda en la noción de servicio público la distinción de los actos administrativos y la competencia de los jueces para conocer de ellos, pues la jurisprudencia nacional, basada en claras disposiciones legales mantiene la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los litigios sobre actos administrativos o que tengan su origen en un contrato" (auto, 23 de enero de 1949, tomo LVIII, números 367 a 340).

"No obstante ser notoria la necesidad de fijar claramente la noción de contratos administrativos y de que en los conflictos que surgen sobre el particular se apliquen los principios de Derecho Público que informan esta clase de negociaciones, por organismos especializados como el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, es lo cierto que el Senado se opuso a aceptar las disposiciones que conferían tal competencia a la jurisdicción contencioso administrativa por considerarlas inconstitucionales; y el Poder Legislativo al aprobar el C. C. A. prohibió en el ordinal 1º, artículo 73, que se ventilaran ante esa jurisdicción las resoluciones de los funcionarios o autoridades administrativas, que tengan origen en un contrato" (auto, 24 de septiembre de 1951, tomo LVIII, números 367-371, página 665).

"Cuando el legislador expidió la norma del ordinal 1º del artículo 73 no hizo otra cosa que sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa todas las cuestiones que tengan origen en un contrato en que sea parte la Administración. Es decir, que a la norma general de que el Consejo de Estado conoce de toda contención administrativa para la cual no se hubiera señalado una regla particular de competencia, se le hizo la excepción de todas aquellas cuestiones que aunque referentes a litigios entre el Estado y los particulares, tuvieren origen en contratos en que aquél es parte.

"Lo anterior, porque cuando el Estado contrata lo hace generalmente en su carácter de persona privada, en cuyo caso sus actividades pierden la naturaleza administrativa que les asiste comúnmente a todos sus actos para asimilarlos a los de cualquier particular contratante, razón por la cual tales actividades se juzgan por la justicia ordinaria y conforme a las normas civiles que regulan la conducta entre los particulares.

" '*Por esta razón no puede interpretarse esta norma en el sentido restringido de que se refiere solamente a los actos que tienen origen en un contrato perfecto, es decir, en un contrato para cuya celebración se han observado todas las formas propias que la ley señala para los de su clase, sino en el más amplio de que escapan de la jurisdicción contenciosa todas aquellas actuaciones realizadas por la Administración como consecuencia o desarrollo de un concurso bilateral de voluntades y no como el ejercicio natural de la potestad administrativa.* En otras palabras: que para determinar la competencia del Consejo de Estado en demandas contra la Administración, debe examinarse ante todo la naturaleza de los actos o hechos que se le imputen a fin de determinar si ellos han sido ejecutados en desarrollo de estipulaciones voluntarias pactadas entre la Administración y la persona que se considera lesionada, porque si tal cosa resulta cierta, la jurisdicción contencioso administrativa será incompetente para juzgar tales casos dada su naturaleza civil'. (Sentencia de 13 de junio de 1955, tomo LXI, números 383-386, página 399)".

En resumen, hasta la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964, era claro que toda controversia contractual en que fuera parte el Estado, era de competencia de la justicia ordinaria, tratárase de acciones rescisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo bien que la

discusión versara sobre nulidad relativa o absoluta la competencia estaba determinada por el artículo 40 del anterior C. de P. C., Ley 105 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936.

Bajo este régimen, la prescripción de las acciones estaba sujeta a las reglas del C. C., 20 años para la acción de nulidad (artículo 2º, Ley 50 de 1936) y 4 años u 8, según el artículo 1750 del mismo C. C., para la acción rescisoria.

Esto en relación con la prescripción de la pretensión, fenómeno de Derecho Sustancial, bien distinto al fenómeno procesal de la caducidad, que no existía para esta clase de acciones mientras fueran de conocimiento de la jurisdicción ordinaria y que, mal podía aplicárseles normas especiales del C. C. A., cuando expresamente las excluía, en forma total, del Gobierno de dicho estatuto, el artículo 73, ordinal 1º del mismo, al incluirlas entre las controversias de las que no podía conocer la jurisdicción contencioso administrativa.

> *"Es oportuno deslindar las nociones de caducidad y prescripción, porque si bien el C. C. A., emplea indistintamente esos términos cuando se trata del primero de estos fenómenos jurídicos, ello contribuye a aclarar la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio. La prescripción se predica propiamente de los derechos subjetivos y la caducidad, de las acciones que se instituyen para impetrar ante la jurisdicción competente su protección y efectividad; la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Y es obvio que los términos para el ejercicio de las acciones civiles deducibles ante la jurisdicción ordinaria rijan lo concerniente a ellas, en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promuevan contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinen a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando con un acto, hecho u omisión suyos, actuando en función de autoridad o de servicio oficial, lesiona un derecho particular. En cualquiera de estas hipótesis se trata de que se declare responsable a la persona administrativa y se le condene a indemnizar el perjuicio consiguiente. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º de octubre de 1946 (G. J., tomo LXI, páginas 583-608), cuya doctrina prohija el Consejo, estableció las diferencias esenciales que existen entre los dos fenómenos jurídicos así: 1º Mientras que la prescripción solo tiene cabida por la vía de las excepciones, es decir, que debe ser siempre alegada, pues el juez no puede declararla de oficio, la caducidad opera siempre ipso jure, esto es, que el juez puede y debe declararla de oficio. 2º Al paso que la prescripción puede ser renunciable expresa o tácitamente, en las condiciones previstas por la ley, la caducidad no lo es nunca, porque es una institución de orden público. 3º Los términos de la prescripción, salvo algunas excepciones, siempre admiten suspensión y pueden ser interrumpidos; los de caducidad, en cambio, no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben cumplirse rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extinga irrevocablemente. 4º La prescripción supone siempre la preexistencia de una obligación, pues sus términos comienzan a correr después que la obligación deviene exigible; la caducidad, en cambio, no la supone necesariamente, porque la ley la consagra de manera objetiva, para la realización de un acto o hecho". (Sentencia, 11 octubre 1963, tomo LXVII, números 403-404, página 286).*

Tanto los artículos 67 y 68 del C. C. A., como el artículo 83 del mismo estatuto, al hablar de la caducidad hacen referencia a actos administrativos, hechos u operaciones administrativas, fenómenos que tienen en común la unilateralidad

de la actuación del Estado, el ejercicio de su potestad administrativa, de su imperio, distinto a los actos o hechos, realizados para perfeccionar un contrato administrativo, para cumplirlo o hacerlo cumplir, para terminarlo o declarar su incumplimiento, gestiones en las cuales, aunque utilice cláusulas exorbitantes, siempre actúa la Administración en virtud de derechos u obligaciones contractuales, actos bilaterales, o en función de los mismos.

Dispuso el artículo 30 del Decreto legislativo 528 de 1964:

"La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que señala la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman, conoce:

"1º En única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos;

"b) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos. operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos".

Distingue la norma para efectos de la atribución de competencia entre controversias contractuales en que sea parte el Estado y controversias extracontractuales en que actúe el mismo Estado y para las segundas exclusivamente para ellas, dados los antecedentes ameritados y la forma en que está concebida la norma, dispuso el artículo 28 del mismo Decreto:

"Artículo 28. La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración, está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

Por tanto, frente al acto administrativo la acción de plena jurisdicción (nulidad y restablecimiento del derecho) tiene una caducidad de 4 meses (artículo 83 del C. C. A.).

La acción indemnizatoria extracontractual, por hechos u operaciones administrativas, tiene una caducidad de 3 años, conforme al artículo 28 del Decreto legislativo 528 de 1964.

En cambio, la acción contractual administrativa, no tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida, como ya se vio, al Código Civil; la nulidad absoluta, 20 años (Ley 50 de 1936, artículo 2º); la rescisoria del particular, 4 años, y la del Estado 8 años, según el artículo 1750 del C. C.

Y es que frente a las controversias surgidas u originadas en un contrato administrativo, lo único que hizo el Decreto legislativo 528 de 1964 fue cambiar la competencia, mejor, la jurisdicción y el procedimiento, sin que hubiera estatuido sobre caducidad y prescripción de las acciones y pretensiones. Es bien sabido que las normas exceptivas son de interpretación restrictiva, sin que quepa, en tal caso, la aplicación analógica o extensiva.

Carece, pues, de respaldo jurídico, la alegación de caducidad del señor Fiscal.

EL CASO CONCRETO

Aparecen demostrados, en los autos, los siguientes hechos:

a) Que el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales ordenó la licitación de varios productos farmacéuticos, entre ellos, los identificados, así: "Código 019256104, Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2% Jarabe y Código 059801120 Colchicina 0.5 mg., tableta o comprimido" y al efecto se abrió la licitación pública número SSG-012/73 como adicional a la SSG-007/72;

b) Que en el pliego de cargos, bajo el acápite 5.0 ADJUDICACION, aparece bajo el número 5.1 lo siguiente: *"En ningún caso los precios cotizados podrán ser superiores a los autorizados por la Superintendencia Nacional de Precios para el respectivo producto, lo cual se acreditará, acompañando la certificación debidamente autenticada por esa entidad"* (folio 45, cuaderno número 1).

c) Que "Laboratorios Récipe, Limitada", presentó propuesta referente a los dos productos referidos según aparece de folios 17, 18, 21 y 60 del cuaderno número uno, así:

"Item número 15, Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2%, código número 019256104, Jarabe, frasco de 120 cc., valor unitario $ 18.00.

"Item número 042 Colchicina 0.5 mg. tabletas, código 059801120, comprimido, valor unitario $ 6.45".

d) En la hoja correspondiente a cada producto, sobre información farmacéutica, presentada por el licitante, se lee:

2. *Registro de precio en la Superintendencia Nacional de Precios. Nº:*

"No se anexa por ser producto que exclusivamente elaboramos para instituciones oficiales mediante licitación. No existe para el comercio y en consecuencia no tiene precio para el público consumidor".

e) No obstante lo anterior, la licitación se le adjudicó, por los dos productos mencionados, a Laboratorios Récipe, Limitada, según acta número 582 de 18 de diciembre de 1973;

f) En virtud de lo anterior, el ICSS y Laboratorio Récipe, Limitada, firmaron contrato de suministro de varios productos farmacéuticos, entre ellos, los que han dado lugar a este juicio, el 6 de marzo de 1974 (folio 4 del cuaderno número 1);

g) La Superintendencia Nacional de Precios, informa al folio 20 del cuaderno número 1, que para la fecha de la propuesta de Laboratorios Récipe, Limitada, y a pesar de la afirmación falsa y fraudulenta de dicha sociedad, por Resolución número 342 de agosto 10 de 1973 se le había fijado como precio oficial al producto Colchimedio, el de $ 26.40 para cada frasco de 15 comprimidos, es decir, $ 1.76 por comprimido;

h) El producto Colchimedio es igual al producto Colchicina, licitado y contratado, según se desprende de la licencia del Ministerio de Salud Pública que citó, en su propuesta, el licitante, y que hable de Colchimedio o Colchicina (folios 14 y 15, cuaderno número 1);

i) Obra al folio 27 del cuaderno número 2, copia autenticada de la Resolución número 392 de 6 de noviembre de 1972 de la Superintendencia Nacional de Precios por la cual se fijan precios máximos de venta al público consumidor, para algunos productos farmacéuticos, entre otros, al Jarabe Cloruro de Amonio e Ipeca, frasco de 120 cc., $ 7.80 la unidad;

j) Por su parte, el Auditor Fiscal del ICSS en Antioquia (ver folio 35, cuaderno número 2), informa —informe que es prueba suficiente— que en el mercado local de Medellín se conseguía por la misma época, el aludido jarabe a $ 4.30 el frasco;

k) Vale decir que toda la documentación anotada en los literales anteriores, fue cotejada con los originales, por el Consejo de Estado, según diligencia de inspección judicial visible a folios 54 y siguientes del cuaderno número 2;

l) En declaración jurada (folio 58, cuaderno número 2), el doctor Enrique Núñez Olarte, en un todo de acuerdo con lo que hasta aquí se ha dejado establecido, dice:

"En el caso del Jarabe de Amonio Cloruro 4% e Ipeca 2%, el nombre comercial Ipecamonio de la licencia número 28930 corresponde, por su composición o fórmula, al medicamento inscrito en el ICSS con el código 019256104 y al medicamento de nombre comercial "Colchimedio", tabletas de 0.5 mg., licencia número 26876 del Ministerio de Salud Pública y es el inscrito bajo el código número 05901120 (Colchicina 0.5 mg., tabletas";

m) Aparecen establecidas las diferencias entre los precios licitados y los comerciales o autorizados oficialmente, pero no las cantidades que el ICSS adquirió durante los 12 meses de vigencia del contrato celebrado con la entidad demandada.

CONCLUSIONES

Por mandato del artículo 1º de la Ley 7ª de 1943, y el Decreto 0102 de 1957, las drogas de uso humano son artículos de primera necesidad, cuyo precio máximo de venta, por virtud de los Decretos 3092 de 1966 y 437 del mismo año, debía ser fijado previamente por la Superintendencia de Regulación Económica y posteriormente por la Superintendencia Nacional de Producción y Precios.

Tales normas tutelan intereses generales de la comunidad y en su observancia están interesadas la moral y el orden públicos, por lo que su violación constituye causal de nulidad absoluta (artículos 1519 y 1524 del C. C.).

Por otra parte, el pliego de cargos, conocido por la demanda, estipulaba como condición para contratar, la de que los precios no fueran superiores a los autorizados oficialmente. Por tanto, la afirmación del licitante de que tales precios no existían legalmente y, que no habían sido señalados, llevaron al ICSS a contratar inducido por *error* (artículos 1508 y 1511 del C. C.) y como se hizo, por el proponente a sabiendas, en forma fraudulenta, dirigida al engaño, constituye, igualmente, dolo a tenor de los artículos 1508 y 1515 del C. C., vicios del consentimiento que acarrean la nulidad relativa de los actos contractuales acusados, a tenor del artículo 1741 del mismo estatuto citado por el demandante.

Para efectos de las restituciones, previstas por el artículo 1746 del C. C., atendida la naturaleza de las prestaciones prometidas, se condenará a la sociedad demandada al pago, al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales demandante, de la suma que resulte de multiplicar la cantidad de los dos cuestionados productos adquiridos por el ICSS de la demanda, durante los 12 meses de vigencia del contrato de suministro y que se ha hecho referencia y lo que se liquidará por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C.

En los autos no se han demostrado perjuicios distintos a los mencionados y a ellos se limitará la condena.

Las diferencias son:

"Para el "Colchimedio" o "Colchicina", $ 4.69 por unidad o comprimido.

Para el Ipecamonio o Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe, $ 13.70 por unidad o frasco de 120 cc.

LAS EXCEPCIONES

Las de caducidad y prescripción propuestas por la demanda, han quedado estudiadas en la primera parte de esta sentencia al analizar la CADUCIDAD propuesta por el Ministerio Público y, obviamente, se declararán no probadas.

La de indebida acumulación de acciones, carece de fundamento, pues en verdad no es ni la consagrada en el artículo 67 ni la del 68 del C. C. A., por cuanto las controversias contractuales estaban excluidas de dicho estatuto, a tenor del ordinal 1º del artículo 73 ibídem y, aun supuesta tal irregularidad, la constante jurisprudencia de esta corporación, acorde con la de la honorable Corte Suprema de Justicia, indica que debe fallarse en el fondo sobre la acción, procedente, para evitar la sentencia inhibitoria y, por lo demás, había una necesaria la petición de nulidad para obligar la consecuencial de restitución, compensación o indemnización, conforme al Derecho Privado.

La falta de causa para pedir, queda resuelta al decidirse no solo que si la había, no es tutelable por la jurisdicción.

Por último, como puede haberse violado la ley penal, se ordenará el envío de una copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación a efecto de que, si es el caso, se promuevan las investigaciones pertinentes.

En mérito de las breves consideraciones anteriores, 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:

Primero. Es nulo el contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos, celebrado el 6 de marzo de 1974 entre el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, exclusivamente en lo relativo a los productos Colchicina o Colchimedio y Amonio Cloruro e Ipeca Jarabe y, con el mismo alcance al indicado, es NULA el acta de 18 de diciembre de 1973, número 582, por la cual el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales adjudicó la licitación a la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, en relación con los citados productos farmacéuticos.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, CONDENASE a la sociedad Laboratorios Récipe, Limitada, domiciliada en Bogotá, D. E., constituida por escritura pública número 907 de 20 de marzo de 1968 de la Notaría Primera de Bogotá y presentada por su Gerente, señor Policarpo Bustillo Sierra o quien haga sus veces, los perjuicios materiales causados por razón del contrato que se anula y liquidados, sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia, por el procedimiento establecido por el artículo 308 del C. de P. C.

Tercero. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Cuarto. Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Quinto. En firme esta sentencia, envíese copia auténtica de la misma a la Procuraduría General de la Nación para las investigaciones a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Portocarrero Mutis.

El Secretario, *Víctor M. Villaquirán M.*

Se deja constancia que la anterior sentencia fue discutida y aprobada en la sesión del diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y siete.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — LICITACION PUBLICA. — Quien ha sido postor en la licitación y no necesariamente el mejor, tiene interés jurídico para demandar el acto de adjudicación y el contrato mismo. — La licitación deberá declararse desierta, pero no adjudicar a la que se considere que se acerca más al cabal cumplimiento de las normas del concurso.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.

Bogotá, D. E., mayo cinco (5) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Carlos Portocarrero Mutis.*

Exp.: 1422. Ordinario especial. Actor: Sociedad Roberto Wiesner Durán y Cía., Limitada, y otro.

(Fallo discutido y aprobado en sesión del día 5 de mayo de 1977).

En demanda presentada por medio de apoderado la sociedad "Roberto Wiesner Durán y Cía., Limitada", y Manuel Gallego Hernández, solicitan que previo el trámite de rigor por sentencia definitiva que hiciera tránsito a cosa juzgada se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que es nulo el acto administrativo contenido en el acta número 109 de 21 de marzo de 1972 del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE' y aprobado por la Junta Directiva del mismo Instituto en su sesión del día once (11) de abril de 1972 por medio del cual dicho Instituto adjudicó el contrato para la construcción del Instituto de Enseñanza Media Diversificada en la ciudad de Armenia a la firma Luis A. Galeano, Jaime Alba y Cía.

"Que es igualmente nula la decisión de aprobación de dicha adjudicación, aprobación impartida en el acta del día once (11) de abril del año en curso y ya referida.

En consecuencia se solicita de esa alta corporación declarar nula y sin efecto tanto el acta de adjudicación como la decisión aprobatoria de la dicha adjudicación, por cuanto integran una misma actuación jurídica y nulos principalmente los actos administrativos contenidos en ellas.

"La nulidad impetrada lo es del siguiente acto administrativo:

" 'La Junta Directiva teniendo como fundamento legal el pronunciamiento anterior y el estudio del cuadro de selección de las propuestas ADJUDICA la licitación C-71-027 para la construcción del Instituto de Educación Media Diversificada, 'INEM', de la ciudad de Armenia, a Luis Galeano

Alba Pinzón, por un valor de $ 13.851.866.61 con plazo de ejecución de 33 semanas. Dado en Bogotá, D. E., a los veintinueve días del mes de mayo de mil novecientos setenta y dos. *Jaime Latorre Fonseca,* Secretario General ICCE'.

"Segundo. Que, consecuencialmente al pronunciamiento anterior, es nulo el acto contractual celebrado entre el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE' y la firma Luis A. Galeano, Jaime Alba & Cía., Limitada, contrato realizado en desarrollo de los actos administrativos cuya nulidad se solicita.

"Tercero. Que, como consecuencia del fallo de nulidad de los actos administrativos y contractuales precedentemente indicados, el honorable Consejo de Estado declare que al 'adjudicar' la 'licitación C-71-027 para la construcción del Instituto de Educación Media Diversificada, INEM de la ciudad de Armenia' a Luis Galeano Alba Pinzón, la Administración colombiana representada por el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares 'ICCE', comprometió en favor de mis mandantes, su responsabilidad civil o administrativa y que por consiguiente debe indemnizar a los actores de todos los perjuicios sufridos pagándoles como indemnización la suma de trescientos cincuenta mil pesos ($ 350.000.00) o la que se determine en este proceso o mediante el trámite de los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil Colombiano.

"Cuarto. Que el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE', debe revisar la actuación administrativa que condujo a la expedición de los actos cuya nulidad se solicita, y que en consecuencia, debe efectuarse una nueva adjudicación del contrato para la construcción del 'INEM' José Celestino Mutis de la ciudad de Armenia a favor del consorcio formado por el doctor Manuel Gallego Hernández y la sociedad 'Roberto Wiesner Durán y Cía., Limitada'.

"Quinto. Que, para la plenitud del resarcimiento del derecho, se disponga que al hacerse la nueva adjudicación a favor de los actores, el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE', debe verificar un reajuste automático de los precios del contrato teniendo en cuenta las alteraciones de los precios de materiales, mano de obra y demás factores incidentes en la determinación del valor, precio o costo del contrato entre la fecha de los actos administrativos cuya nulidad se solicita y el día en que se haga la nueva adjudicación a los demandantes.

"Sexta. Que el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE', debe proceder a dar cumplimiento a la sentencia que pronuncie el honorable Consejo de Estado, y desarrollarla en todas sus conclusiones subsiguientes en el término de treinta (30) días a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo que remate este proceso.

"Séptima. Dentro de esta forma de restablecimiento del derecho que aquí se solicita, a tenor del artículo 69 del Código de lo Contencioso Administrativo Colombiano, solicito del honorable Consejo de Estado tome las disposiciones que crea convenientes para alcanzar el pleno restablecimiento del derecho que emana de las nulidades que pido se decreten estatuyendo los actos nuevos que deben proferirse.

"Octava. Que en todo caso el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, o la entidad que le suceda jurídicamente para la época del fallo, si ello ocurriera, debe proceder a cumplir la sentencia que ponga fin a este proceso en el término de treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia.

PETICION SUBSIDIARIA

"Que, en caso de no declarse la nulidad del contrato celebrado entre el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares 'ICCE', y la firma Luis Galeano Alba Pinzón y Cía., Limitada, el honorable Consejo de Estado declare que el Instituto mencionado debe reconocer y pagar a mis mandantes, dentro del término que se fije en la sentencia que ponga fin al debate procesal, la suma de dos millones ciento cuarenta y nueve mil ochocientos veintidós pesos con veintidós centavos ($ 2.149.922.22), o en su defecto la suma que se determine en el proceso, o por aplicación de los artículos 307 y 308 del C. P. C. en razón de los daños de toda índole, esto es, de la totalidad de perjuicios sufridos por mis mandantes en razón de la actuación del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, 'ICCE', con motivo del proceso administrativo de licitación y adjudicación del contrato para la construcción del Instituto de Enseñanza Media Diversificada 'José Celestino Mutis', de la ciudad de Armenia".

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción pueden resumirse así:

a) El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares abrió la licitación internacional C-17-027, para la construcción de un Instituto de Enseñanza Media Diversificada "INEM" en la ciudad de Armenia;

b) Por reunir los requisitos exigidos en los pliegos de cargos y ser posible la asociación de firmas, los demandantes concurrieron a la mencionada licitación, presentando una propuesta con un valor global total de $ 13.853.858.19;

c) Como los demandantes reunían las condiciones exigidas para la selección, pasaron por las primeras etapas de clasificación, por la segunda etapa y llegaron a la tercera con la firma Luis Arturo Galeano Rojas, Bernardo Pinzón Atuesta y Jaime Alba & Cía., Limitada, "consorcio éste que ocupaba el primer lugar como firma opcionada, en virtud de que al realizarse la tercera clasificación presentó un proyecto por valor de $ 13.851.866.61 lo que coloca a la asociación de la última firma con ventajas sobre los consorcios Manuel Gallego Hernández y 'Roberto Wiesner Durán & Cía., Limitada', por una diferencia de $ 1.991.58";

d) El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares adjudicó el día 21 de marzo de 1972, la construcción del INEM de Armenia a la firma de Luis Galeano Alba Pinzón;

e) La adjudicación de que se ha dado cuenta en el hecho anterior, se hizo contraviniendo el dictamen de la Contraloría General de la República, y a pesar de que la propuesta favorecida contenía enmendaduras que la hacían descartable según los pliegos de cargos;

f) La actitud del ICCE ha causado perjuicio de orden económico a los demandantes.

Como normas violadas con la expedición de los actos acusados la demanda cita los artículos 16, 20, 59 y 60 de la C. N.; 4º de la Ley 4ª de 1964; 1º y 2º de la Ley 36 de 1966; 10 del Decreto 1518 de 1965 y la Resolución 995 de 1969 de la Contraloría General de la República.

En el libelo se hace un estudio extenso sobre la viabilidad de las peticiones del mismo, así como del concepto de violación.

Admitida la demanda y notificada su admisión al señor Gerente del ICCE, éste se constituyó en parte impugnadora, por medio de apoderado especial, quien al momento de alegar solicitó se denegaran las pretensiones del libelo. El señor

Fiscal Segundo del Consejo de Estado, en su vista de fondo, conceptúa que la Sala debe declararse inhibida para fallar en el fondo del negocio por carecer las firmas actoras de interés jurídico para demandar.

Para resolver se

CONSIDERA:

Como el señor Agente del Ministerio Público ha observado la existencia de la falta de un presupuesto necesario para una sentencia de mérito, es indispensable estudiar inicialmente si es cierto, como se afirma en la vista fiscal, que los demandantes carecen de interés jurídico para obrar, ya que de ser ello así no habría lugar a entrar al fondo del negocio.

Fundamenta su concepto el señor Fiscal en las siguientes consideraciones:

"...Sucede, sin embargo, que el informe rendido por la Contraloría General de la República determinó también la existencia de enmendaduras en la propuesta presentada por el consorcio que conforman las personas demandantes en este proceso. Y, aunque el funcionario de la Contraloría advierte que las correcciones encontradas en esta segunda propuesta no alteran de modo sustancial el valor total de la propuesta, considera la Fiscalía que la aplicación de la condición expresada en el pliego de cargos debe, igualmente, hacerse en lo relacionado con ella. Porque el pliego de condiciones es una verdadera ley de la relación entre oferente (Administración) y proponente (firma licitante) y no habiendo hecho aquél distinción entre enmendaduras que alteraran el precio total de la propuesta y enmendaduras que no lo hicieran, no podría tampoco la jurisdicción de lo contencioso administrativo hacerla para disponer que la enmendadura por la cual se alterara el precio total conllevara la inaceptabilidad de la propuesta y que, por el contrario, la que no lo hiciera se encontrara por fuera de las previsiones del literal c) de la segunda condición del pliego de cargos.

"Por esta razón, la anulación del acto de adjudicación de la licitación no implicaría el nacimiento de una relación contractual entre la Administración y las firmas demandantes, ya que como se ha dicho, la propuesta de éstas adolece sustancialmente del mismo vicio que afecta la que resultó favorecida.

"Además nos encontramos ante el caso de que desechando la propuesta presentada por las firmas Luis Arturo Galeano, Bernardo Pinzón, Jaime Alba & Cía., quedaran varias propuestas entre las cuales hacer la adjudicación, puesto que con la que resultó favorecida no concurría únicamente la de los demandantes. No puede pensarse, entonces, que de rechazarse la primera, automáticamente tuviera que favorecerse a la segunda: esto tendría que ser materia de estudio por parte de los funcionarios competentes para hacer la adjudicación, de conformidad con los criterios que para hacerla tenga la Administración, que no puede en ello ser reemplazada por el Organo Jurisdiccional.

"Así, pues, no son titulares los demandantes del derecho que enuncian como lesionado por los actos acusados y es inexistente, entonces, el primer presupuesto jurídico para el ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67 del C. C. A. Dice esta norma:

"La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que, además de la anulación del acto, se le restablezca en su derecho.

"La prosperidad de la acción está condicionada a que el derecho que la personería lesionado por el acto administrativo, se encuentra efectivamente lesionado. Y es solo en protección de este derecho que es viable el ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

"En nuestro parecer, la inexistencia del derecho cuyo restablecimiento solicitan los actores en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, determina la ausencia del interés jurídico concreto al que la ley condiciona la anulación de un acto administrativo por vía del ejercicio de la acción consagrada por el artículo 67 del C. C. A.; con lo que no puede ésta prosperar ni parcial, ni totalmente. Vale decir, que no puede tampoco declararse la nulidad del acto administrativo acusado.

"Por lo expuesto la Fiscalía considera que la carencia de interés jurídico por parte del actor para ejercer la acción de plena jurisdicción inhibe al Consejo de Estado para producir sentencia de mérito".

Para la Sala es evidente que no le asiste razón a la Fiscalía cuando deduce la falta de interés para obrar por parte de los demandantes en el hecho de no ser a ellos a quienes se hubiera adjudicado el contrato por contener la propuesta que presentaron enmendaduras o borrones, y tener la Administración facultad para analizar otros factores para adjudicar, distintos del numérico.

Como lo dijo el Consejo en providencia de 16 de julio de 1966, el interés para obrar radica en la creencia de tener un derecho, mas no en la real existencia del mismo, de ahí que el artículo 67 del C. C. A., diga que "la persona que se CREA lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo...". El interés jurídico para obrar emana de la condición, en el presente caso, de postor en una licitación: luego, para demostrar la aptitud para demandar simplemente debe probarse haber intervenido en la licitación como uno de los postores y no necesariamente tener la condición de mejor postor.

No se puede confundir el presupuesto de interés para obrar necesario para poder proferir una sentencia de mérito y la condición de ser titular de un derecho vulnerado (presupuesto necesario para un fallo favorable a las pretensiones de la demanda). El primero es necesario que se presente en toda persona que acuda a la jurisdicción contencioso administrativa haciendo uso del contencioso de plena jurisdicción y el segundo es presupuesto indispensable para obtener un fallo favorable.

Como de las pruebas que obran en autos se demuestra que los actores participaron en la licitación C-17-027 para la construcción del INEM de Armenia, y que estiman o crean que sus derechos fueron desconocidos con la expedición del acto de adjudicación y con la celebración del contrato posterior, y ello podría ser así, precisamente por haber presentado propuestas para esa construcción, no puede el Consejo de Estado declararse inhibido para entrar a estudiar el fondo del negocio por falta de interés jurídico para obrar en la parte demandante.

Sentado lo anterior, se pasa a estudiar el fondo del asunto.

Según lo expuesto en la demanda y lo alegado por el apoderado de los actores el cargo a los actos acusados radica en que se aceptó y posteriormente se adjudicó el contrato a un consorcio que presentó propuesta con enmendaduras y borrones, los cuales fueron hechos con posterioridad a la entrega para rebajar el valor de la propuesta, y para vulnerar los derechos de los demandantes.

Lo primero que debe advertir la Sala es que durante el juicio no se logró demostrar que las enmendaduras, tachones y borrones de la propuesta presentada

por el consorcio conformado por Luis Arturo Galeano Rojas, Bernardo Pinzón Atuesta y Jaime Alba & Cía., Limitada, hubieran sido hechas por funcionarios del ICCE o por otras personas, con posterioridad a la entrega de las propuestas. Solamente está demostrado, y ello se observa de la simple lectura del expediente contentivo de la misma, que es cierto, como lo encontró la Contraloría General de la República, que esa propuesta contiene una serie de enmendaduras tanto en la parte denominada Normas Generales, como en los Análisis de Precios Unitarios, y que tuvo errores aritméticos en los valores y que se omitieron valores totales en algunos ítems. Mas, asegurar que esas enmendaduras se hicieron para hacer bajar el valor de la propuesta una vez presentada, sería aventurado. Está claro que ellas se hicieron para bajar el valor de la propuesta, pero de ello no puede inferirse que fuera para derrotar la presentada por los demandantes.

En otras palabras, la Sala encuentra que evidentemente la propuesta favorecida en la licitación C-17-027 contenía una serie de enmendaduras, que de acuerdo con la condición segunda, numeral c) del pliego de cargo, debía ser rechazada por el ICCE.

Por ello, como el Insituto Colombiano de Construcciones Escolares adjudicó el contrato para el INEM de Armenia, al consorcio Galeano Rojas, Atuesta Pinzón y Alba, a pesar de que la propuesta debió ser rechazada, tiene que concluirse que fue ilegal, por violación del pliegos de cargos, que es ley para los proponentes y para la Administración, como lo ha sostenido en diversas oportunidades el Consejo, razón por la cual deberá anularse ese acto de adjudicación.

Además, como está demostrado en autos, con el informe de la Contraloría General de la República, la propuesta presentada por los demandantes también contenía una serie de enmendaduras (folios 25 a 31, cuaderno principal), aunque estas enmendaduras o borrones observados tanto en los ítems como en las hojas de análisis de precios unitarios, no varían en forma alguna los subtotales por materiales, los subtotales por mano de obra ni los valores netos, es decir, no sufren cambio fundamental en el presupuesto total de la obra, presentada por la firma licitante", debió también rechazarse, pues el numeral c) de la condición segunda de los pliegos, no distinguió entre enmendaduras que variaban los precios y aquellos que se debían a errores mecanográficos, de cálculo, etc., simplemente se exigió propuestas sin tachaduras, borrones o enmendaduras.

Por esta razón, si todas las propuestas no se ceñían a los pliegos por contener enmendaduras, borrones, etc., la obligación del ICCE debió ser la de declarar desierta la licitación, y no adjudicar a la que consideraba que más se acercó al cabal cumplimiento de las normas del concurso. De ahí que tenga razón el señor Fiscal Segundo cuando expresa que, aunque era cierto que no debió adjudicarse el contrato a la firma que a la postre resultó favorecida, tampoco podía, por razón de las enmendaduras, adjudicarse a los demandantes, ya que si la licitación no hacía distinción en cuanto a aquéllas no puede el juez al aplicar la ley, distinguir.

Porque no debe olvidarse, como la ha expresado esta corporación en otras oportunidades, el hecho de permitir participar en el proceso de selección a proponentes cuyas propuestas no reúnen los requisitos exigidos por la ley o por los pliegos de cargos, esto no puede generar derechos para ellos en el caso de haberse otorgado el contrato en forma ilegal, ya que de una situación ilegal no pueden emanar derechos.

En otras palabras: es procedente la anulación del acto de adjudicación por cuando es cierto que ella fue hecha en forma violatoria de las normas de licitación (los pliegos de cargos) y por ende transgresora de la ley sustantiva, como igualmente es viable la declaratoria de nulidad del contrato celebrado posteriormente,

aunque se haya vencido el plazo fijado, pues es consecuencia de la nulidad de la adjudicación.

En relación con el restablecimiento de su derecho pedido por los actores, tiene que concluirse que no es del caso acceder a ello, por cuanto aunque fueron postores en la licitación, y estaban en segundo lugar en la selección, su presencia en el proceso administrativo se debió a la no aplicación por parte del ICCE de lo establecido en el numeral c) de la condición segunda de los pliegos, ya que tampoco debieron ser incluidos en la selección de la propuesta ganadora por haber presentado una propuesta que no reunía los requisitos de las normas de la licitación.

Se decretará la nulidad de la adjudicación, aunque se denieguen los intereses económicos de los actores, porque la Sala entiende que su obligación es la de corregir los yerros administrativos, recordando a las autoridades que su obligación es cumplir y hacer cumplir las leyes y obrar con lealtad y pulcritud en los asuntos que les sean encomendados, y riñe contra estos principios el hecho de establecer unas reglas y luego desconocerlas la entidad que las dictó.

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

FALLA:

Primero. Es nulo el acto administrativo contenido en el acta número 109 de 21 de marzo de 1972 del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, "ICCE", aprobado por la Junta Directiva del mismo Instituto en su sesión del día 11 de abril de ese mismo año, por medio del cual se adjudicó el contrato para la construcción del Instituto de Enseñanza Media Diversificada en la ciudad de Armenia a la firma o consorcio "Luis Galeano - Alba Pinzón".

Segundo. Es nulo el contrato celebrado entre el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, "ICCE" y la firma Luis Arturo Galeano Rojas, Bernardo Pinzón Atuesta y Jaime Alba H. & Cía., Limitada, de que trata la licitación número C-71-027, INEM de Armenia.

Tercero. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Osvaldo Abello Noguera, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — CLAUSULA DE CADUCIDAD. — De conformidad con el artículo 255 del C. C. A., se deben especificar clara y concretamente los hechos y circunstancias que configuran la causal de caducidad alegada. La simple afirmación genérica de incumplimiento, no constituye la motivación requerida por la norma citada, ni exigida por los más elementales principios de lógica y equidad. SOLIDARIDAD. — Entre el Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A. (Colcarril), en liquidación y el Instituto de Fomento Industrial (IFI). — Como el Estado no perece ni se quiebra, por supuesto filosófico político, es el Estado mismo quien debe responder, directa o indirectamente, de la gestión de sus organismos descentralizados, así éstos tengan autonomía jurídica y patrimonial, cuando tales organismos se liquiden o queden en insolvencia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.

Bogotá, D. E., mayo cinco de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Valencia Arango.*

Ref.: Expediente número 1320. Actores: Metalúrgica Grancolombiana, Antonio José Prieto, Joaquín Antonio Prieto Isaza, Marina de Prieto y Matilde Isaza de Prieto.

En demanda presentada ante esta corporación, el doctor Antonio José Prieto, en su propio nombre, como Gerente de la sociedad Metalúrgica Grancolombiana y como representante judicial de los señores Joaquín Antonio Prieto Isaza, Marina de Prieto y Matilde Isaza de Prieto, solicitan se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que son nulas las Resoluciones declarativas de caducidad (anteriormente indicadas), número 1 de noviembre 24 de 1970 y número 1 de 9 de junio de 1971, proferidas por la Junta Directiva de Colcarril, entidad ésta estatal del orden nacional, con domicilio en Bogotá. Resoluciones ambas que por haber sido expedidas en forma anormal y arbitraria están afectadas de inconstitucionalidad e ilegalidad y de aquí su nulidad;

"b) Que las resoluciones anteriores por haber dado por terminado el mentado contrato número 17 de agosto de 1970, de modo intempestivo, arbitrario y contra derecho le ocasionaron graves perjuicios patrimoniales y morales a la sociedad contratante 'Metalúrgica Grancolombiana, Limitada', que repercutieron en el patrimonio particular del socio gerente y del socio Joaquín Prieto y en los morales de sus 4 socios;

"c) Que consecuencialmente y a modo de restablecimiento del derecho lesionado se declare que el Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A. (COLCARRIL) y el Instituto de Fomento Industrial (IFI), solidariamente, son civilmente responsables de los perjuicios ocasionados a Metalúrgica Grancolombiana en detrimento de sus patrimonios particulares y por haberse visto obligados a afrontar la emergencia económica y financiera a que se vio abocada la fábrica de fundición perteneciente a Metalúrgica, teniendo que hipotecar sus bienes inmuebles, vender otros de carácter bursátil, etc.;

"e) Que la condenación al pago de perjuicios comprende daños patrimoniales y morales y el resarcimiento debe extenderse a unos y otros;

"f) Y que se condene en costas solidariamente a las dos entidades descentralizadas señaladas y a modo también de indemnización de perjuicios por la temeridad en que incurrió Colcarril en la conformación de los actos administrativos corporiados por las dos resoluciones de caducidad mencionadas. Que la condenación de perjuicios se haga en concreto en cuanto pueda demostrarse dentro de este juicio e in generi o en abstracto en cuanto a lo que no se alcance a demostrar en su valor.

"Que consecuencialmente y a modo de restablecimiento de los derechos lesionados se declare que el Consorcio de Material Ferroviario, S. A. (COLCARRIL) y el Instituto de Fomento Industrial (IFI), solidariamente son civilmente responsables de los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados a Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, y de modo particular a los socios Antonio José Prieto, Joaquín Antonio Prieto Isaza, Marina Laserna de Prieto y Matilde Isaza Prieto. Que se condene y se ordene el pago de los perjuicios patrimoniales y morales determinados y especificados, a las entidades estatales descentralizadas dichas (IFI y COLCARRIL) y a favor de las cinco personas indicadas como demandantes como parte actora".

Como hechos relató el demandante los siguientes:

"1º Que siendo como es Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, socio de Colcarril y siendo como es el contrato que se declaró caducado de tanta importancia para la sociedad que represento, tanto por su cuantía como por su naturaleza y esencia para no incurrir en arbitrariedad y culpa dolosa, era de elemental práctica como es costumbre en todos los países de régimen de derecho y de instituciones avanzadas en el Derecho Público y Administrativo, que al menos se le hubiera llamado la atención a Metalúrgica sobre su incumplimiento o forma defectuosa de cumplir el contrato de elaboración y venta de los implementos especificados en el contrato o en la mora para entregarlos con señalamiento categórico de fechas, de implementos defectuosos o dañados con expresión de cantidades, como todo lo demás atañedero a demostrar el incumplimiento o el imperfecto cumplimiento del contrato, y en el caso supuesto de ocurrencia.

"2º Que por no haber procedido Colcarril diligente y cuidadosamente de conformidad a lo anteriormente indicado con transgresión de precisas normas de Derecho Civil que rigen el contrato de compraventa como la de los contratos en general, Colcarril le cerró las puertas a mi representada y todas las oportunidades para demostrar que los reclamos o quejas eran equivocados o procedían de negligencia del mismo Colcarril o de mora suya, en fin, para demostrar su legal, estricto y correcto cumplimiento del contrato, o bien para corregir los defectos en la elaboración de los implementos contratados, para el supuesto de que efectivamente éstos existieron.

"3º Que por el error de conducta en que incurrió Colcarril de conformidad a lo expuesto en el numeral anterior se incurrió por parte de Colcarril y en

forma muy perjudicial para mi representada en no haberle propiciado que hubiera sido oída en descargos, por lo cual se violó el elemental principio universal de derecho contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, que obliga en cualquier campo que sea: policivo, penal o administrativo, oír en descargos previamente a un presunto culpable de cualquier transgresión y aun en el civil, porque en este campo esa disposición constitucional se cumple notificando personalmente de las demandas o del primer auto con que se inicie una actuación.

"4º Porque en los países hispanoamericanos y conforme a tratadistas como el argentino Bielsa en el tratamiento de contratos de suministro, como es el de que trata esta demanda, sus derechos administrativos así lo prescriben y así mantienen una jurisprudencia sana y protectora de los abusos de poder de la Administración, y aunque en contratos administrativos de suministros se pacte la caducidad, tienen establecida la jurisprudencia de que la caducidad debe decretarse por el Contralor de la Administración o sea el Organo Jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo.

"5º Que las resoluciones de caducidad y más propiamente la primera, o sea la del 24 de noviembre de 1970, se produjo sin allegamiento de ninguna prueba, contrariando el principio elemental de derecho de que la prueba incumbe al que afirma o acusa y no al que la niega, conforme a la regla latina: 'actori incumbit probatio' (artículo 1757 del C. C.).

"6º Que el contrato terminado por la caducidad NOVO siete (7) contratos anteriores que produjeron ingentes pérdidas a Metalúrgica por motivos varios, siendo de anotar principalmente dos: 1º Precio de los implementos muy bajo, y 2º imposición de una técnica que fue muy laboriosa y costosa en la fabricación de algunos de los implementos, tales como ruedas para vagones de ferrocarril, de carga, y el llamado yugo, para los mismos, por cuanto la fabricación de tales implementos constituía para Colombia y sus industriales privados, un experimento nuevo en la hechura y una técnica que no era conocida en Colombia, todo lo cual acusado por no haberse tenido en cuenta estas circunstancias en el momento de la celebración de los contratos declarados novados por el que es motivo de la presente demanda, ocasionaron una gran pérdida. Y si a esto se agrega que Colcarril, el que en el fondo vino a ser un subcontratista en relación con la casa mexicana que en licitación internacional adquirió el contrato de hechura o fabricación de mil (1.000) vagones de carga, contrato que les fue adjudicado por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Colcarril recibió de la casa mexicana un diseño errado para la fabricación de las ruedas; y esto no vino a descubrirse por Metalúrgica, Limitada, sino en el transcurso de mucho tiempo después de que estuvo luchando técnicamente para producir una rueda aceptable, que le ocasionó grandes erogaciones de dinero, que se traducen en pérdidas, error ese que como se estaba procediendo sobre la buena fe que les fató a los mexicanos en la entrega que hicieron de ese diseño, Metalúrgica o mi representada no pudo hacer el reclamo oportunamente para haberse resguardado de tanto perjuicio sufrido y a causa de que le fue entregado por Colcarril la que a su vez la recibió de la casa mexicana, un diseño de ruedas para fabricar por el procedimiento de forjas y no por el procedimiento de fundición que fue este el que contrató Colcarril con Metalúrgica. En todo caso, hubo negligencia por parte de Colcarril en recibir de la casa mexicana un diseño inadecuado para el contrato o contratos de ruedas celebrados con mi representada.

"7º Que mi representada no ha firmado contrato alguno ni con los Ferrocarriles Nacionales, ni con la casa mexicana referida.

"8º Que 'Colcarril' que es la sigla de 'Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A.', en el capítulo de 'preliminar' del contrato sub júdice está determinado que así se denominaría 'Colcarril'.

"9º Que la sociedad 'Metalúrgica, Grancolombiana, Limitada' está compuesta de cuatro socios familiares entre si, lo cual ha determinado que el socio que expone y el socio Joaquín Prieto por defender los intereses de sus familiares vinculados a la sociedad se hayan visto precisados particularmente a comprometer su patrimonio particular con hipotecas y ventas para recaudar fondos con qué afrontar el rudo y primer impacto que produjo la caducidad intempestiva decretada e impuesta por la Junta Directiva de Colcarril, porque de no haber procedido así se habría producido la quiebra de la sociedad, y por esto tienen derecho al resarcimiento de perjuicios.

"10. Que para tratar mi representada de resarcir en parte los perjuicios que se habían venido cumpliendo y acumulando de pérdidas cuantiosas en el cumplimiento de los siete (7) contratos novados por el de 17 de agosto de 1970 fue por lo que Colcarril concedió a Metalúrgica el suministro de cuatro mil (4.000) ruedas, no maquinadas, por valor de $ 6.780.00 (véase folio 2 del contrato) y los otros productos varios por valor de... todo lo cual dio como valor total o precio de lo que Metalúrgica debía fabricar y entregar a Colcarril fue la suma de $ 7.418.435.00 moneda corriente.

"11. Es bueno advertir para una mejor comprensión por parte de la Justicia Contencioso-Administrativa que en materia de ruedas hubo primero un contrato por la cantidad de ochocientas al precio de $ 1.300.00 cada una, sin maquinación y si se maquinaban ese precio se recargaba con $ 160.00 cada rueda. Ese contrato fue celebrado el 3 de octubre de 1968. De ese primer contrato se fabricaron y entregaron y fueron recibidas y están trabajando en los vagones en que fueron instaladas aproximadamente 750 hasta octubre 15 de 1970; en el servicio fallaron, parece, 250, o sea un 4% del total recibido pero hay que advertir que para la entrega de las 750 recibidas a satisfacción hubo que reproducir aproximadamente 390 o 400 más que fueron rechazadas y que representan el valor de $ 496.000.00, suma ésta que fue imputada por Colcarril a suma recibida como anticipo en la cuenta corriente que se estableció entre la entidad fabricante y Colcarril, de suerte que esa suma ha sido para Metalúrgica una pérdida neta debido al defecto del modelo ya anotado. Del contrato caducado se produjeron 250 ruedas en cuya fabricación se hicieron tantos esfuerzos de orden técnico y a mucho costo, pero no obstante el defecto anotado del modelo, se logró superar tal defecto en forma que esa cantidad de ruedas fue aceptada en su calidad, mediante el examen técnico practicado por el interventor designado al efecto por Colcarril y los Ferrocarriles Nacionales, denominada Consultécnica, gerenciada por el ingeniero Aníbal López. Colcarril las recibió y las transportó a la planta ubicada en Sogamoso, Boyacá, perteneciente a la Industria Militar, con el objeto de ensamblarlas en los vagones de carga. Colcarril pagó su valor y quedó debiendo un saldo de $ 160.000.00 que no ha cancelado. Ese total de ruedas fue mecanizado por Metalúrgica al costo de $ 160.00 por rueda, o sea que el valor total de cada rueda fue de $ 1.850.00.

"12. Colcarril incumplió inusitadamente el contrato a los quince días de estar en vigencia y cuando Metalúrgica lo estaba cumpliendo a satisfacción mediante esfuerzos óptimos; así las 200 primeras ruedas que debían entregarse el 15 de septiembre de 1970, conforme el numeral 0.02 'términos de entrega' del contrato, página 4ª-B y al plano de la página 5 del mismo. La primera entrega de 200 ruedas debía hacerse el 15 de septiembre de 1970, o sea 15 días después del 31 de agosto de 1970, según así lo reza la cláusula dicha que rigió el cuadro o plano de 'cantidad de unidades para entregar en 1970'. Conforme a lo dicho el 5 de septiembre de 1970 en que Colcarril por sus técnicos aprobaron la calidad y la entrega de cantidad mayor de la que estaba obligada Metalúrgica para esa primera entrega porque lo examinado y entregado fue la cantidad de 250 ruedas. Aceptada la calidad y dado el pase o aprobación por Consultécnica o interven-

tor de inspección, designado por Colcarril (véase cláusula 11.011 'Interventoría-inspección', página 9ª-v del contrato), la entrega quedó hecha en los predios de la fábrica de Metalúrgica, ubicada en la vereda de Chusacá, Soacha, Cundinamarca, y Colcarril procedió al recibo y transporte por ser de su cargo. Colcarril hacía el transporte por sus camiones a los talleres de la Industria Militar, como atrás ya se había dicho para allí ser ensambladas en los vagones de carga que esa entidad hubiera recibido y ensamblado en su totalidad. Estando recibidas las 250 ruedas o sea una cantidad mayor a la que debía entregarse el 15 de septiembre se procedió a facturar el cobro del valor correspondiente y Colcarril pagó una parte, quedando a favor de Metalúrgica un saldo de $ 160.000.00 en contra de Colcarril. En estas circunstancias narradas y de modo inexplicable e injustificado y cuando ya tenía las 250 ruedas en poder de la Industria Militar, Colcarril, por medio de su Subgerente, doctor Alvaro Báez, avisó a Metalúrgica que no pagaba el saldo porque el Gerente, señor Gustavo Jaramillo Ferro, había dado orden de no pagarlo y de no recibir más ruedas, todo lo cual fue confirmado por el señor Alfonso Reyes, Jefe del Departamento de Material, quien a su cargo tenía el recibo de lo fabricado por Metalúrgica. Esto ocurrió entre el 12 y el 14 de septiembre de 1970. A partir de esas fechas Colcarril incumplió el contrato por no pago completo de lo entregado y por negativa a recibir los implementos que contractualmente se debían elaborar y entregar. Ese contrato lo arruinaron, lo desmantelaron y lo echaron a perder irrogando gravísimos perjuicios a Metalúrgica porque la espina dorsal del contrato, lo jugoso y que constituía el incentivo principal para haber celebrado Metalúrgica el contrato era la fabricación de ruedas, de las cuales Colcarril se proveyó importándolas del extranjero y a un precio más alto. Se sabe que cada rueda importada costó alrededor de $ 2.500.00 moneda corriente. Pero no contento Colcarril con los incumplimientos anteriores y como para arruinar en su totalidad el contrato e incumplirlo y quedar manifestado en la práctica el propósito o intención de inferir un daño gravoso y perjudicial para los intereses patrimoniales de Metalúrgica, para el recibo del implemento llamado yugo, inventó el señor Jaramillo Ferro un procedimiento que no está pactado en el contrato, que no estaba previsto y que dictatorialmente se lo impuso a Metalúrgica, consistente en someter ese implemento para ser recibido, a una prensa de averiguación de solidez de la pieza, que debía soportar una presión de tonelaje de 220 (toneladas). Esa medida fue a propósito de obstrucción para el normal cumplimiento del contrato en la que se refería a yugos y sirve también para marcar la conducta del Gerente de Colcarril, señor Gustavo Jaramillo Ferro. Tal maniobra fraudulenta constituyó otra forma de incumplimiento del contrato y otra manera inventada a propósito de inferir daño de arruinar a Metalúrgica. No obstante que con la sustracción arbitraria y unilateral por parte de Colcarril de frustrar el recibo de ruedas, lo que vale decir sustraer del contrato la fabricación principal pactada, Metalúrgica abnegadamente quiso cumplir lo relativo a la fabricación de los demás implementos objeto del contrato y en condiciones muy adversas primero porque su capital de trabajo quedó menguado con el no pago de los $ 160.000.00 restantes del precio de las 250 ruedas entregadas, y segundo con el invento satánico de prueba de solidez de los yugos que extracontractualmente impuso Colcarril con el fin de hacer fracazar, de frustrar el contrato en su totalidad para Metalúgica. Debo añadir que el ánimo extraordinariamente honesto y extraordinariamente tozudo por parte de Metalúrgica de enfrentarse a la adversidad y a la malicia de Colcarril, se produjeron yugos en cantidad muy apreciable que desafiaron y soportaron la prueba 'destructiva' ya dicha. Sin embargo, y esto pone de manifiesto el ánimo nocendi de Colcarril en el tiempo de la gerencia del señor Gustavo Jaramillo Ferro y de la Junta Directiva que lo acompañó, que llegó un momento también en que esa entidad se negó a recibir más yugos y más implementos elaborados por Metalúrgica.

"13. Pero descartando lo relativo a yugos y demás implementos queda el hecho protuberante del incumplimiento de Colcarril narrado en el numeral anterior respecto a la transgresión o incumplimiento por parte de Colcarril del contrato en lo concerniente a las ruedas. Y esto es suficiente para en forma categórica, como lo dijimos en nuestra petición de reposición de la resolución primera que declaró la caducidad del contrato, que el incumplimiento y la mora habían partido y eran achacables no a Metalúrgica sino a Colcarril.

"14. Para que no se trate de sorprender durante el plenario del juicio que instauro y para prevenir cualquiera confusión que se quisiera traer que hiriera la mente de los señores honorables Consejeros, llamo la atención hacia que en la Resolución número 9 de 1971 que confirmó la anterior sobre caducidad impartidas ambas por la Junta Directiva de Colcarril, que las ruedas que se dice fallaron en el servicio, y en el supuesto de que ello fuera cierto, tal falla pertenecería no al contrato que han declarado caducado sino a contratos anteriores que quedaron novados por el contrato hoy sub lite; y que es de muy mala fe tratar de imprimirle reversibilidad y no hacia atrás sino hacia adelante para involucrar efectos de contratos NOVADOS a efectos de un contrato posterior que los extinguió por ministerio de la ley.

"15. Que el infringimiento del contrato por parte de Colcarril y reagravado con la declaratoria de caducidad o su fenecimiento arbitrario han producido en contra de Metalúrgica, en sus intereses patrimoniales daños o perjuicios que concretamente anotamos así:

"1º Los siete contratos que se novaron por el que es materia de la presente demanda fueron pactados con un precio tan notoriamente bajo y que ocasionó una ingente pérdida que el mismo Colcarril así lo reconoció, como lo reconoció también la Industria Militar que similarmente celebró contratos de fabricación para los mismos mil vagones de carga del contrato con la casa mexicana 'Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril, S. A.', quedó consignado tanto en actas de sesiones de la Junta Directiva de Colcarril como cristalizado en el contrato novatorio —hoy declarado caducado por Colcarril— en la cláusula número 3.02, reajuste allí previsto que no se llevó a cabo ni en la liquidación allí fijada y menos en su pago. El derecho al reajuste allí consignado y no llevado a cabo representa para Metalúrgica un valor de más de $ 1.000.000.00, suma ésta que hace parte de los perjuicios que por la presente demanda se deben reconocer y ordenar su pago, el precio total del contrato es de $ 7.418.435.00. El número de ruedas pactadas para fabricar y entregar fue de 4.000 al precio de $ 1.695.00; su valor total era de $ 6.780.000.00 (luego el valor para los otros implementos es de $ 638.435.00). Luego descartadas las ruedas arbitrariamente por Colcarril todo el incentivo del contrato desaparecía porque su valor de $ 6.780.000.00 frente a $ 638.435.00 quedaba reducido a una suma pequeña incapaz de dar utilidades que resarcieran el valor de los productos fabricados y rechazados durante la ejecución de los contratos novados y que cubrieran también el riesgo de los valores de los posibles rechazos durante la ejecución del último contrato a que nos venimos refiriendo.

"16. El contrato fenecido por caducidad decretada arbitrariamente estaba predestinado a dar una utilidad presuntiva del 30% sobre el valor total de las cuatro mil (4.000) ruedas que absorbiera la pérdida ocasionada en la ejecución de los contratos novados. El precio de maquinación de cada rueda se pactó posteriormente al contrato caducado en la suma de $ 160.00 por rueda. El precio entonces de las 4.000 ruedas, incluso maquinación, debía producir la suma total de $ 7.420.000.00, o sea rueda a $ 1.855.00. Las 250 ruedas entregadas valieron $ 463.750.00. Dejaron de pagar $ 160.000.00, como ya se ha dicho, con incumplimiento de Colcarril. Restados los $ 463.750.00 y para el caso supuesto de cance-

lación total de aquel precio de 4.000 ruedas, se tiene la suma de $ 6.956.250.00. El precio de utilidad posible calculada sobre esta suma del 30% sería de $ 2.086.875.00. Esta suma representa el daño y perjuicio al mismo tiempo ocasionado por la caducidad arbitraria del contrato caducado. Si a ella se agregan las siguientes sumas: $ 160.000.00 saldo de las 250 ruedas entregadas, antes determinadas; $ 830.000.00 de pérdidas por rechazos en los contratos anteriores; $ 1.300.000.00 el valor de reajuste pactado en el contrato caducado y no cumplido. Hacemos esa estimación (el fundamento de ese reajuste es el de que en el momento de pactar los contratos anteriores los precios, éstos fueron muy bajos, debido a informaciones insuficientes sobre el valor de materiales, ausencia de planos y muchas otras razones); Colcarril no ha pagado materiales entregados en octubre y noviembre de 1970, de piezas varias, que no han sido facturadas porque faltan los informes de almacén de Colcarril; los estimamos en la suma de $ 25.000.00; materiales en planta, pendientes de recepción, que estaban fabricados cuando Colcarril suspendió y feneció a su antojo el contrato del 17 de agosto de 1970; estimamos su valor aproximado en $ 50.000.00; hay que agregar el valor, estimado simplemente como chatarra, de yugos principalmente rechazados, de 2 toneladas que se encuentran en la planta de Colcarril en Bonza, jurisdicción de Duitama, Boyacá, que el Gerente de Colcarril actual, doctor Enrique Vejarano Calvo, después de haber dado orden escrita para que fueran entregados a Metalúrgica porque le pertenecen, subrepticiamente dio contraorden a sus empleados de Bonza para impedir el retiro. Estimamos el valor de esta chatarra en la suma de $ 20.000.00. Totalizando todas las sumas anteriores se obtiene la cantidad de cuatro millones doscientos setenta y un mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 4.271.875.00), valor del daño emergente, aproximadamente, sufrido por la sociedad. El valor del lucro cesante aproximado se estima en la suma de $ 400.000 en el tiempo que va corrido desde la fecha de septiembre de 1970, en que arbitrariamente y con incumplimiento del contrato por parte de Colcarril el Gerente, Gustavo Jaramillo Ferro, ordenó el no recibo de más ruedas, suma ésta que en el fondo comprende en parte daño emergente y en parte lucro cesante y que tiene como fundamento el que se mantenía un personal de trabajadores de planta aproximadamente a ochenta individuos con salarios elevados y en cuyo lapso disminuido el ritmo de actividad que se traía, ese personal prácticamente recibía remuneración estando ocioso; pero había que mantenerlo en la espera de que Colcarril rectificara sus arbitrariedades.

"16-A. La situación últimamente determinada, de suspensión en la recepción de ruedas, se agravó mucho más y el traumatismo que se había producido con ello, de resquebrajamiento de las actividades de la planta y del sostenimiento de toda una maquinaria o estructuración para cumplirle a Colcarril el contrato caducado se puso de manifiesto cuando se recibió la notificación de la resolución de caducidad el 13 de enero de 1971, porque el tronchamiento súbito de modo absoluto de toda la producción de Metalúrgica, constituyó un golpe, un impacto de consecuencias terribles que amenazaron la ruina, la quiebra total de la empresa; los gastos con las pérdidas que se habían venido acumulando desde septiembre de 1970, que se fueron acentuando día por día con la suspensión de pagos, de recepciones de otros implementos. Así se reveló que a la Empresa de Energía Eléctrica se le debía por consumo de energía cerca de $ 150.000.00, a los chatarreros o vendedores de chatarra, cerca de $ 170.000.00, deudas por otros suministros de materiales, sueldos de personal técnico, director de la planta y prestaciones sociales para el pago de obreros que había que pagar de inmediato porque era imposible sostener por más tiempo inactivo el personal de aquellos ochenta obreros. La empresa no tenía en caja dinero alguno. Todo su capital de trabajo estaba consumido. La ruina era inminente. Así en estas condiciones el gerente que expone hubo de hipotecar una casa de su propiedad (de Bavaria, bonos del IFI), por otra suma aproximada a $ 100.000.00 y el socio Joaquín Prieto hubo también de hipo-

tecar otro inmueble de su propiedad particular por $ 200.000.00 y de esa fecha en adelante el suscrito gerente ha tenido que atender con dinero de sus rentas propias el pago unas veces de salarios, y las prestaciones sociales del personal despedido. Todo ese impacto súbito que hubo que afrontar con valor, abnegada y decididamente por parte de los dos socios indicados, ha constituido un daño emergente aproximado a $ 500.000.00, porque de otro modo la empresa habría sido embargada y llevada a un juicio de quiebra. Ese golpe súbito ruinoso en sus consecuencias destructoras logró frenarse pero el estado de deterioro de la empresa ha continuado, porque la clientela que se tenía antes de comprometerse Metalúrgica con Colcarril para elaborarle productos para los Ferrocarriles Nacionales, y dentro de plazos cortos y angustiosos, había implicado consagrar toda la actividad de Metalúrgica para Colcarril con la disminución si no cancelación total de su clientela de antes que aún no se ha podido recuperar, y por lo tanto, continúan gravitando los perjuicios o daños ocasionados por la caducidad del contrato de 17 de agosto de 1970.

"17. Para atender en toda su extensión e intensidad el abastecimiento o suministro de materiales ferroviarios a Colcarril y con destino a los Ferrocarriles Nacionales, y por exigencias aun del mismo Colcarril que estaba empeñado en tener la seguridad y la garantía de que Metalúrgica sí iba a cumplir la producción de lo que se le encargara y contratara, Metalúrgica se vio precisada a expansionar sus instalaciones en su planta que funciona en la vereda de Chusacá, jurisdicción de Soacha (Cundinamarca), lo que se traduce en una serie de inversiones valiosas tales como la instalación de un nuevo horno eléctrico de 2.0 toneladas, que se importó de Estados Unidos y cuyo costo total incluyendo el valor de la instalación eléctrica que llevó a cabo la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, la que por solo ese concepto cobró la suma de $ 250.000.00, dicho horno costó la suma de $ 1.200.000.00 de los cuales todavía se le debe al IFI una suma apreciable por la apertura de una carta de crédito; la instalación de un equipo de limpieza con granalla de acero; de una máquina desmoldeadora, de otros equipos de limpieza, por valor de US$ 11.000.00. No se hubieran justificado esas inversiones y la adquisición de obligaciones de deudas por pagar cuantiosas si se hubiera sospechado de la deslealtad y la posibilidad de ruptura imprevista en las relaciones contractuales con Colcarril.

"18. Que Metalúrgica no recibió ninguna ayuda de asistencia técnica de Colcarril, empresa ésta que estaba obligada a darle contemplando las cosas retroactivamente y a partir de los primeros contratos porque la casa mexicana se había obligado a ello, pero Colcarril por una absoluta negligencia o culpa de su parte no la reclamó ni la impuso. Metalúrgica sostiene que las fallas técnicas, usuales en esta clase de fabricaciones nuevas en Colombia, y las dificultades que ocurren para adquirir una experiencia nueva son onerosas pero son remediables, cualesquiera que fueren sus causas. El país tiene numerosos ejemplos de este aserto, inclusive la misma empresa de Colcarril ha sido una experiencia para el país, para que se sigan construyendo los vagones que los Ferrocarriles necesitan para reponer su material rodante.

"19. Acusa una grande audacia, mala fe, en aseverar falsamente en la Resolución de 9 de junio de 1971, por la cual la Junta Directiva de Colcarril reafirmó la caducidad pronunciada por la Resolución del 24 de noviembre de 1970, al decir que en los memoriales que dirigimos interponiendo los recursos de revocatoria y apelación, hicimos confesión de que sí se habían roto ruedas. Desde el instante en que las 250 ruedas que se produjeron dentro de la ejecución del contrato del 17 de agosto de 1970, ruedas que aceptadas técnicamente y llevadas por Colcarril y entregadas a la Industria Militar en la planta de ésta, en Sogamoso, han permanecido allí desde el tiempo de la entrega hasta hoy sin haber sido ensambladas y sin haberlas dado al servicio, es físicamente imposible que

se hubiera roto siquiera una, hay por lo tanto la afirmación al respecto es completamente falsa. Es igualmente antiverídico que en esas peticiones de reposición se hubiera hecho confesión o aceptación de que había ocurrido ruptura de ruedas correspondientes al contrato caducado. En el supuesto de que hubiera ocurrido ruptura de ruedas ello pertenecería a los contratos novados y por lo tanto no solo no se ha demostrado eso sino que se trata de hacer confusión, mezclando lo perteneciente a los contratos novados con lo concerniente al contrato último caducado.

"19-A. Que todos los rechazos correspondientes a ruedas fueron de los contratos novados, y que a este respecto conviene resaltar que no solo se trata de una fabricación difícil de por sí sino que Metalúrgica está dispuesta a demostrar que EL MODELO DE LA RUEDA MEXICANA NO CORRESPONDE A UN MODELO PARA FUNDIR SINO A UNA RUEDA PARA FORJAR, cosa que no se había determinado definitivamente en agosto 17 de 1970, por lo cual Metalúrgica venía de buena fe creyendo en la bondad del modelo mexicano, ya que no había razón alguna para no confiar en las especificaciones de la casa responsable y con experiencia en la fabricación de vagones, y cumpliendo con las especificaciones de análisis químicos y dimensiones de la rueda señalada por ellos y fijada en los contratos. Hechas las advertencias anteriores que significan, además, que Metalúrgica puede sostener con sólidas pruebas que no es responsable de la gran mayoría de esas fallas y de esos rechazos, de los contratos novados o anteriores, volvemos a repetir que el espíritu del contrato caducado y la razón por la cual se firmó fue la de permitir a Metalúrgica pagar las sumas que adeudaba por anticipos y resarcirse por lo menos en parte de las pérdidas experimentadas anteriormente en las operaciones de fabricación y representadas como se dijo ya en la suma de $ 839.968.00, si no más, y de toda posibilidad de pago de los saldos que adeudaba por anticipos. Resulta que Metalúrgica reclama, por esa misma razón, que las pérdidas por esos materiales rechazados deben serle reconocidos como indemnización puesto que la caducidad del contrato le ha quitado TODA OPORTUNIDAD DE RESARCIRSE JUSTAMENTE DE LAS PERDIDAS NOMBRADAS. Al respecto hay un daño emergente, tangible, por la suspensión o terminación arbitraria del contrato, y por lo tanto un perjuicio real, de por lo menos la suma indicada. Y esto sin contar las posibles utilidades comerciales que deberían también computarse dentro del normal desarrollo de un contrato de cuantía elevada, y que por lo menos debiera ascender al 30% del valor de las ventas. Precisamente de estas utilidades Metalúrgica esperaba el resarcimiento de las pérdidas y la posibilidad del pago de los anticipos.

"20. En los contratos novados se produjeron rechazos apreciables de piezas varias, pero especialmente de ruedas, en abril 15 de 1970 ascendían a la suma de $ 83.968.00 y al consolidarse la cuenta con los rechazos entre abril 15 de 1970 y agosto 17 de 1970 y algunos posteriores habría de ascender esa cantidad a la de $ 1.000.000.00 aproximadamente. Por esta razón figura en el contrato caducado una suma como anticipo de cerca de $ 2.000.000.00. Pero de esa suma no se recibió sino una parte relativamente pequeña como verdadero anticipo de ese contrato, o sea la suma de $ 300.000.00, a la cual habría que agregar otras de saldos pendientes de amortizar por concepto de anticipos realmente recibidos en los contratos novados. O sea que existía en el momento de firmar el contrato de 17 de agosto de 1970 caducado, una suma por materiales rechazados por cerca de $ 1.000.000.00, pérdida efectiva por Metalúrgica que se pensaba resarcir y compensar en el desarrollo y ejecución de ese contrato, una vez que habían superado las dificultades y adquirido la experiencia de fabricación.

"21. Hacemos notar que Colcarril entre la fecha en que Metalúrgica reclamó solicitando la revocatoria de la Resolución de caducidad número 1 de noviembre 24 de 1970 y la que produjo con fecha 9 de junio de 1971 para negar la

reposición, se tomó maliciosamente cuatro meses y medio, tiempo éste en el cual desmantelaron totalmente el contrato caducado, arruinándolo totalmente para Metalúrgica, porque ese lapso lo aprovecharon para acabar de importar las ruedas y esperar la terminación de los demás implementos contratados y que el Gerente anterior, Jaramillo Ferro, había repartido entre las empresas industriales de su amistad. Así se explica porque no repusieron, porque por sustracción de materia, era imposible que el contrato caducado pudiera tener cumplido efecto por parte de Colcarril y a favor de Metalúrgica. De ahí que dijeran que no nos quedaba otro derecho sino el de pedir indemnización de perjuicios a Colcarril, por lo tanto, resulta la premeditación y arbitrariedad para inferir a Metalúrgica un daño muy gravoso y muy perjudicial para sus intereses tanto patrimoniales como morales y que las dos Juntas Directivas que produjeron las resoluciones de caducidad se inspiraron en defraudar en forma absoluta a Metalúrgica.

"21. COACCION MORAL PARA FIRMAR EL CONTRATO CADUCADO:

"El contrato de 17 de agosto de 1970 tuvo por objeto zanjar las dificultades de reclamos mutuos entre Colcarril y Metalúrgica por razón de la ejecución de los siete contratos novados. Al respecto intervino directamente el señor Gerente del IFI, doctor Alberto Jaramillo Sánchez, como aparece del documento descrito en el numeral c) del Capítulo de 'Documentos relativos a la demanda que se instaura', que la Junta Directiva de Colcarril le impuso a Metalúrgica un plazo de cinco meses para la entrega de varias piezas en la forma allí expresada, y así mismo le impuso un plazo hasta el 15 de agosto de 1970 para la firma del contrato caducado que fue elaborado sin la intervención de Metalúrgica sino exclusivamente a satisfacción de Colcarril y por eso en lo transcrito en el numeral referido de esta demanda y tomado del extracto del acta 57 de la Junta de Colcarril de la sesión del 9 de julio de 1970 quedó consignado: 'en caso de que Metalúrgica no firme el contrato que SE LE PROPONGA, la Gerencia hará uso de lo dispuesto en el acta número 56 de junio 23, punto tercero y procederá de inmediato a EXIGIR a la compañía de seguros el pago de las garantías respectivas' (el subrayado es mío). Estas garantías eran las de los contratos novados. Lo transcrito constituye un apremio, una presión con la amenaza de cobrarle a la compañía de seguros inmediatamente si Metalúrgica no firmaba el contrato que se le propusiera, o sea el caducado. Fue una coacción moral que se hizo valer para que Metalúrgica no pudiera, como no pudo, pedir la modificación de ninguna cláusula en ningún sentido y así se le perjudicara por ello. En el momento de firmar el señor Joaquín Prieto como fiador y Metalúrgica por medio de su Gerente, el Gerente de Colcarril, Gustavo Jaramillo Ferro, eludiendo el acta expresada y en presencia de los abogados de Colcarril que habían elaborado el contrato a voluntad suya, manifestó categóricamente que no se podía modificar ni una coma. El doctor Alvaro Báez, Subgerente y Secretario de Colcarril, lo presenció. De manera que el IFI auspició e intervino directamente en la confección del contrato caducado. Luego es innegable que sí hubo coacción moral con la amenaza del cobro a la compañía de seguros a fin de que el contrato se firmara en la forma como quedó redactado.

"22. De conformidad al telegrama auténtico de fecha 16 del presente mes de agosto, dirigido por el Gerente de Colcarril al Gerente de Metalúrgica, documento éste relacionado en el numeral 1) del mismo Capítulo II que antecede de convocatoria a los socios de Colcarril para una asamblea extraordinaria que se llevó a cabo el 26 de este mes de agosto y en la cual se planteó la disolución de Colcarril, disolución propiciada por el mismo IFI, el que fue representado por un delegado especial y quien hizo saber la voluntad del IFI en pro de la disolución; ese delegado representó más del 90% del capital social de Colcarril, pero sin que presentara fórmula alguna para proteger intereses de terceros, de los

socios acreedores y de quienes como Metalúrgica han tenido contratos y tienen intereses graves que proteger en litigios con Colcarril y por su culpa. La disolución se llevará a cabo en breve porque el solo IFI tiene fuerza mayoritaria capaz de imponer su voluntad. De los hechos anteriores de que el IFI propició la fundación de Colcarril y de que toda la responsabilidad en su administración, como en la dirección financiera y de todo orden, le correspondía al IFI en Colcarril por ser dueño de más del 90% del capital social, de todo lo cual se desprende ineludiblemente que por ser el IFI una entidad estatal descentralizada del orden nacional al liquidarse Colcarril como lo están haciendo, el IFI por ministerio de la ley, sucede o se subroga a Colcarril para responder por todos los derechos y obligaciones que a éste le correspondían, porque no sería honesto, lícito ni justo que una entidad estatal que representa a la Nación y a su Tesoro Público funde sociedades mixtas atrayendo capital privado, así sea pequeño, para dejarlas perecer por su doble negligencia en que ha incurrido, por culpa in eligendo e in vigilando ya que el IFI omitió ejercer plenamente su derecho de socio mayoritario y de abastecedor financiero, permitiendo como permitió la elección de gerentes anteriores al actual, y de Juntas Directivas inadecuadas para un desarrollo de buen éxito en los propósitos y fines con que se fundó Colcarril; y ya omitiendo también la vigilancia y la fiscalización plena que le correspondía para evitar frustraciones, pérdidas de capital y todo lo demás desastroso que ocurrió durante la vida de Colcarril; y porque hay que recordar que el IFI o Instituto de Fomento Industrial se fundó exclusivamente para propiciar el desarrollo económico y la industrialización del país. (Véase Decreto-ley 1157 de julio 18 de 1940, artículo 30).

"23. MOVIL MORAL DE COLCARRIL Y DEL IFI CONTRA METALURGICA PARA PERJUDICARLA

"Durante el mes de febrero de 1970 Colcarril auspiciado por el IFI, por medio del Subgerente, Héctor Tobón, le propusieron a Metalúrgica en una Junta Directiva que les arrendara su fábrica de fundición y al efecto cristalizaron la propuesta en la carta de fecha 13 de febrero de 1970 que al efecto presento, y donde consignaron cláusulas ruinosas y leoninas imposibles de aceptar porque implicaban la pérdida de la fábrica y la ruina de Metalúrgica. Desde ese instante se desató persecución, hostilidad y odio por medio de maquinaciones tortuosas emanadas de la la Gerencia de Colcarril y de la Junta Directiva, encaminado todo ello a proporcionar la frustración de los contratos existentes. Esta actuación constituyó un móvil moral que hace presumir que a modo de una retaliación se produjo la resolución de caducidad del contrato. El IFI hizo avaluar la fábrica por medio de la Casa 'Avilsot, Limitada', que se encarga de avalúos técnicos industriales y agrarios. Esta casa dio un avalúo total de $ 6.387.450.00. Esto constituye una prueba muy valedera sobre que el IFI y Colcarril obraron y han estado obrando mancomunadamente y comprometiendo así su responsabilidad en la comisión de hechos dañosos.

"24. MANCOMUNIDAD DE RESPONSABILIDAD DE COLCARRIL Y EL IFI

"La mancomunidad en la responsabilidad de ambas sociedades es incuestionable por la estrecha conexidad de ambas, mantenida y sostenida por la mancomunidad de intereses comerciales en pro de un servicio público: suministrar implementos y construir mil vagones de carga para los Ferrocarriles Nacionales. Siendo como es el IFI el accionista mayoritario con más del 90% de capital en Colcarril; llevando mal o negligentemente la dirección y administración de éste, primero por su Subgerente Administrativo, el economista doctor Héctor Tobón, inadecuado o lo que fuera, y más tarde por un grupo de miembros mayoritarios en la Junta Directiva, entresacados de su mismo personal directivo;

así el Presidente de la Junta Directiva de Colcarril quien actuó tanto en la expedición de la primera resolución como en la segunda de caducidad, es el Presidente, doctor Alberto Vélez, al propio tiempo era y es miembro directivo del IFI nombrado por el propio Presidente de la República; otro miembro directivo de Colcarril es el doctor Gregorio Rudas, Subgerente Administrativo del IFI, luego la mancomunidad en la responsabilidad para pagar, como debe pagarse el monto indemnizatorio de los perjuicios a Metalúrgica, recae fatalmente sobre el IFI porque la conexidad indicada engendra la solidaridad del mismo IFI porque está actuando para ello, su responsabilidad ad solidaria con Colcarril se acentúa todavía más, o sea que solo él queda en escena para responder, si aquello culmina.

"25. EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS FIADORES

"Los hechos anteriores implican que no es posible demandar al fiador Joaquín Prieto ni a la Compañía de Seguros Skandia por incumplimiento de un contrato roto, quebrantado, incumplido solidariamente por Colcarril y el IFI, los fiadores garantizaban el cumplimiento normal de un contrato que se presumía cumpliría estrictamente de buena fe Colcarril. Roto el equilibrio moral y jurídico del contrato por éste, por decisiones arbitrarias, desapareció la causa legal de la garantía; Colcarril y el IFI invadieron el campo de la ilicitud".

CORRECCION DE LA DEMANDA

La demanda inicial fue adicionada y en dicha adición se solicita se tengan como parte los señores Joaquín Antonio Prieto Isaza, Marina de Prieto y Matilde Isaza de Prieto.

En derecho se fundamenta la demanda en los artículos 67, 83 y 68 del C. C. A; Decreto 1050 de 1968, artículo 8º, relativo a sociedades de economía mixta, numeral b), artículo 12; artículo 27, numeral b); artículo 25, artículo 28 y artículo 30 de ese Decreto, y Decreto 3120 de 1968, artículos 1º, 3º y 9º; artículo 95 del C. P.

Agotado el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes consideraciones:

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Segundo de la corporación, Gilberto Gartner Posada, en su concepto de fondo expresa:

"En el contrato celebrado entre 'Consorcio de Fabricantes de Materiales de Material Ferroviario, S. A.', y 'Metalúrgica Grancolombiana, Limitada', se estipuló lo siguiente:

"15.00. CADUCIDAD... Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 254 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por estar Colcarril asimilada a empresa industrial del Estado, según el Decreto extraordinario 3120 de 1968, son causales de caducidad del presente contrato las siguientes:

"15.001. La disolución de Metalúrgica.

"15.002. La incapacidad financiera de Metalúrgica, la cual se presume si se abre a ésta concurso de acreedores, si Metalúrgica cede sus bienes conforme a los artículos 1672 del Código Civil y 1073 a 1083 del Código Judicial; o si judicialmente se la declara en quiebra.

"15.0002. El notorio descuido o el abandono de los deberes de Metalúrgica en lo concerniente a la organización, ejecución y desarrollo de la producción, tomada tanto en conjunto como en lo relativo a cada producto, en particular, de fabricación de los productos.

"15.004. El incumplimiento, por parte de Metalúrgica, de las obligaciones contraídas en el presente contrato.

"15.01. La declaración de caducidad será hecha por Colcarril mediante resolución motivada de su Junta Directiva, en la cual se expresarán las causas que la originaron y los recursos que contra ella proceden, resolución que se notificará personalmente, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, al representante legal de Metalúrgica, a la compañía o compañías de seguros atrás mencionadas y al doctor Joaquín Prieto. Si por cualquier causa, no pudiere hacerse notificación personal, se publicará un aviso en el 'Diario Oficial', por una vez y con inserción de la parte resolutiva de dicha providencia. Contra ella cabe el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días, contados desde la fecha de la última notificación personal o dentro de los quince (15) días siguientes al de su publicación en el 'Diario Oficial', según el caso..." (folio 10 vuelto, cuaderno número 2).

"La anterior estipulación contiene la llamada cláusula de caducidad mediante la cual se otorga a los entes públicos la facultad de dar por terminado un contrato cuando a juicio de los mismos el contratista ha incurrido en una de las causales de incumplimiento de lo pactado. La obligación de pactar dicha cláusula fue establecida por el legislador nuestro para todas las personas de derecho público, y en lo que respecta a las empresas industriales y comerciales del Estado, el Decreto-ley 3130 de 1968 dejó al arbitrio estipulación de esta cláusula.

"Pues bien: La empresa 'Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A.' (Colcarril), como empresa industrial y comercial del Estado, estipuló la mencionada cláusula de caducidad, y en uso de esa facultad declaró, por Resolución número 1 de noviembre 4 de 1970, la caducidad del contrato que había celebrado con la sociedad 'Metalúrgica Grancolombiana, Limitada'.

"Dice el actor que 'aun cuando en contratos administrativos de suministros se pacte la caducidad, tiene establecida la jurisprudencia de que *la caducidad debe decretarla el Contralor de la Administración o sea el Organo Jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo*', sin embargo, cree la Fiscalía que la jurisprudencia no ha dicho tal cosa, pues ello equivaldría a terminar con esa institución y se confundiría con la reolución (sic) de los contratos porque una cosa es la *caducidad* y otra muy distinta es la *resolución*.

"Por la *resolución* judicial, según el profesor Sarria, el contrato cesa para lo futuro y se extingue retroactivamente desde su nacimiento; se desatan todos los derechos y obligaciones que de él emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene por no celebrado. La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos.

"En cambio, la *caducidad*, de acuerdo con el mismo tratadista, es un fenómeno propio del Derecho Administrativo y consiste en la terminación unilateral que los gobernantes, o la Administración hacen del contrato. Producida la caducidad, el contrato cesa para lo futuro. No tiene ella efectos retroactivos.

"Esta misma corporación ha dicho que repugna a la técnica jurídica, hablar de caducidad declarada por la justicia ordinaria; los contratos se caducan por la Administración cumplida cualquiera de las causales prefijadas claramente en el respectivo contrato o señaladas por la ley. La resolución, en cambio, compete declararla al Organo Judicial. Distinto es que la jurisdicción conozca de las controversias suscitadas con la declaratoria de caducidad, sobre su legalidad o ilegalidad. Por manera que, el contrato celebrado entre Colcarril y Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, sí podía ser caducado por la entidad primeramente nombrada, como empresa industrial del Estado.

"Lo anterior no quiere decir, que tal declaratoria puede hacerse sin mediar causal de incumplimiento; por el contrario, para declarar la caducidad es esencial que concurra una cualquiera de las causales, previamente señaladas. De tal suerte que el particular que contrata no está sometido a la voluntad soberana de la Administración, sino que ésta debe seguir determinadas líneas de conducta, de tal suerte que si de la actuación equivocada o torcida de la Administración resultaren lesionados legítimos derechos del contratista, le deben ser reparados en la medida en que se produjeron. El honorable Consejo de Estado ha dicho: 'El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la Administración, de otra reconoce el derecho del contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato'.

"Veamos entonces si el actor ha desvirtuado la motivación que sirvió de fundamento a las resoluciones acusadas.

"Como ya se insinuó atrás, la empresa 'Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A.' declaró la caducidad del contrato celebrado con 'Metalúrgicas Grancolombiana, Limitada', por no haber cumplido 'las obligaciones que adquirió en virtud del mencionado contrato, tanto en lo concerniente a las fechas y cantidades de entrega de dichos productos como en lo concerniente a la calidad de los mismos'.

"Para tratar de desvirtuar esta imputación, el actor afirma en su libelo que la empresa que representa sí estaba cumpliendo con dicho contrato a satisfacción mediante esfuerzos óptimos: así las primeras ruedas que debían entregarse el 15 de septiembre de 1970, conforme al numeral 00.2, 'término de entrega del contrato, página 4ª-B, y al plano de la página 5ª del mismo. La primera entrega de 200 ruedas debía hacerse el 15 de septiembre, o sea 15 días después del 31 de agosto de 1970'.

"Pero a folio 17 del folder que contiene el expediente que le sirvió a la Junta Directiva de Colcarril para declarar la caducidad, aparece el oficio número DT-6/16464, expedido por Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en donde rechazan las ruedas fabricadas por Siderúrgica 'Grancolombiana', por los defectos allí anotados.

"Además, el compromiso de la sociedad Metalúrgica Grancolombiana, no era solamente la de entregar determinado número de ruedas, sino también la de otros productos, tales como 'platos de centro (bastidores)'. 'Polea para frenos de mano', 'volantes para freno de mano', etc., y no hay constancia en el expediente que acrediten el cumplimiento de esa obligación.

"También a folio 24 y siguientes, aparece la nota dirigida por el Gerente de la Metalúrgica Grancolombiana a Colcarril, en donde expresamente reconoce que 'esta empresa no ha tenido éxito en tal manufactura,

así como el incumplimiento de sus compromisos de fabricación de ruedas...'. Es decir, que admite que no está cumpliendo con las obligaciones contraídas con la empresa que le declaró caducado el contrato. Y aun cuando hace algunas afirmaciones para justificar ese incumplimiento, ellas no tienen la fuerza suficiente para exonerarse de la responsabilidad que le acarrea la inejecución del convenio.

"En fin, a través de las pruebas allegadas al proceso, se observa el esfuerzo hecho por la parte actora, tendiente a evitar que la empresa 'Colcarril' le declare la caducidad del contrato que no pudo cumplir, por diferentes factores que fácilmente pudo proveer al concertar su voluntad.

"No son necesarias otras consideraciones para llegar a la conclusión de que la parte demandante en este proceso, no alcanzó a desvirtuar los cargos formulados en la resolución de caducidad aquí demandada, y a ella correspondía la carga de la prueba.

"Como consecuencia de lo anterior, conceptúa la Fiscalía que las pretensiones de la parte actora no le pueden prosperar".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Obra al folio 16 del cuaderno número 1, y al folio 113 del folder número II, el contrato celebrado entre "Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A. (COLCARRIL)", por una parte, y, por la otra, "Metalúrgica Grancolombiana, Limitada" y Joaquín Prieto Isaza, en forma solidaria, cuyas cláusulas, son las siguientes:

"1.00. *Preliminar.*

"CONTRATO

"Entre los suscritos: Gustavo Jaramillo Ferro, mayor, vecino de Bogotá, titular de la cédula de ciudadanía número 156984 expedida en esta ciudad, quien obra en nombre y representación de la sociedad denominada Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A., domiciliada en Bogotá, autorizado por la Junta Directiva de esta sociedad, y que en este documento se denominará Colcarril, por una parte; y, por la otra, Antonio José Prieto, mayor, vecino de Bogotá, titular de la cédula de ciudadanía número 45 de Bogotá, quien obra en nombre y representación de la sociedad denominada Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, domiciliada en Bogotá, autorizado por la Junta de Socios de esta sociedad, y que en este documento se denominará Metalúrgica, y Joaquín Prieto Isaza, mayor de edad, vecino de Bogotá, titular de la cédula de ciudadanía número 17035179 de Bogotá, quien con arreglo a los artículos 1568 (inciso 1º) del Código Civil y 16 de la Ley 26 de 1922, obra solidariamente con Metalúrgica en lo concerniente a todas y cada una de las obligaciones que esta segunda compañía adquiere en este acto, se ha celebrado un contrato con arreglo a las siguientes cláusulas:

"2.00. *Antecedentes.*

"Con anterioridad al presente contrato, Metalúrgica se comprometió a suministrar a Colcarril ciertos productos, cuyas fabricación y entrega fueron reguladas por siete (7) contratos escritos, que se identifican a continuación su fecha y firma, número, objeto y valor, respectivamente:

"Fecha del contrato	Nº del contrato	Nombre del producto	Nº de piezas	Plano de referencia	Vlr. total del contrato
21 Marzo 68	1	Platos de centro . . .	775	01-B-18	199.950.00
19 Julio 68	2	Platos de centro . . .	1.425	01-B-18	367.650.00
3 Oct. 68	3	Ruedas	800	Q-11470	1.040.000.00
9 Dic. 68	4	Polea freno de mano .	254	F-11450	
		Soporte flecha	254	F-11453	
		Guía izquierda soporte flecha	254	F-11454	
		Guía derecha soporte flecha	254	F-11455	
		Fijación soporte flecha	254	F-11456	
		Volante freno de mano	254	F-11560	
		Trinquete de freno. .	254	F-11561	
		Soporte del mástil del freno	254	F-11562	
		Rueda del trinquete. .	254	F-11563	
		Plato de centro (truck)	508	Q-11467	
		Rozadera	1.016	Q-11471	
		Tope posterior AI-BD.	508	S-11437	
		Tope posterior AD-BI.	508	S-11438	
		Tope delantero BD-AI.	508	S-11439	
		Tope delantero BI-AD.	508	S-11440	
		Caja de impacto . . .	508	S-11441	
		Yugo	508	S-11558	
		Cuña para yugo	1.016	S-11881	845.000.00
27 Marzo 69	7	Cuña relleno bastidor.	4.000	S-11109	494.868.00
26 Junio 69	9	Polea freno de mano .	950	F-11450	
		Volante freno de mano	950	F-11-560	
		Trinquete del freno. .	950	F-11561	
		Soporte del mástil del freno	950	F-11562	
		Rueda del trinquete. .	950	F-11563	
		Rozadera lateral . . .	3.400	Q-11471	
		Tope posterior AD-BI.	1.900	S-11438	
		Tope posterior AI-BD.	1.900	S-11437	
		Tope delantero AI-BD.	1.900	S-11439	
		Tope delantero AD-BI.	1.900	S-11440	
		Caja de impacto . . .	1.900	S-11441	
		Yugo	1.900	S-11558	
		Cuña para yugo	3.800	S-11681	
		Plato de centro (truck)	1.700	Q-11467	3.052.977.00
5 Enero 70	13	Ruedas	4.000	Q-11470	6.780.000.00

"3.00. *Novación.*

"Colcarril y Metalúrgica han convenido en dar completamente por terminados los siete (7) contratos referidos, algunos de los cuales están pendientes, en todo o en parte, y en celebrar en su reemplazo uno nuevo.

"3.01. Dicha terminación tendrá efecto a tiempo con la entrada en vigencia del nuevo contrato, que es el presente, y en ese momento quedarán extinguidas todas y cada una de las obligaciones estipuladas en los contratos reemplazados.

"3.02. En lo atinente a los precios pagados por Colcarril a Metalúrgica antes del presente contrato y por concepto de los contratos reemplazados, cada una de las partes, una vez haya entrado en vigencia el presente contrato, designará un representante para que ambos, dentro de los treinta (30) días siguientes al del nombramiento, estudien los precios anteriormente referidos.

"3.03. Estudiados los precios y escrito el correspondiente informe, que deberá tener las recomendaciones expresas de los comisionados; aprobado el informe por el Gerente de Colcarril y si, como es de prever, resultare que hubo alzas sustanciales en esos precios durante la vigencia de los contratos reemplazados, Metalúrgica presentará a la Junta Directiva de Colcarril una solicitud de indemnización por dichas alzas, solicitud que no podrá exceder, en ningún caso, del treinta por ciento (30%) del valor total de las mercancías entregadas por Metalúrgica a Colcarril, en productos distintos de ruedas para carros o vagones de ferrocarril, ni del diez por ciento (10%) para éstas. Será absolutamente potestativo de la Junta de Colcarril conceder o no, en todo o en parte, la indemnización pedida.

"4.00. *Anexos.*

"Hacen parte del presente contrato y se agregan a este documento, los siguientes anexos:

"4.01. Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución, existencia, representación e inscripción de Colcarril.

"4.02. Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución, existencia, representación e inscripción de Metalúrgica.

"4.03. Copia auténtica del acta número cincuenta y siete (57) de la Junta Directiva de Colcarril, de nueve (9) de julio de mil novecientos setenta (1970), mediante la cual se autorizó al gerente de esta compañía para celebrar el presente contrato.

"4.04. Copia auténtica del acta número siete (7) de la Junta de Socios de Metalúrgica, de cuatro (4) de agosto de mil novecientos setenta (1970), por la cual se facultó al gerente de esta compañía para celebrar el presente contrato.

"4.05. Copia firmada por las partes, del plano número 01-B-18, suministrado por Colcarril, para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de platos de centro (bastidor).

"4.06. Copia firmada por las partes, del plano número F-11450, suministrado por Colcarril, para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de poleas para frenos de mano.

"4.07. Copia firmada por las partes, del plano número F-11560, suministrado por Colcarril para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de volantes para frenos de mano.

"4.08. Copia firmada por las partes del plano número Q-11467, suministrado por Colcarril para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de platos de centro (truck).

"4.09. Copia firmada por las partes del plano número S-11558, suministrado por Colcarril para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de yugos.

"4.10. Copia firmada por las partes del plano número Q-11470, suministrado por Colcarril para ser utilizado por Metalúrgica en la producción, en serie, de ruedas para muñón, de cinco pulgadas por nueve pulgadas (5" x 9").

"4.11. Copia firmada por las partes, de la versión castellana de las especificaciones para fundiciones de acero al carbono y aleado, distinguidas con el número M-201-66 y adoptadas por la Association of American Railroads (Asociación de Ferrocarriles Estadinenses) que en el presente documento se denominará AAR.

"4.12. Copia firmada por las partes, de la versión castellana de las especificaciones para compra y aceptación de horquillas de acero de fundición, aprobadas para uso con engranaje de tracción de diseño convencional y doble, distinguidas con el número M-207 y adoptadas por la AAR.

"4.13. Copia firmada por las partes, de la versión castellana de las especificaciones para ruedas de fundición de acero para vagones de carga, distinguidas con el número M-208-66 y adoptadas por la AAR.

"4.14. Copia auténtica del acta número cincuenta y nueve (59) de la Junta Directiva de Colcarril, de doce (12) de agosto de mil novecientos setenta (1970), mediante la cual se aprobó el texto del presente contrato.

"4.15. Copias auténticas de las pólizas de seguros que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de Metalúrgica, adquiridas mediante el presente contrato.

"5.00. *Orden de precedencia de documentos para interpretar el presente contrato.*

"En caso de duda o desacuerdo sobre la interpretación de este contrato se tendrán en cuenta, para interpretación de él, los siguientes documentos:

"5.01. Este contrato.

"5.02. En su orden, los anexos determinados en las cláusulas 4.03, 4.04, 4.05, 4.06, 4.07, 4.08, 4.09, 4.10, 411, 4.12, 4.13, 4.14 y 4.15.

"5.03. Decreto extraordinario número 3130 de 1968, artículo 3º.

"6.00. *Objeto del contrato.*

"El presente contrato tiene por objeto la fabricación, por parte de Metalúrgica y para Colcarril, de los productos que se determinan a continuación, con arreglo a planos suministrados por Colcarril y a las especificaciones de la AAR que los complementan. Dichos planos y especificaciones son los relacionados en las cláusulas 4.05, 4.06, 4.07, 4.08, 4.09, 4.10, 4.11, 4.12 y 4.13 del presente documento. Los planos y su numeración corresponden a los de Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril, S. A., de México y las especificaciones a las convenidas por la Association of American Railroads, de los Estados Unidos de América.

"6.01. *Discriminación de productos, planos y especificaciones.*

"Los productos que fabricará Metalúrgica y sus correspondientes planos y especificaciones para fabricarlos son:

6.011. *Platos de centro (bastidor).*

"Según plano 01-B18 y especificaciones AAR M-201, grado B.

"6.012. *Poleas para freno de mano.*

"Según plano F-11450 y especificaciones AAR-M-201, grado B.

"6.013. *Volantes para freno de mano.*

"Según plano F-11560 y especificaciones AAR M-201, grado A.

"6.014. *Platos de centro* (truck).

"Según plano Q-11467 y especificaciones AAR M-201, grado C.

"6.015. *Yugos.*

"Según plano S-11558 y especificaciones AAR M-207, grado C.

"6.016. *Ruedas.*

"Según plano Q-11470 y especificaciones AAR-M-208, clase U.

"Este plano indica las dimensiones para rueda maquinada y acabado. Las ruedas fundidas entregadas en bruto por Metalúrgica tendrán las tolerancias necesarias para ser maquinadas por cuenta de Colcarril.

"6.02. *Términos de entrega.*

"Metalúrgica entregará a Colcarril los productos objeto del presente contrato por periodos quincenales, contados a partir del treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos setenta (1970), en la forma que se especifica a continuación:

"*Productos.* Plano Nº *Cantidad de unidades para entregar en 1970.*

	Agts. 31	Sep. 15	30	Oct. 15	30	Nov. 15	30	Dic. 15	30
6.071. Platos de centro (bastidor) 0-1-B-1S	75	75	75	75	75	75	75	75	
6.072. Polea para freno de mano F-11450	37	37	37	37	37	37	37	41	
6. Volante para freno de mano F-11560	25	25	25	25	25	25	25	25	
6.074. Platos de centro (truck) Q-11467	25	25	25	25	25	25	25	25	
6.075. Yugos S-11558	100	100	100	100	100	100	100	100	
6.076. Ruedas Q-11470	200	200	200	200	200	200	200	200	20

Cantidad de unidades para entregar en 1971.

	Ene. 15	31	Feb. 15	28	Mar. 15	31	Abr. 15	30	May. 15	31
6.076. Ruedas Q-11470	200	200	200	200	200	200	200	200	200	200

"6.03. La entrega de los productos materia del presente contrato tendrá lugar en la planta de Metalúrgica, situada en Chusacá, Zona de Bosa, Distrito Especial de Bogotá, y será FOB, o sea que tales productos serán cargados allí, por cuenta de Metalúrgica, en vehículos suministrados por Colcarril.

"7.00. *Traspaso de propiedad.*

"La propiedad de cada producto quedará traspasada a tiempo de su recibo provisional por parte de Colcarril, el cual tendrá lugar con arreglo a lo estipulado en la cláusula 12.01 del presente documento.

"7.01. Los riesgos por deterioro, extravío, destrucción u otras causas serán de cargo de Colcarril, desde el momento del recibo provisional de que se habla en la cláusula 12.01 del presente documento, salvo lo que se estipula adelante, en materia de garantías de calidad y de daños y perjuicios.

"8.00 *Precio.*

"El precio total del presente contrato es la cantidad de siete millones cuatrocientos diez y ocho mil cuatrocientos treinta y cinco pesos ($ 7.418.435.00) moneda legal.

"8.01. *Precios unitarios.*

"La liquidación del total de piezas por sus valores unitarios es la siguiente:

"Plano Nº	Nombre	Tot. piezas		P. Unit	Vlr. total
01-B-18	Platos de centro (bastidor)	600	$	258.00	154.800.00
F-11450	Poleas para freno de mano.	300		67.97	20.391.00
F-11560	Volantes para freno de mano	200		53.95	10.790.00
Q-11467	Platos de centro (truck)	200		262.27	52.454.00
S-11558	Yugos.	800		500.00	400.000.00
Q-11470	Ruedas	4.000		1.694.00	6.780.000.00
				Gran total $	7.418.435.00

"8.02. *Variación de precios.*

"Los precios unitarios estipulados estarán sujetos a aumento o disminución, mediante aplicación de la siguiente fórmula de variación de precios:

"8.021 $P = Po.\ (0.10 + 0.75 \frac{S}{So} + 0.07 \frac{M}{Mo} + 0.08 \frac{A}{Mo} + 0.08 \frac{A}{Ao})$: En donde:

P=Precio final revisado.

Po=Precio básico unitario (pactado en este contrato).

S=Indice de mano de obra, obreros (julio de 1963).

So=Indice de mano de obra, obreros (diciembre de 1970).

M=Indice de precios al por mayor, del comercio, total sin alimentos (julio de 1968).

Mo=Indice de precios al por mayor, del comercio, total sin alimentos (diciembre 1970).

A=Precio en Bogotá para la tonelada de chatarra de acero (julio de 1968).

Ao=Precio en Bogotá para la tonelada de chatarra de acero (diciembre de 1970).

"8.022. Los índices de precios, tanto de mano de obra como de precios al por mayor del comercio, se tomarán de los cuadros que publica la 'Revista del Banco de la República' sobre INDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (número 73, Bogotá, e INDICE DE PRECIOS AL POR MAYOR DEL COMERCIO EN GENERAL EN EL PAIS (número 80), respectivamente.

"8.023. Los precios por tonelada para la chatarra de acero serán los que certifique por escrito la entidad oficial denominada Industria Militar, de Bogotá, para las fechas y lugar a que se refiere la fórmula arriba expresada.

"8.03. Si hubiere aumento de precios, los saldos que resultaren a cargo de Colcarril por concepto de mercancías entregadas provisional o definitivamente, se pagarán dentro de los quince (15) días siguientes a la liquidación del precio revisado, previa presentación de las correspondientes cuentas de cobro por parte de Metalúrgica.

"8.04. Si hubiere disminución de precios, los saldos que resultaren a cargo de Metalúrgica por concepto de mercancías entregadas provisional o definitivamente, se pagarán dentro de los quince (15) días siguientes a la liquidación del precio revisado, previa presentación de las correspondientes cuentas de cobro por parte de Colcarril.

"8.05. La revisión de precios se hará dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación, por parte del Banco de la República, de los referidos índices y una vez obtenida la certificación de la Industria Militar.

'8'.06. En todo caso, se estipula un límite máximo o tope del diez por ciento (10%) de aumento de precio en lo concerniente a ruedas para carros o vagones de ferrocarril y un límite máximo o tope del treinta por ciento (30%) de aumento de precio en lo concerniente a los demás productos.

"9.00. *Forma de pago.*

"Colcarril pagará a Metalúrgica el precio de este contrato en la siguiente forma:

"9.01. *Anticipo.*

"Con carácter de anticipo, un veintisiete con dos décimas por ciento (27.2%) sobre el valor total del contrato, o sea la suma de dos millones diez y siete mil ochocientos catorce pesos con treinta y dos centavos ($ 2.017.814.32) moneda legal, que ya ha sido pagada y que Metalúrgica declara recibida a satisfacción.

"9.02. No se darán nuevos anticipos salvo autorización previa de la Junta Directiva de Colcarril y constitución, también previa, de garantías de compañía o compañías de seguros domiciliadas en Colombia, aprobadas por Colcarril y autorizadas por la Superintendencia Bancaria para celebrar esa clase de contratos, garantías cuyo monto deberá ser del ciento por ciento (100%) del respectivo anticipo.

"9.03. El pago del saldo se hará a medida que se efectúen las entregas estipuladas en la cláusula 6.02, previa presentación por parte de Metalúrgica, de las respectivas facturas, que deberán ir acompañadas de su correspondiente comprobante de recibo provisional de la mercancía, firmada por Colcarril.

"9.04. Del valor de cada factura se abonará en primer término, a la cuenta de ANTICIPO recibido por Metalúrgica un veintisiete con dos décimas por ciento (27.2%) y el remanente, o sea el setenta y dos con ocho décimas por ciento (72.8%) se pagará a Metalúrgica una vez autorizado el respectivo cheque con la firma del Auditor de Colcarril.

"9.05. En caso de que la entrega del referido cheque se demorare más de quince (15) días, a partir de la presentación de la factura respectiva, las fechas futuras de entrega de productos se prorrogarán por igual tiempo al que excediere de esos quince (15) días.

"9.06. En caso de aumento de precios, los abonos a la cuenta de ANTICIPO, de que trata la cláusula 9.04, se seguirán haciendo sobre el valor total de las facturas, calculado a los precios primitivos. Si los precios disminuyeren, el porcentaje que de cada factura debe abonarse a la referida cuenta se aumentará proporcionalmente a la disminución.

"10.00. *Garantías que otorga Metalúrgica.*

"Serán de cargo de Metalúrgica las siguientes garantías concernientes al cumplimiento de las obligaciones que adquiere por el presente contrato:

"10.01. *De calidad de los productos.*

"Metalúrgica se compromete a entregar a Colcarril productos nuevos, de primera calidad, fabricados conforme a los planos y especificaciones de que tratan las cláusulas 6.01 a 6.016 del presente documento, aptos para su utilización correcta en la construcción de carros o vagones de ferrocarril.

"10.011. Se entiende por productos aptos los que, aparte de cumplir con los demás requisitos del párrafo anterior, estén libres de defectos concernientes al diseño y al material y manufactura y estén adecuadamente protegidos para poder utilizarse satisfactoriamente en vagones que presten servicio en cualesquiera climas y alturas sobre el nivel del mar.

"10.012. La garantía de calidad no cubre el desgaste natural, ni los desperfectos por mantenimiento o manejo inadecuado o negligente o por empleo de repuestos impropios, por parte de alguien distinto de Metalúrgica o sus dependencias.

"10.013. La garantía de calidad es extensiva a los productos que Metalúrgica entrega en reemplazo de los que resultaren defectuosos, pero el período de garantías para los reemplazos no excederá de diez y ocho (18) meses, contados a partir de la fecha de entrega definitiva de los productos reemplazados.

"10.02. *Por daños y perjuicios.*

"Si, a consecuencia de cualquier deficiencia en la calidad o funcionamiento de los productos objeto del presente contrato, se ocasionaren daños en los carros o vagones del ferrocarril en donde fueron utilizados o perjuicios a las empresas adquirentes, dueñas o usuarias de dichos carros o vagones, los daños y perjuicios referidos serán de cargo de Metalúrgica, que deberá pagarlos a Colcarril dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro que por tal concepto, la presentare Colcarril a Metalúrgica. Dicha cuenta deberá acompañarse del comprobante de pago de Colcarril a la empresa que hubiere sufrido el daño o perjuicio.

"10.021. Si Colcarril, en vez de pagar en dinero los referidos daños, conviniere con las empresas adquirentes, dueñas o usuarias de los vagones que éstos fueren reparados en la planta de Colcarril, las facturas correspondientes a tales reparaciones serán pagadas por Metalúrgica dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que le hubieren sido presentadas por Colcarril.

"10.022. Metalúrgica renuncia al derecho de obtener judicial o extrajudicialmente el avalúo de daños o perjuicios que hubiere convenido Colcarril con las referidas empresas, y al de objetar en cualquier forma las decisiones de autoridades judiciales o de otro orden en las cuales se determinaren tales daños y perjuicios.

"10.03. Las garantías de calidad y pago de daños y perjuicios por empleo de los productos objeto del contrato, serán exigibles a Metalúrgica durante diez

y ocho meses, contados a partir de la fecha de entrega definitiva de dichos productos. Pero en lo tocante a daños y perjuicios deducidos en providencias judiciales o de cualquier autoridad, serán exigibles desde que la providencia respectiva esté ejecutoriada y haya sido comunicada por Colcarril a Metalúrgica y hasta cuando Metalúrgica no hubiere pagado a Colcarril el valor correspondiente, incluyendo costas e intereses.

"10.04. Si durante el mencionado periodo de garantías de diez y ocho (18) meses, resultaren productos probadamente defectuosos, Metalúrgica reemplazará libres de gastos para Colcarril, los que no pudieren ser reparados, o los que pudiere reparar satisfactoriamente y sin costo para Colcarril, cuando tal reparación fuere posible.

"10.05. Los productos reemplazados quedarán de propiedad de Metalúrgica.

"10.06. *De cumplimiento general del contrato.*

"Para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas por Metalúrgica en el presente contrato, esta sociedad dará fianza a favor de Colcarril, otorgada por una o más compañías de seguros aprobadas por Colcarril, domiciliadas en Colombia y autorizadas por la Superintendencia Bancaria para contratar esta clase de seguros. El monto de la fianza será de un quince por ciento (15%) del precio total del presente contrato, o sea la suma de un millón ciento doce mil setecientos sesenta y cinco pesos con veinticinco centavos ($ 1.112.765.25) moneda legal.

"10.07. *Del correcto empleo del anticipo.*

"Para garantizar que el anticipo entregado por Colcarril a Metalúrgica será correctamente empleado por ésta, es decir, aplicado en su totalidad a la fabricación de los productos objeto del presente contrato, Metalúrgica obtendrá fianza a favor de Colcarril, otorgada por una o más compañías de seguros domiciliadas en Colombia, aprobadas por Colcarril y autorizadas por la Superintendencia Bancaria para celebrar esa clase de contratos. La fianza será por un monto igual al del anticipo, o sea por dos millones diez y siete mil ochocientos catorce pesos con treinta y dos centavos ($ 2.017.814.32) moneda legal.

"10.08. Si llegare a prorrogarse el presente contrato, expresa o tácitamente, en todo o en parte, Metalúrgica faculta desde ahora e irrevocablemente a Colcarril para contratar con la compañía o compañías de seguros, por todo el tiempo necesario y sin que se requiera nueva firma de Metalúrgica, la prórroga de las fianzas arriba estipuladas, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Metalúrgica que fueren prorrogadas. A falta de estipulación expresa sobre el particular, se entenderá que el término de prórroga de las fianzas será también el de prórroga de las estipulaciones del presente contrato que fueren prorrogadas.

"10.081. Trátese del presente contrato o de alguna prórroga del mismo, Colcarril queda facultada para pagar por cuenta de Metalúrgica, las primas y demás gastos que ocasionaren la constitución de las fianzas antes expresadas o su renovación, y para deducir dichos gastos de los saldos pendientes que hubiere entonces o se causaren posteriormente a favor de Metalúrgica, por razón del presente contrato o de su prórroga, y, en todo caso, Colcarril, tendrá derecho al reembolso de lo que hubiere pagado para atender a esos gastos.

"10.09. Las fianzas que otorguen la compañía o compañías de seguros para garantizar las obligaciones de Metalúrgica antes referidas, deberán sujetarse a lo dispuesto por la Resolución número mil ochocientos diez (1810) de diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) de la Contraloría General de la República.

"10.10. Las fianzas referidas deberán estar en vigencia hasta la fecha de firma del acta de recibo definitivo de los productos objeto del presente contrato.

"11.00. *Interventoría - inspección.*

"Colcarril, por sí misma o por delegación en otra persona, podrá designar un interventor para vigilar la ejecución del presente contrato.

"11.01. El interventor tendrá las siguientes funciones:

"11.011. Inspeccionar las instalaciones de Metalúrgica.

"11.012. Vigilar el proceso técnico de producción y, en general, el conjunto de condiciones dentro de las cuales se organice, ejecute y desarrolle dicha producción.

"11.013. Vigilar el control de calidad que debe efectuar Metalúrgica o, si lo considera necesario, ejercerlo él mismo, adicionalmente, y practicar cuantas pruebas de calidad crea convenientes.

"11.014. Formular, por escrito, los reparos correspondientes, dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que se hubiere determinado la falla o defecto.

"11.015. Asesorarse del personal técnico que considere necesario, el cual tendrá acceso a las instalaciones de Metalúrgica.

"11.02. Metalúrgica enviará a Colcarril informes quincenales sobre la ejecución y desarrollo de la producción concerniente a este contrato, tomada tanto en conjunto como en lo relativo a cada producto, en particular.

"11.03. Metalúrgica dará todas las facilidades razonables para que el interventor pueda verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos de los productos de que trata este contrato y permitirá que el interventor presencie las pruebas a que Metalúrgica somete dichos productos con el mismo objeto, para lo cual dará aviso oportuno a Colcarril y al interventor.

"11.04. Metalúrgica preparará tres (3) copias de todos los resultados de las pruebas preliminares, para aprobación y uso del interventor y éste, cuando considere que los productos o parte de ellos puedan ser despachados, expedirá, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la recepción de dichas copias, un CERTIFICADO DE INSPECCION, que deberá enviarse a tiempo con los productos despachados. Este certificado no librará a Metalúrgica de sus responsabilidades. Si la inspección en fábrica no se realizare o no se expidiere el certificado, los despachos se harán de acuerdo con el programa de entrega.

"11.05. Colcarril tendrá derecho a inspeccionar el desarrollo de los planos y diseños correspondientes al presente contrato, para lo cual Metalúrgica proporcionará a Colcarril, o al interventor, o a ambos, toda la información complementaria que fuere del caso, verbal o escrita.

"11.06. *Modificaciones en los planos.*

"En caso de que Colcarril decidiere introducir modificaciones o adiciones en alguno o algunos de los planos relacionados en las cláusulas 4.05, 4.06, 4.07, 4.08, 4.09 y 4.10 y de que esas modificaciones ocasionaren retardo en alguno o algunos de los términos de entrega, dicho término o términos se prorrogarán por un lapso igual al del retardo.

"12.00. *Entrega de los productos.*

"La entrega de los productos será de dos especies:

"12.01. Una de carácter provisional, por la cual se expedirá recibo, también provisional, y que se efectuará dentro de los términos estipulados en la cláusula 6.02.

"Esta primera especie de entrega implica transferencia de propiedad de los respectivos productos y, en materia de riesgos, se regirá por lo estipulado en la cláusula 7.01 del presente documento.

"12.02. Una de carácter definitivo, si los productos objetos de este contrato han resultado plenamente satisfactorios durante los seis (6) meses inmediatamente posteriores a la fecha de su entrega provisional.

"De esta segunda especie de recibo se levantará acta de recibo definitivo, firmada por los representantes legales de ambas compañías y por el doctor Joaquín Prieto.

"13.00. *Impuestos y derechos.*

"Serán de cargo de Metalúrgica todos los impuestos y derechos que se causen por razón de la fabricación y entrega de los productos objeto de este contrato.

"14.00. *Derecho de retención.*

"En caso de incumplimiento de alguna de las estipulaciones de este contrato por parte de Metalúrgica, Colcarril podrá suspender los anticipos y pagos convenidos o que se convinieren y retener cualquier saldo que existiere en poder de Colcarril, a favor de Metalúrgica, todo ello sin perjuicio de los demás derechos de Colcarril, que se derivaren del referido incumplimiento.

"15.00. *Caducidad.*

"Con arreglo a lo dispuesto en los artículo 254 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por estar Colcarril asimilada a empresa industrial del Estado, según el Decreto extraordinario 3130 de 1968, son causales de caducidad del presente contrato las siguientes:

"15.001. La disolución de Metalúrgica.

"15.002. La incapacidad financiera de Metalúrgica, la cual se presume si se sigue a ésta concurso de acreedores, si Metalúrgica cede sus bienes conforme a los artículos 1672 del Código Civil y 1073 a 1083 del Código Judicial; o si judicialmente se la declara en quiebra.

"15.003. El notorio descuido o el abandono de los deberes de Metalúrgica en lo concerniente a la organización, ejecución y desarrollo de la producción, tomada tanto en conjunto como en lo relativo a cada producto, en particular, de fabricación de los productos

"15.004. El incumplimiento, por parte de Metalúrgica, de las obligaciones fundamentales contraídas en el presente contrato.

"15.01. La declaración de caducidad será hecha por Colcarril mediante resolución motivada de su Junta Directiva, en la cual se expresarán las causas que la originaron y los recursos que contra ella proceden, resolución que se notificará personalmente, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, al representante legal de Metalúrgica, a la compañía o compañías de seguros atrás mencionadas y al doctor Joaquín Prieto. Si, por cualquier causa no pudiere hacerse notificación personal, se publicará un aviso en el 'Diario Oficial', por una vez y con inserción de la parte resolutiva de dicha providencia. Contra ella cabe el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días contados desde la fecha de la última notificación personal o dentro de los quince (15) días siguientes al de su publicación en el 'Diario Oficial', según el caso.

"15.02. En firme la declaratoria de caducidad del contrato, Colcarril hará efectivas las garantías estipuladas en las cláusulas del presente contrato, mediante comunicación escrita dirigida a la compañía o compañías de seguros que hayan otorgado las correspondientes fianzas, sin perjuicio de las demás acciones que legal y contractualmente correspondan a Colcarril.

"15.03. Si llegare a ser decretada la caducidad, Colcarril queda obligada a pagar a Metalúrgica, a los precios y en las demás condiciones estipuladas en este contrato, el valor de todos los productos entregados provisional o definitivamente a Colcarril y que, por cualquier motivo, no hubieren sido pagados por Colcarril.

"16.00. *Cesión del contrato.*

"Los derechos y obligaciones inherentes al presente contrato, no podrán ser cedidos por ninguna de las partes sin el consentimiento de la otra. En caso de que la cesión se hiciere a personas extranjeras, deberá estipularse expresamente en el contrato su sujeción a la ley colombiana, o a los tribunales colombianos y renunciarse a toda reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia, la cual no tendría lugar ni podría ser alegada si la persona extranjera hubiere tenido expeditos los recursos y acciones que pueden ejercerse ante los tribunales colombianos.

"17.00. *Vigencia del contrato.*

"El presente contrato entrará en vigencia el dia diez y siete (17) de agosto de mil novecientos setenta (1970), siempre y cuando que, para esa fecha, se hayan otorgado las fianzas contempladas en el mismo. En caso de que no llegare a cumplirse esta condición antes de esa fecha, el contrato entrará en vigencia una vez cumplida.

"18.00. *Domicilio.*

"Las partes acuerdan la ciudad de Bogotá como domicilio civil y judicial para todo lo concerniente a este contrato.

"19.00. *Fecha de firma.*

"En testimonio de todo lo cual, se firma el presente documento en cuatro (4) ejemplares de un mismo tenor, ante testigos, en Bogotá, a los diez y siete (17) días del mes de agosto de mil novecientos setenta (1970).

"Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A., *Gustavo Jaramillo Ferro,* Gerente; Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, *Antonio José Prieto,* Gerente; *Joaquín Prieto Isaza,* fiador, testigo (firmados)".

2. Por Resolución número 1 de noviembre 24 de 1970, la Junta Directiva de Colcarril declaró la caducidad del anterior contrato, así: (cuaderno número 1, folio 1, folder II, folio 107):

> "Que Metalúrgica Grancolombiana, Limitada ha incumplido las obligaciones que adquirió en virtud del mencionado contrato, tanto en lo concerniente a las fechas y cantidades de entrega de dichos productos como en lo concerniente a la calidad de los mismos,
>
> "RESUELVE:
>
> "Declárase la caducidad del contrato existente entre el Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A., y la sociedad Metalúrgica Grancolombiana, Limitada, suscrito el diez y siete (17) de agosto de mil

novecientos setenta (1970) y al cual se refiere la parte motiva de esta Resolución.

"Contra esta providencia cabe el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días, contados desde la fecha de la última notificación personal o dentro de los quince (15) días siguientes al de su publicación en el 'Diario Oficial', según el caso".

3. Propuesto, en tiempo, recurso de reposición contra la decisión anterior, en extenso y bien fundamentado memorial, se decidió el recurso por Resolución número 1 de 1971 (junio 9) (cuaderno número 1, folio 2, folder II, folio 1), sin estudio razonado, en forma vaga e imprecisa y hasta con cierta ironía y sátira, impropia de quienes comprometen con sus actos los caudales del erario público.

4. La declaración de caducidad había sido ordenada por la Junta Directiva de Colcarril, desde el 4 de noviembre de 1970, según se desprende del acta número 62 de la sección correspondiente al 4 de noviembre del mismo año (folio 109, folder II).

5. Las pólizas de cumplimiento y de inversión del anticipo, fueron emitidas por "Compañía de Seguros Skandia, S. A.", el 21 de agosto de 1970 (folder II, folio 175), presentadas a Colcarril el 25 de los mismos mes y año (folder III, folio 35), y aprobadas por la Contraloría el 19 de octubre del mismo año (folder IV, folios 2 y 3).

6. La vigencia del contrato, según la cláusula 17 del mismo, comienza en la fecha en que se otorguen las fianzas de cumplimiento e inversión del anticipo, por lo que:

a) Si se toma la emisión de las pólizas, tal fecha de vigencia sería la del 21 de agosto de 1970;

b) Si se toma la de presentación a Colcarril, sería el 25 de agosto de 1970, según se dejó visto, y

c) Si se toma, como parece lo más lógico, la fecha en que tales garantías fueron aprobadas por la Contraloría, el contrato comenzó a regir para las partes el 19 de octubre de 1970.

7. Lo cierto es que las fechas de entrega que habían sido señaladas a partir del 31 de agosto de 1970 (cláusula 6.02) no podían ni pudieron hacerse exigibles entre las partes, pues tanto equivaldría a darle eficacia a un contrato antes de que se le perfeccionara.

8. El artículo 255 del C. C. A. ordena, perentoriamente, que la declaración de caducidad *"deberá proferirse por el gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella"*, lo que implica, como resulta natural y obvio, que se deben especificar clara y concretamente los hechos y circunstancias que configura la causal de caducidad alegada, entre otras cosas, para que el otro contratante conozca los cargos que se le hacen y pueda contradecirlos al hacer uso de los recursos existentes en el procedimiento gubernativo. (Ver cláusula 15.01).

Si tan imposible de probar resulta la negación indefinida como la afirmación indefinida, de nada serviría al contratante particular la utilización de un recurso frente a la simple afirmación de que no ha cumplido, máxime cuando se trata de un contrato complejo y que abarca productos diversos y difíciles.

La simple afirmación genérica de incumplimiento, no constituye la motivación requerida por la norma citada, ni exigida por los más elementales principios de lógica y equidad.

Por tanto, bastarían las anteriores razones, para declarar la nulidad de la resolución de caducidad y de la que decidió la reposición impetrada, pero hay, además, otras razones para despachar favorablemente esta petición del libelo.

Lo anterior es todavía más ostensible, si se tiene en cuenta que la causal para la caducidad, según el contrato, era "el notorio descuido", o "notorio incumplimiento" o "incumplimiento de obligaciones fundamentales".

Aparece demostrado en autos que entre el 1º de septiembre de 1970 y el 15 de los mismos mes y año, la sociedad demandante entregó a Colcarril, previos los exámenes de calidad y aprobado el control técnico, a cargo de la firma interventora, 220 ruedas, así: 200 como entregadas para el cobro y 20 (10%) para reponer rechazos posibles, según práctica establecida entre las partes.

Tal entrega, vista la fecha de vigencia del contrato, resulta no solo oportuna sino anticipada.

Consta en autos que tal despacho solo fue cancelado parcialmente, por lo que, supuesta la vigencia del contrato, Colcarril quedaría en mora desde entonces y las entregas futuras solo podían exigirse a partir del pago, que nunca se realizó o, por lo menos, no se probó.

Conviene recordar que, según el contrato, el 90% del objeto del mismo, eran ruedas y el 10% objetos diversos, los que por lo demás, continuaron entregándose hasta mucho tiempo después de expedida la declaración de caducidad, según aparece de las facturas que obran en el folder III.

10. No hay una sola prueba en el proceso de que cantidad alguna de las ruedas fabricadas en cumplimiento del contrato de 17 de agosto de 1970, hubieran sido rechazadas, como sí aparece que lo fueron muchos de los fabricados en virtud de los contratos novados.

En efecto, aparece demostrado en autos que en los patios de Indumil, en Sogamoso, hay 485 ruedas, no maquinadas, no usadas, no ensambladas, de las cuales 220 corresponden al contrato de 17 de agosto y que fueron entregadas previo control de calidad practicado por la firma Consultécnica, interventora designada por Colcarril y, por lo mismo, perfeccionada tal entrega, provisional, solo podían ser rechazadas mediante el uso de los mismos y en un plazo expresamente pactado.

11. Los yugos entregados en virtud del aludido contrato, habían superado la prueba llamada "destructiva", no pactada, no incluida en el manual de normas de la "American Railroads Association" (AAR), a presiones iguales o superiores a las que en el uso normal debían resistir y, por lo mismo, su calidad era óptima para los que superaban la prueba y no hay una sola prueba, en el proceso, de que los entregados en cumplimiento de dicho contrato, hubieran sufrido rechazo posterior a su recibo.

12. Pero, además, aparece acreditado en autos, que desde el 14 de agosto de 1970, se había acordado no recibir más ruedas fabricadas por la demandante, lo que se hace efectivo desde el 13 de septiembre siguiente:

> "Además, desde el 7 de septiembre del año en curso, como conclusión de la reunión celebrada el 14 de agosto, con los representantes de Consultécnicos, Dirección de Talleres, Colcarril y el Director Técnico de la Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril de México, se tomó la determinación de no aceptar ruedas fundidas por la citada empresa" (Carta de los Ferrocarriles Nacionales de Colcarril, de octubre 26 de 1970, folder III, folio 14).

13. Lo anterior, ratificado y complementado por la declaración jurada del doctor Alvaro Báez Reyes (cuaderno número 6, folio 94), excontralor y exsubgerente de Colcarril, permite concluir que el contrato de 17 de agosto de 1970 se firmó por parte de Colcarril, con el único objeto de mejorar las garantías del contratista y ante la imposibilidad de declarar la caducidad de los contratos novados, por cuanto Colcarril había aceptado los múltiples incumplimientos de tales contratos.

14. En síntesis, la Sala encuentra, con el análisis de las siguientes pruebas: testimonio de Alvaro Báez (cuaderno 6, folio 94); Antonio Matera Ortiz (cuaderno número 6, folio 99); Hernán Espinosa Fajardo (cuaderno número 6, folio 112); Marco Tulio López Vargas (cuaderno número 6, folio 185); Inspecciones Judiciales (cuaderno número 6, folio 191 y folder número 1); carta de Ferrocarriles Nacionales a Colcarril (folder III, folio 14); cuenta de cobro de Metalúrgica (folder III, folio 35); acta de la Junta Directiva del Instituto de Fomento Industrial (cuaderno número 6, folio 196); análisis científicos practicados por el Instituto de Asuntos Nucleares (cuaderno número 6, folio 32), probados los sigiuentes hechos:

a) Que desde los primeros días de septiembre de 1970 se había dado la orden de no recibir más ruedas fabricadas por la sociedad demandante;

b) El contrato de 17 de agosto se celebró, no para cumplirlo, sino para declarar su caducidad y hacer efectivas las mayores garantías obtenidas con él;

c) Las ruedas fabricadas por Metalúrgica estaban marcadas y eran fácilmente identificables;

d) Todos los despachos se hacían previo examen de calidad y el visto bueno de la firma interventora;

e) Los yugos eran sometidos a una prueba llamada "destructiva", no prevista en el contrato;

f) Tal prueba "destructiva" era practicada en Indumil y su realización no era suficientemente rápida, demorando el recibo de los productos;

g) Que a todos los proveedores de Colcarril, se les rechazaban ruedas;

h) Que desde mediados de agosto de 1970 se dio orden al Jefe del Departamento de Control de Calidad (Marco Tulio López), de no ensamblar ruedas fabricadas por Metalúrgica;

i) Que los rechazos eran cargados en la cuenta del proveedor;

j) Que cada despacho era adicionado por Metalúrgica con un 10% para reponer rechazos, según cuenta que al efecto se llevaba;

k) Que en los patios de la Industria Militar (INDUMIL) en Sogamoso, para febrero o abril de 1971, existían 485 ruedas fabricadas por Metalúrgica, sin maquinar, sin ensamblar y sin usar, en completo abandono;

l) Que las ruedas habían sido fabricadas por la demandante, sobre el plano acordado en el contrato, para ruedas *forjadas* y no *fundidas* que era lo contratado; plano número P. D. S. K 3222 suministrado por "Ricaurte y Vaughn, Limitada", como representantes de The United Steel Companies, Limited, y enviado a "Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril", de México, y tomado por Colcarril como modelo obligatorio en el controvertido contrato.

Que no obstante, de ese modelo, para forjar y no para fundir, solo ha debido tomarse la medida del patín de la rueda pero "no del núcleo y el alma de la rueda" que cambian según sea la pieza fundida o forjada.

Y que, con tal modelo, al ser fundida la pieza, resulta técnicamente rechazable, es decir, que gran parte de los problemas presentados en el desarrollo de los contratos novados, fueron causados por el modelo que equivocadamente se tomó como obligatorio, para el fabricante, sobre lo que insistentemente estuvo llamando la atención de Colcarril, la demandante, sin ser oída.

m) Que los precios se reajustaron a todos los fabricantes, menos a Metalúrgica y así, al paso que a ésta se le pagaba rueda a $ 1.600.00, se le pagada a Siderúrgica de Medellín a $ 2.000.00 y a $ 2.300.00 o se las importaba a un costo de $ 2.000.00 o $ 2.500.00 (acta de la Junta Directiva del IFI de 26 de octubre de 1970, cuaderno número 6, folio 196);

n) Del mismo documento que se acaba de relacionar, se demuestra la ingerencia del IFI en la vida y operación de Colcarril, hasta el punto de decidir su propia suerte y la de los contratos celebrados por Colcarril.

15. Debe, pues, prosperar la petición de nulidad de los actos acusados, pues no solo violan el artículo 255 del C. C. A., sino los artículos 1602 y siguientes del C. C., citados por el actor.

16. Los perjuicios sufridos por el contratista demandante, dado un contrato conmutativo y oneroso, resultan obvios en su existencia, mas no es posible determinarlos en su cuantía, por lo que se hará la condena en abstracto.

17. Frente al derecho común resultaría difícil estructurar la solidaridad pretendida entre Colcarril, en liquidación y el Instituto de Fomento Industrial, IFI, pero ella resulta, así:

a) En el derecho público resultaría repugnante a los más elementales principios de la lógica y la equidad, que el Estado, personero de la comunidad, creara organismos descentralizados para cumplir concretos servicios en beneficio de la comunidad, y por obra de sus administradores, tal gestión resultara en perjuicio de los mismos administrados, bien en sentido general, bien frente a determinados ciudadanos o sujetos de derecho;

b) Por lo tanto, y como el Estado no perece ni se quiebra, por supuesto filosófico-político, es el Estado mismo quien debe responder, directa o indirectamente, de la gestión de sus orgarnismos descentralizados, así éstos tengan autonomía jurídica y patrimonial, cuando tales organismos se liquiden o queden en insolvencia;

c) Por otra parte, el IFI es dueño del 98% del interés social en Colcarril, Limitada;

d) El IFI tenía la dirección y el control administrativo de Colcarril y decidía sobre la orientación y términos de su operación financiera, industrial y comercial hasta el punto de intervenir decisivamente no solo en la suerte del contrato que ha dado origen a este proceso, sino sobre la vida misma de Colcarril.

18. La Sala acepta, pues, la solidaridad entre Colcarril y el IFI.

19. La parte demandante aparece integrada por Metalúrgica Grancolombia y sus socios, pues estos últimos alegan haber sufrido cuantiosos perjuicios, haber tenido que malvender diversos bienes, muebles e inmuebles y contraer cuantiosas obligaciones, para evitar la quiebra de la sociedad familiar.

No aparecen probados tales perjuicios, ni su relación de causalidad con los actos declarativos de la caducidad, en lo relacionado con los socios.

Por otra parte, siendo la sociedad demandante de la especie de las limitadas y no habiéndose extendido, por los socios, su responsabilidad más allá de sus

aportes, no surge jurídicamente obligación alguna para los asociados de arriesgar sus bienes propios para evitar la quiebra del ente social y si lo hicieron, fue obra de su exclusiva voluntad y deben correr con los riesgos consecuenciales.

Distinta la situación del socio Joaquín Prieto Isaza, quien firmó el contrato *sub lite*, en forma solidaria con la sociedad y si bien no aparecen demostrados los perjuicios materiales, los morales subjetivos son consecuencia natural de la caducidad que se anula y se reconocerán en abstracto.

20. *Los perjuicios materiales.*

Para liquidarlos, se sentarán las siguientes bases:

a) El anticipo de $ 2.017.814.32 que se hizo por razón del contrato de 17 de agosto de 1970, se tendrá por bien hecho, pues si parte se imputó a deudas de la sociedad demandante con la demandada por razón de los contratos novados, tal circunstancia no le quita el valor de pago ni su naturaleza de anticipo;

b) Por peritos se establecerá el reajuste de precios de todos los productos entregados por la demandante en virtud de los contratos novados, en los términos y porcentajes que resulten de aplicar la cláusula 3.00 —NOVACION— del contrato de agosto 17 de 1970 y se establecerá, verificado lo entregado y pagado, qué saldo queda en favor de la demandante, por razón de tales contratos;

c) Con los precios reajustados, cláusulas 8.02 a 8.06, se liquidará la totalidad de los productos entregados en cumplimiento del contrato de 17 de agosto de 1970 y verificado lo entregado y pagado, se determinará el saldo que resulte a favor de la parte demandante;

d) Se determinará pericialmente el porcentaje de utilidad que debía obtener la demandante del cumplimiento del contrato de 17 de agosto de 1970, con los precios reajustados y sobre la parte no cumplida y se le reconocerá a título de lucro cesante;

e) Lo que hubiera pagado la sociedad demandante por licenciamiento de personal ocasionado por la terminación unilateral del contrato de 17 de agosto de 1970, demostrado con las actas de conciliación ante los Jueces o Inspectores del Trabajo, las sentencias judiciales o pruebas fehacientes de otra naturaleza, siempre que se traigan los certificados del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y del Servicio Nacional de Aprendizaje, se le reconocerá en cuanto implique indemnización por terminación ilegal del contrato de trabajo;

f) Sobre el valor de las instalaciones de la demandante, dedicadas al cumplimiento del contrato de 17 de agosto de 1970, según se pruebe, se le reconocerá el interés comercial corriente por el lapso comprendido entre el 15 de septiembre de 1970 y el 9 de junio de 1971;

g) El valor de la chatarra, representada por el total de artículos "rechazados" a la demandante, se le reconocerá a la misma, según estimación pericial de su valor y prueba de su cantidad, peso o volumen;

h) Del total que de todo lo anterior resulte a favor de la demandante, consideradas las amortizaciones hechas al anticipo, se deducirá el saldo no amortizado de los $ 2.017.814.32 moneda legal, recibidos a título de anticipo por Metalúrgica Grancolombiana, Limitada.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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. Son nulas las Resoluciones número 1 de noviembre 24 de 1970 y número 1 de 9 de junio de 1971, emanadas de la Junta Directiva del "Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A.", COLCARRIL, en liquidación, por las cuales se declaró la caducidad del contrato que dicha sociedad había celebrado el 17 de agosto de 1970 con "Metalúrgica Grancolombiana, Limitada" y se negó a reponerla, respectivamente.

Segundo. "Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A.", en liquidación, representada por su liquidador, doctor Antonio Avila Alvarez, o por quien haga sus veces, solidariamente con el Instituto de Fomento Industrial, IFI, representado por su Gerente, doctor Alejandro Uribe Escobar, o por quien haga sus veces, son responsables de los perjuicios materiales causados a "Metalúrgica Grancolombiana, Limitada", representada por el doctor Antonio José Prieto, o por quien haga sus veces, con la declaración de caducidad del contrato celebrado el 17 de agosto de 1970, y de los perjuicios morales subjetivos causados por la misma razón, al doctor Joaquín Prieto Isaza, de condiciones civiles conocidas en este proceso.

Tercero. Las condenas del numeral anterior, se liquidarán por el procedimiento del artículo 308 del C. de P. C., sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, revalídese y habilítese el papel que lo requiera.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Portocarrero M.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día cinco de mayo de mil novecientos setenta y siete.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—El artículo 1546 del C. C. consagra para el contratante cumplido una opción: demandar la resolución o el cumplimiento y, obviamente, demandada la resolución no se puede demandar el cumplimiento y viceversa.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. Bogotá, D. E., veintisiete de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: doctor *Osvaldo Abello Noguera.*

Ref.: Apelación de la sentencia de julio 16 de 1976 del Tribunal Administrativo de Santander sobre el contrato 036 de mayo 23 de 1973 del Departamento de Valorización Municipal de Bucaramanga. Actor: Hernández Gómez y Cía. Limitada. Radicado número 2147.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Santander por la sociedad "Hernández Gómez & Cía. Limitada", por medio de apoderado especial, solicita, de acuerdo con los trámites del juicio ordinario de indemnización y teniendo como parte demandada al Departamento de Valorización Municipal, se hagan las siguientes declaraciones:

Primera. Que la entidad demandada no ha dado cumplimiento a las obligaciones contraídas para con la sociedad demandante por el contrato número 036 del 23 de mayo de 1973 para "la construcción paso diagonal quince quebrada La Rosita", por cuanto no verificó el pago oportuno del valor de las obras realizadas y entregadas, en la forma y término del contrato con ella celebrado.

Segunda. Que la sociedad "Hernández Gómez & Cía. Limitada" sí ha cumplido con la ejecución de la obra en los términos del contrato, habiendo entregado a satisfacción una apreciable cantidad de trabajo ejecutado en desarrollo del referido contrato por un valor superior al millón de pesos.

Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se decreta la resolución de dicho contrato, con indemnización de perjuicios por el incumplimiento de Valorización Municipal en la oportuna cancelación de las obras ejecutadas, y consecuencialmente que la sociedad demandante no está obligada a continuar ejecutando las obras que aún falten por realizar, y libere a la sociedad demandente de toda responsabilidad por razón de este contrato y que ha cesado la responsabilidad de la firma por la estabilidad de la construcción.

Cuarta. Que se ordene la liquidación del contrato número 036 de 1973, teniendo en cuenta el anticipo recibido para inversiones y reparación de las obras del contrato de Valorización Municipal conforme a lo estatuido en éste y las amortizaciones que la sociedad demandante haya efectuado de dicho anticipo, gastos o inversiones y perjuicios de acuerdo con lo que resulte demostrado y probado dentro del proceso, para efectos de la compensación por indemnización del lucro cesante y gastos.

Quinta. Que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios, a la compensación por perjuicios o indemnizaciones que resulten demostrados y probados en el persente, a que da lugar la terminación del contrato por parte de Valorización por su incumplimiento para cumplir lo pactado, y a favor de la sociedad demandante.

HECHOS:

El 21 de mayo de 1973 la Junta de Valorización del Municipio de Bucaramanga, con las debidas autorizaciones, suscribió con la sociedad demandante el contrato de obra número 036, para la construcción del paso diagonal sobre la quebrada La Rosita, de esta ciudad, por un valor de $ 3.881.900.41 moneda corriente, en las condiciones especificadas en dicho contrato.

La sociedad demandante entregó a la entidad demandada parte muy importante de estas obras, a su satisfacción, conforme a actas de entrega y recibo de obra suscritas por la entidad demandada, y a pesar de que ésta estaba obligada a pagarlas a medida que las fuera recibiendo, no ha pagado ninguna de estas cuentas y viene demorando injustificadamente el pago, con toda clase de subterfugios y evasivas.

El Concejo Municipal, por Acuerdo número 047 de 1973, dispuso la suspensión del cobro de la valorización con que éstas deben financiarse, y en consecuencia, la entidad demandada ha quedado sin rentas para cumplir el contrato, otra complicación más para no persistir en ésta.

Conforme a dicho contrato número 036 de mayo 25 de 1973, la sociedad demandante recibió un anticipo para iniciar las obras contratadas, para amortizarlo en cuentas de un 20% del valor de cada cuenta de cobro por obra ejecutada y entregada.

La sociedad demandante contrató los servicios por alquiler del equipo y maquinaria para la movilización de tierra y demás trabajos propios del desarrollo del mencionado contrato, y ha tenido que cancelar las sumas correspondientes, pese al no cumplimiento de Valorización Municipal en el desarrollo del contrato.

Como disposiciones violadas señala los artículos 1602, 1690, 1494, 1495, 1496 y 1546 del Código Civil.

LA SENTENCIA APELADA

La sentencia, objeto de este recurso de apelación, denegó las peticiones de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Segundo, doctor Gartner Posada, en su concepto de fondo, acoge los planteamientos expuestos en la sentencia y solicita que sea confirmada.

SE CONSIDERA:

Dice la sentencia lo siguiente: "De lo actuado se desprende que el día veintiocho de mayo de mil novecientos setenta y tres, la Junta de Valorización del Municipio de Bucaramanga celebró un contrato con la firma Hernández Gómez & Cía. Limitada, en virtud del cual esta última se comprometió a construir a todo costo 'el paso de la diagonal quince sobre la quebrada La Rosita' del plano urbano de esta ciudad, dentro de un plazo de doce meses, contados a partir de la legalización del contrato, por un valor total de $ 3.881.300.41 moneda corriente, suma ésta que debía pagarse al contratista por tramo de obra o a la terminación total, mediante la presentación de cuentas de cobro debidamente legalizadas, de-

biendo anotarse, de una vez, que Valorización entregó al contratista, como anticipo sobre el valor del contrato, la suma de $ 776.250.08, bajo la condición de que dicho anticipo sería cancelado por el contratista mediante descuentos del 20% de cada una de las cuentas que se giraran a su favor. Obviamente, el contrato contiene, además, otras cláusulas relativas a supervigilancia de la obra, seguridad, ejecución y dirección de la misma, garantías, causales de caducidad, etc., que no parece necesario puntualizar aquí. Ocurrió que el contratista ejecutó y entregó a satisfacción de la Junta de Valorización del Municipio algunos tramos de la obra, por un valor aproximado de un millón de pesos, que no le fueron cancelados oportunamente, por cuyo motivo aquél adelantó contra la entidad deudora el correspondiente proceso de ejecución, que terminó 'por pago completo de la deuda y sus intereses', el diez de diciembre de mil novecientos setenta y tres, según auto del Juzgado Cuarto Civil de este Circuito (folio 46, cuaderno de pruebas). Según oficio número 133 de fecha diciembre 3 de 1973, el Gerente de la firma contratista notificó al Jefe de Grupo de Interventoría de Valorización Municipal sobre la paralización completa de los trabajos, aduciendo como razón para ello el 'incumplimiento por parte del Municipio en lo que respecta al pago de las actas correspondientes a la obra ejecutada en la diagonal quince, quebrada La Rosita' (folio 144 ib.). En este estado las cosas, el contratista resolvió, quince meses más tarde, acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante la demanda cuya parte petitoria se transcribió al comienzo de este concepto.

"Pues bien. De acuerdo con las motivaciones de la demanda, el actor pretende la resolución del contrato y 'la liquidación del mismo, con indemnización de perjuicios' por incumplimiento de Valorización Municipal, así como la condena al pago de intereses legales y costas a cargo de la entidad demandada.

"El derecho optativo para pedir la resolución del contrato (artículo 1546 C. C., inc. 2º), ha dicho la honorable Corte, no corresponde sino al contratante, que haya cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En el caso de que ninguna de las partes contratantes dé adecuado cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la situación jurídica de mora y entonces es improcedente el ejercicio de la acción resolutoria, porque 'en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no le cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos', como lo dice el artículo 1609 del C. C.

"Ahora bien: 'para que haya lugar a indemnización —ha dicho también la Corte— se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice, debe probar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efectos de aquélla; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros'. (Casación, 27 de febrero de 1946, LX, 61).

"En el caso que se examina, es innegable que, en un momento determinado, la Junta de Valorización Municipal pudo haber incumplido la obligación de pagar unas cuentas parciales por tramos de obra entregada por el contratista. Pero, no fue precisamente entonces cuando se demandó la resolución del contrato y la consiguiente indemnización de perjuicios, sino que se optó, más bien, por el proceso de ejecución, y cuando ya el contratista había percibido por este medio el pago completo de la deuda y sus intereses, es decir, cuando la Junta de Valorización tenía pleno derecho a exigirle al contratista la prosecución de la obra, se invirtieron los papeles, con el resultado de que quien debiera ser demandado, se convirtió en demandante.

"Pero, es que, aparte de lo anterior, se tiene, además, que de acuerdo con el dictamen rendido por los señores peritos, quienes —dicho sea de paso— no fueron objeto de ninguna recusación, pero sí fueron, en cambio, víctimas de tendenciosas y audaces alusiones por parte del señor apoderado sustituto del demandante, los posibles perjuicios sufridos por el contratista por la mora en los pagos de los trabajos ejecutados, fueron muy inferiores a los ocasionados a la entidad demandada con el rompimiento intempestivo y unilateral del contrato por parte del demandante, amén de que éste había demostrado un retraso considerable en la ejecución de la obra, comoquiera que en siete meses solamente había realizado un 27% de la misma, quedándoles únicamente cinco meses para ejecutar el 73% restante.

"Por lo demás, según el cuadro de movimientos de cuentas, cuando los trabajos fueron suspendidos por el contratista, éste le adeudaba a Valorización una apreciable suma de dinero, por concepto del anticipo recibido al suscribirse el contrato. De donde concluyeron los peritos que 'la obra fue abandonada imprudentemente'.

"Estando, pues, demostrado que la parte actora no está libre de incumplimiento de lo de su cargo, debe concluir, entonces, que aun cuando la otra parte hubiese faltado también en todo o en parte a lo suyo, la acción resolutoria resulta improcedente, pues en tal caso a ninguno de ellos se les puede considerar en mora, pues —como bien enseña el profesor Alessandri Rodríguez— la mora del uno purga la mora del otro".

La Sala está de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, pero no puede estarlo con la motiva porque la razón para que las pretensiones del demandante no puedan prosperar es que el artículo 1546 del C. C. consagra para el contratante cumplido una opción: demandar la resolución o el cumplimiento y, obviamente, demandada la resolución no puede demandar el cumplimiento y viceversa.

En el presente caso, cuando se demandó ejecutivamente al Departamento de Valorización se hizo uso de dicha opción al exigir el cumplimiento y, por lo mismo, ya no era posible ejercer el otro extremo, la resolución con base en los mismos hechos.

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

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común.

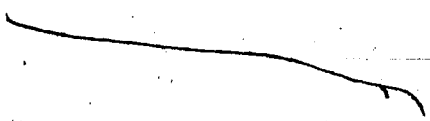
Se deja constancia que el proyecto anterior fue leído, discutido y aprobado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión verificada el día 26 de mayo de 1977, según consta en el acta respectiva.

Osvaldo Abello Noguera, Rafael Acosta Guzmán, Jorge Valencia Arango.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES



ELECTORALES. — Nulidad de lo actuado por falta de notificación del auto admisorio de la demanda al titular de la credencial impugnada. (Ver nota del índice).

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., junio primero de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Valencia Arango.*

Ref.: Expediente número 256. Actor: Miguel González Rodríguez. Electoral.

En el presente proceso electoral, por auto de nueve (9) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977), se ordenó poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad contemplada en el ordinal 3º del artículo 113 del C. C. A., y tal providencia se notificó personalmente al señor Argemiro Ortigoza González el tres (3) de mayo pasado, según aparece a folio 259 del expediente, sin que hubiera sido saneada la actuación procesal.

Pretende la demanda inicial del litigio, lo siguiente:

"1º Que es nula la declaratoria de elección como diputado a la Asamblea del Departamento del Tolima, para el período constitucional de 1976 a 1978, por el partido liberal, de la lista encabezada por Alberto Santofimio Botero, recaída en la persona del ciudadano Argemiro Ortigoza, 8º renglón de la lista de principales, hecha por medio del acta general de escrutinios de fecha cinco (5) de mayo de mil novecientos setenta y seis (1976), verificados por los delegados de la honorable Corte Electoral y los de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el Tolima como Secretarios, y se decrete la cancelación de su credencial.

"2º Que, en consecuencia, se disponga la expedición de nueva credencial como diputado a la Asamblea del Departamento del Tolmia, para el período constitucional de 1976 a 1978, por el partido liberal, lista encabezada por Alberto Santofimio Botero, en favor del ciudadano que ocupó el renglón siguiente en la precitada lista de candidatos a la Asamblea del Tolima, para el período constitucional de 1976 a 1978".

Como puede verse, se persigue, en forma concreta y precisa, la declaratoria de nulidad de los actos electorales mediante los cuales se invistió al señor Ortigoza con la calidad de diputado a la Asamblea del Tolima y, según los hechos del libelo, la *causa petendi* de las pretensiones deducidas no es otra que la inhabilidad del señor Ortigoza por haber ejercido cargo en la División Administrativa del Fondo Nacional Hospitalario hasta seis días antes de las elecciones verificadas el 18 de abril de 1976.

En tales circunstancias, el señor Ortigoza debía ser citado y notificado como demandado, como titular de la credencial impugnada, so pena de violar fla-

grantemente el artículo 26 de la Constitución Nacional desarrollado precisamente, en cuanto a este aspecto, por el ordinal 3º del artículo 113 del C. C. A.

El demandante afirma, en memorial visible al folio 150 de los autos, que el señor Ortigoza intervino en el proceso, durante la fijación en lista para pedir y practicar pruebas y que, igualmente, presentó alegato de conclusión. Empero, revisado cuidadosamente el expediente, la única actuación en que aparece el señor Ortigoza, es en la diligencia de notificación del auto que ordenó poner en su conocimiento la causal de nulidad que hoy es materia de esta providencia.

En mérito de las breves consideraciones anteriores, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1º Decrétase la nulidad de todo lo actuado en el presente negocio a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

2º En firme esta providencia, devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Miguel Lleras Pizarro, Presidente; *Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Jorge Dávila Hernández, Humberto Mora Osejo, Jorge Valencia Arango, Carlos Galindo Pinilla, Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Rafael Acosta Guzmán, Gustavo Salazar Tapiero, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Aníbal Restrepo, Alvaro Pérez Vives.*

Alvaro Escobar H., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Consejo de Estado.—Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—Bogotá, trece de junio de mil novecientos setenta y siete.

Ref.: Electoral 256.

SALVAMENTO DE VOTO DE MIGUEL LLERAS

En los procesos por nulidades en elecciones las únicas *"partes"* son el demandante y la sociedad representada por el Ministerio Público y estas "partes" han sido bien notificadas.

Como salvamento de hoy reproduzco el que escribí para los procesos 267, 275, 276 y 256.

Aunque el auto tiene la apariencia de ser de mero trámite, en el fondo supone la profesión de doctrina tan sustancial que puede afectar todo el proceso, hasta el extremo de hacerlo desaparecer desde el auto admisorio, porque acepta la existencia de una causal de nulidad.

Por la sentencia citada en el auto, se adoptó doctrina propuesta de tiempo atrás y hasta ese entonces siempre rechazada, encaminada a resolver la dificultad de la prueba de hechos negativos indefinidos, cuando la demanda se funda en que el candidato no cumple con las condiciones legales o constitucionales para desempeñar el encargo. El escollo provenía precisamente del tradicional reconocimiento de la naturaleza de la acción electoral, que es pública y popular, sin contradictor individualizable, instituida para que los colombianos puedan velar por la pureza

de la fuente del poder democrático. En estos procesos no puede reconocerse contradictor con interés particular vulnerado que merezca ser protegido. El único interés es el de la sociedad, de naturaleza política y objetiva.

La excepción no puede convertirse en regla so pena de hacer inane el juicio que la ley ha estructurado como de excepcional rapidez y sencillez para que la sentencia pueda producir sus efectos oportunamente, es decir, antes de vencer el período para el que se eligió a la persona o personas cuya elección se controvierte. En el presente caso basta revisar la fecha de la elección, verificar que el período de los electos es de un año y mirar la fecha de la sentencia de primera instancia y la del auto de hoy, para concluir experimentalmente, que es lo científico, como cualquiera que sea la decisión última, será extemporánea.

Muchas veces en el pasado, siguiendo a Couture, me he atrevido a advertir que con las nulidades se debe proceder con cautela, si se aspira a que el proceso no se transforme en irrisión.

Atentamente,

Miguel Lleras Pizarro.

EXPLICACION DE VOTO DEL CONSEJERO ALVARO PEREZ VIVES

Ponente: doctor *Jorge Valencia Arango.*

Expediente número 256. Actor: Miguel González Rodríguez.

El suscrito ha sostenido la tesis de que, salvo aquellos casos en los que se solicita la anulación de la credencial expedida a determinada persona, por falta de cualidades o requisitos constitucionales o legales, o por no haber sido debidamente inscrita la respectiva lista, en los procesos concernientes a elecciones de origen popular, no hay lugar a notificar la demanda a los elegidos, pues lo que se impugna no es determinada credencial sino la elección o el escrutinio, en sí mismos y en acción pública, en defensa del orden jurídico y del interés general.

Por tanto, mientras no se decida la demanda y se efectúe el nuevo escrutinio, si a ello hubiere lugar, no se sabe quién puede resultar afectado por la respectiva sentencia.

Exigir en tales acciones la notificación personal de todos los supuestamente afectados, equivaldría a demorar indefinidamente el curso del proceso, el cual corre el riesgo de decidirse una vez que el correspondiente período se haya vencido.

Alvaro Pérez Vives, Consejero de Estado.

Bogotá, D. E., junio primero de mil novecientos setenta y siete.

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS. — Procedimiento gubernativo tributario. — El Decreto 1651 de 1961 y el Decreto 2821 de 1974. — Acción de revisión de impuestos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 4003. Actor: Inversiones La Capilla González Holguín & Cía. Limitada. Impuestos. Recurso de súplica.

El apoderado de la sociedad "Inversiones La Capilla González Holguín & Cía. Limitada" formuló demanda ante esta corporación con fundamento en la facultad conferida por el artículo 67 del Código Contencioso-Administrativo para obtener las siguientes decisiones:

"Primera. Que se decrete la nulidad de los autos distinguidos con los números A-000646-P y A-001118-P de fecha 23 de abril y 6 de julio del presente año, respectivamente, por medio de los cuales se desecharon los recursos por la vía gubernativa interpuestos por mi mandante, contra la operación administrativa de liquidación del impuesto de la sociedad 'Inversiones La Capilla González Holguín & Cía. Limitada', NIT 60028660 por el año gravable de 1972.

"Segunda. Que como consecuencia de tal nulidad y para restablecer el derecho subjetivo quebrantado por tales autos cuya nulidad se solicita, se declare que no ha sido agotada la vía gubernativa y que por lo tanto el recurso interpuesto mediante memorial de fecha 13 de enero de 1975, radicado bajo el número 002470 en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá contra la liquidación oficial número 008760 B del 14 de octubre de 1974, no ha sido resuelto.

"Tercera. Que se ordene a la Administración resolver sobre el fondo de las materias objeto del recurso interpuesto".

Sobre la viabilidad de esta acción en el libelo se dice:

"La acción de plena jurisdicción es procedente por las siguientes razones de orden legal:

"1ª La acción de plena jurisdicción tiene por finalidad obtener el restablecimiento del derecho subjetivo quebrantado por un acto administrativo, resultado que se deduce solicitando la nulidad del acto de que se trata, para que como consecuencia de ello se restablezca el derecho subjetivo cercenado.

"2ª En el presente caso se demanda exclusivamente la nulidad de los autos números A-000646-P y A-001118-P de abril 23 y julio 6, respectivamente, emanados de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y el consiguiente restablecimiento del derecho desconocido por tales autos, cual es precisamente la facultad de impugnar por la vía gubernativa o administrativa, dentro de los términos y con las formalidades legales, la liquidación oficial correspondiente al año de 1972, distinguida con el número 008760 B de fecha 14 de octubre de 1974, y a obtener la decisión de mérito correspondiente, por lo que resultan quebrantados los artículos 26 y 45 de la Constitución Nacional y los artículos 13 y siguientes del Decreto 2733 de 1959 y dos más del Decreto 2821 de 1974.

"3ª Distinta es la acción de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos consagrada en el artículo 271 del C. C. A., al tenor del cual toda persona a quien se le exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para que se revise la operación administrativa correspondiente, 'y cuya finalidad al tenor del mismo artículo consiste en que se declare *que no estaba obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo*'. El Consejo de Estado refiriéndose al objeto de esta acción, en sentencia de mayo 10 de 1972 (expediente 2064, Consejero ponente, Juan Hernández S.), dijo que consiste en 'demostrar que por causa de haberse quebrantado textos concretos, la liquidación de un impuesto practicada al demandante es ilegítima o cuando menos excesiva en su cuantía'. Más adelante añade: 'el juicio de revisión propiamente dicho...' está relacionado *'con el monto, distribución o asignación del impuesto'*. (He subrayado).

"4ª Es claro, que en el asunto aquí debatido, nada se discute en relación con el *monto, distribución* o *asignación* de impuestos, ni se pide que se declare que mi representada no está obligada a cubrir suma alguna, ni que ha sido gravada en exceso, ni se solicita tampoco reintegro alguno. Solo se pretende hacer valer el derecho a impugnar la operación administrativa de liquidación de impuestos, el cual ha sido desconocido por los actos que se impugnan. En otros términos, no se solicita aquí la revisión de operación alguna de liquidación de impuestos, característica esta última específica del juicio de revisión, sino que se acusan los actos por los cuales se le negó a la sociedad que represento el derecho de interponer los recursos que le otorga la ley para impugnar la liquidación oficial de impuestos".

El Magistrado conductor del proceso, mediante providencia del 18 de noviembre de 1976 expuso y dispuso lo siguiente:

"La mayoría de los Consejeros que componen esta Sección Cuarta han decidido, con permanente y motivada discrepancia del que suscribe este auto, que las nulidades procesales de la etapa gubernativa, deben demandarse y tramitarse como las relativas a liquidación definitiva de impuestos y que, en consecuencia, el Consejo no es competente en única instancia sino, eventualmente, en segunda.

"Sería contrario a la economía procesal admitir y tramitar la demanda para que, al final, la mayoría ordenara que pase al Tribunal.

"Por tanto, se da por admitida la demanda en la fecha en que se presentó en el Consejo y se ordena remitir el asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que allí se complete el trámite (artículo 86, Código de Procedimiento Civil)".

La parte demandante ha interpuesto recurso de súplica contra dicha providencia manifestando que de acuerdo con los planteamientos hechos en el libelo y

por razón de las nuevas normas procesales en materia tributaria, dictadas por el Decreto 2821 de 1974 se han introducido modificaciones al régimen establecido por el Decreto 1651 de 1961 y por lo tanto la jurisprudencia vigente sobre nulidades procesales en la etapa gubernativa en materia de impuestos no es aplicable al presente caso como parece haberlo entendido el Consejero sustanciador.

Para resolver se considera:

El Decreto 1651 de 1961 en su artículo 31 disponía que contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios existían los recursos de reclamación ordinaria y de reclamación extraordinaria.

En el artículo 32 fijó un término de tres (3) meses posteriores a la fecha de la notificación de la liquidación oficial del impuesto, para interponer el recurso de reclamación ordinaria y en los artículos 36 a 40 reglamentó la forma y las condiciones, así como los plazos para interponer el recurso de reclamación extraordinaria.

El artículo 19 del Decreto 2821 de 1974 suprimió la terminología consagrada en el Decreto 1651 y estableció como simple recurso de reposición la denominada reclamación, el cual puede interponerse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la correspondiente liquidación de impuestos.

El artículo 26 del mismo decreto dispuso que los casos de reclamación extraordinaria previstos por el artículo 36 del Decreto 1651 con relación "a liquidaciones notificadas con anterioridad a la vigencia del presente decreto, en lugar del mencionado recurso deberá interponerse el de reposición, lo cual podrá hacerse hasta seis (6) meses después de la vigencia del presente Decreto".

Los dos artículos anteriores ponen de presente que dentro del sistema establecido por el Decreto 2821 las reclamaciones ordinarias y extraordinarias establecidas por el Decreto 1651 de 1961 se reemplazaron por el recurso de reposición el cual puede interponerse solo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación.

La modificación, por lo tanto, en cuanto a los términos para reclamar y en cuanto a la terminología aplicable a esos reclamos es notoria.

Los artículos 41 a 46 del Decreto 1651 reglamentaban los recursos procedentes contra las providencias que decidían las reclamaciones y que eran el de reposición y el de apelación, pero limitaba la reposición exclusivamente para los reclamos contra liquidaciones cuyo valor no excediera de $ 500.00 y las dictadas por la División de Impuestos Nacionales, cuando fijaron un gravamen superior al determinado en la providencia apelada o consultada o cuando resolviera puntos nuevos no discutidos en la primera instancia.

El artículo 20 del Decreto 2821 de 1974 consagra el recurso de apelación contra las providencias dictadas por las Secciones de Recursos Tributarios, pero solo cuando el monto de la liquidación impugnada o el valor de la reclamación sea superior a $ 10.000.00 y su interposición debe hacerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto-ley 1651 de 1961.

Como se ve, en el Decreto 1651 las providencias dictadas por la Administración de Impuestos Nacionales eran susceptibles de recursos de reposición en unos casos y de apelación ante la Dirección General de Impuestos en otros, porque el criterio que informaba ese sistema era el de que el pronunciamiento de los funcionarios correspondientes tenía carácter de fallos de fondo, y por lo tanto, eran susceptibles de ser recurridos por el interesado.

En el Decreto 2821 las reclamaciones ordinarias o extraordinarias establecidas por el Decreto anterior se convirtieron en recursos de reposición contra el acto administrativo de liquidación del impuesto y las providencias dictadas por la Sección de Recursos Tributarios al decidir esa reposición son susceptibles de apelación cuando el monto de la liquidación o del reclamo sea superior a $ 10.000.

Aquí también se observa claramente que hay un criterio totalmente diferente en el manejo del procedimiento, para resolver las inconformidades del contribuyente con el acto administrativo de liquidación de sus impuestos de renta y complementarios.

Acorde con el nuevo sistema el artículo 22 del Decreto 2821 estableció que se agota la vía gubernativa según los casos al ejecutoriarse la providencia dictada por la Sección de Recursos Tributarios o la dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de apelación o de consulta.

El artículo 33 del Decreto 1651 establecía los requisitos que debe llenar el contribuyente al interponer su reclamación y expresamente manifestaba que si éste no cumpliere con cualquiera de esos requisitos o lo hace fuera de tiempo, el funcionario producirá un fallo de mérito negando las peticiones formuladas por el contribuyente. El texto reza así:

"Artículo 33. El contribuyente que interponga el recurso de reclamación ordinaria contra la liquidación inicial o de revisión, debe llenar los siguiente requisitos:

"a) Expresar en el memorial por medio del cual interpone el recurso los motivos de inconformidad con la liquidación impugnada, e indicar la dirección a la cual debe enviarse el aviso de notificación de la providencia que resuelva la reclamación, y

"b) Acreditar, antes de que se reparta el expediente para fallo de fondo, que ha satisfecho, dentro del término que tenga para reclamar, el valor total de la liquidación privada o el de la que se haya practicado para reclamar.

"Si no se cumple cualquiera de estos requisitos, o si el recurso se interpone extemporáneamente, el funcionario del conocimiento negará las peticiones de la reclamación y la providencia que dicte se tendrá como fallo de fondo.

"Cuando en la liquidación para reclamar se hayan tenido en cuenta los errores que el contribuyente considera haber cometido en su declaración, se dictará fallo desfavorable si él no demuestra tales errores".

El artículo 24 del Decreto 2821 consagra también los requisitos que debe llenar quien formule el recurso de reposición y que sustancialmente son los mismos del Decreto 1651, con la única adición de que el interesado debe presentar una liquidación privada que incluya los factores no discutidos de la oficial y la prueba del pago correspondiente a esa nueva liquidación. Pero si todos los factores de la liquidación oficial que modifican la privada estuvieron impugnados, basta con acreditar el pago de la liquidación privada.

En el artículo 33 del Decreto 1651 solo se exigía acreditar el pago de la liquidación privada aunque estuvieren discutidos o no todos los factores que hubiera modificado la liquidación oficial.

En la parte final del mencionado artículo 24 del Decreto 2821 se dice textualmente:

"....

"Cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo, el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa".

Este último inciso es una evidente novedad en el procedimiento conocido y establecido por el Decreto 1651, puesto que de acuerdo con el análisis hecho hasta el momento, al desecharse el recurso por incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, la Sección de Recursos Tributarios se limita a no darle curso al proceso de reclamación y por lo tanto a no abrir la etapa gubernativa que permita discutir las razones de hecho y de derecho del contribuyente para solicitar la modificación de la liquidación oficial.

Al establecer el mencionado inciso que queda agotada la vía gubernativa al ser negada la reposición del auto que desechó el recurso no hace cosa distinta que reiterar lo previsto por el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 que dice:

"Artículo 18. Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan fin o hagan imposible la continuación.

"Parágrafo. Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un (1) mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".

En esta forma las nuevas normas de procedimiento eliminan la segunda instancia para los reclamos que hayan sido formulados sin el lleno de los requisitos exigidos para su prosperidad y establece una nueva forma de agotamiento de la vía gubernativa, dejando al interesado únicamente la opción de recurrir a la vía jurisdiccional para que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto.

Naturalmente al ocurrir ese fenómeno como es el planteado en esta demanda, la acción de revisión de impuestos debe orientarse no solamente a demostrar que no le asiste razón a la Administración para haber modificado los factores de liquidación de sus impuestos sino que el reclamo fue formulado con el cumplimiento cabal de esos requisitos.

Es cierto que mediante el auto que niega la reposición, la Administración se abstiene de estudiar las razones de fondo del reclamo quedando para la jurisdicción el correspondiente estudio; pero también es cierto que si aquél no ha sido formulado con el lleno total de los requisitos establecidos por la ley para su formulación, tampoco puede la jurisdicción entrar a resolver en el fondo, por cuanto el interesado no ha agotado debidamente la vía gubernativa por su culpa y obviamente no le ha nacido el derecho para ejercitar la acción, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

La vía natural y lógica para reclamar ante la jurisdicción contra los actos administrativos que denegaron el recurso, es el de la acción de revisión de impuestos, puesto que de una vez, si se demuestra que el reclamo sí fue formulado con el lleno de los requisitos exigidos pueden los Tribunales entrar a revisar la operación administrativa de liquidación de sus impuestos con una notoria economía de tiempo para decidir en forma definitiva la situación del contribuyente en frente al fisco.

La tesis contraria, que plantea el demandante en este negocio, produce un desperdicio de jurisdicción y una pérdida de tiempo perjudicial tanto para los intereses del contribuyente como para los intereses del fisco, pues si se pudiera mover la jurisdicción para que se limite a definir judicialmente si le asistía razón o no a la Administración para desechar el recurso, la consecuencia de esa decisión favorable sería la de regresar el negocio a la Administración para que empiece a tramitarse la vía gubernativa, en las dos instancias, con un desperdicio más o menos largo de tiempo, al final del cual si las decisiones de la Administración no le son favorables volver a comenzar un proceso jurisdiccional a nivel de Tribunal con la segunda instancia ante el Consejo de Estado, lo que llevaría por lo menos 5 años para llegar a una conclusión definitiva que consolide la situación del contribuyente ante el fisco.

Si, por el contrario, enfrente de los autos que desechan el recurso y que de acuerdo con la normación legal es una forma de agotamiento de la vía gubernativa, el contribuyente puede en una sola demanda ejercitar la acción de revisión de impuestos previa demostración de que cumplió debidamente con los requisitos establecidos por la ley para formular el recurso de reposición dentro de la vía gubernativa, eliminando una segunda instancia en el proceso administrativo y entrando de una vez a buscar la decisión final sobre sus obligaciones para con el fisco en el respectivo año gravable.

Este procedimiento fundado en una razonable y equitativa interpretación de las normas comentadas representa indiscutiblemente una utilidad favorable al contribuyente en el tiempo y una evidente economía procesal que elimina desperdicio en el curso de la jurisdicción.

Es por lo tanto claro, que el legislador estableció para estos negocios de impuestos el agotamiento normal de la vía gubernativa si se cumple el proceso normal de las etapas de reposición y apelación ante la Administración y un agotamiento de la vía gubernativa extraordinario si la reposición original no cumple con el lleno de los requisitos exigidos por la ley quedando abierto el camino para que el contribuyente interesado recurra ante la jurisdicción para que se decida sobre todas sus peticiones y se defina cuanto antes su situación.

Lo anteriormente expuesto es suficiente para que la Sala de Decisión,

RESUELVA:

Confírmase el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 3 de marzo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS. — LIQUIDACION OFICIAL Y DE REVISION. Plazo para practicarlas (artículos 24 y 29 del Decreto-ley 1651 de 1961). Cómo se cuentan los términos (artículos 67 C.C. y artículo 59 del C. de R. P. y M.).—Requisitos que debe contener la liquidación (artículo 18 D. L. 1651 de 1961).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., mayo veintiséis (26) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 4178. Actor: Gabriel González Sorzano. Impuestos. Consulta.

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia del 3 de diciembre de 1976, declaró nula la liquidación oficial 1399 de 31 de enero de 1973, la Resolución número 978 de 31 de julio de 1974, originaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga y la Resolución número 1928 de abril 2 de 1975 de la Dirección General de Impuestos, por medio de las cuales se confirmó la liquidación oficial de los impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1970 del señor Gabriel González Sorzano.

Como consecuencia de la declaración de nulidad reconoció en firme la liquidación privada hecha por el contribuyente.

Las razones que tuvo el Tribunal para hacer las anteriores declaraciones radican en el hecho de que el señor Gabriel González Sorzano presentó su declaración de renta por el año de 1970 a 31 de marzo de 1971 y la liquidación de impuestos impugnada fue expedida el 31 de marzo de 1973, con lo cual estima el Tribunal que dicho acto fue extemporáneo y por lo tanto en firme la liquidación privada correspondiente.

Por su parte el demandante señaló como razón para pedir la nulidad de los actos el hecho de que en el ejemplar de la liquidación no se señalaron los recursos que procedían contra dicha liquidación, con violación de los artículos 75 y 76 del Código Contencioso Administrativo que corresponden a los artículos 11 y 12 del Decreto legislativo número 2733 de 1959 y en especial del parágrafo 2º del artículo 11 en el que se dice que en el texto de la notificación de las providencias se indicarán los recursos que legalmente proceden; además, argumenta sobre la extemporaneidad de la notificación teniendo en cuenta los artículos 24 y 29 del Decreto 1651 de 1961.

Para resolver se considera:

El artículo 24 del Decreto legislativo número 1651 dispone que la liquidación privada queda en firme si la oficial no se ha expedido ni notificado dentro del mismo plazo que se señala para practicar la liquidación de revisión; y

el artículo 29 del mismo decreto dispone que se podrán revisar las liquidaciones de los impuestos "dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de presentación de cada declaración de renta y patrimonio...".

La forma como está estipulado el plazo en este artículo indica que los dos (2) años empezarán a contarse al día siguiente de la fecha de presentación de cada declaración y como en este caso esa fecha la del 31 de marzo, hay que entender que los dos (2) años empezaron a contarse desde el 1º de abril.

Pero aun, partiendo del supuesto de que el término de los dos (2) años empiecen a contarse desde el 31 de marzo de 1971, fecha de la presentación de la declaración de renta, el plazo fijado por la ley venció el 31 de marzo de 1973, de acuerdo con disposición muy precisa del artículo 67 del Código Civil, cuyo primer inciso fue subrogado por el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal y que a la letra dice:

> "Artículo 67. Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal.
>
> *"El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses.* El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos.
>
> "Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.
>
> "Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades nacionales, salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa". (Lo subrayado es de la Sala).

Siendo el texto de la ley suficientemente claro, sobre cualquier otro argumento para concluir que la decisión del Tribunal no se halla acorde con los términos legales y debe revocarse.

En cuanto a la observación del demandante de que la notificación de la liquidación está mal hecha por no aparecer en el texto de la misma los recursos a que tiene derecho el notificado, debe observarse que los requisitos que debe contener dicha liquidación están señalados en el artículo 18 del Decreto 1651 de 1961 y que las normas a que se refiere el demandante tiene aplicación para las providencias que ponen fin a una actuación administrativa tal como reza el artículo 74 del mismo Código, lo que no corresponde al caso en estudio.

Como el demandante en su reclamo dentro de la vía gubernativa esgrimió los mismos argumentos de la demanda referentes a los defectos de notificación y se limitó a pedir subsidiariamente que se le aceptara el pasivo rechazado, se le reconociera la deducción por arrendamientos y no se le determinara renta de goce sobre inmuebles que no había habitado, expresó que oportunamente expondría las razones de esas peticiones y haría uso del derecho a pedir pruebas; razones que no expuso y derecho que no ejerció dentro de la etapa gubernativa.

En estas condiciones no pueden estudiarse sus peticiones, por cuanto, además, en la vía jurisdiccional limitó la razón de su demanda a la irregularidad de la notificación, dejando a un lado las razones para pedir la aceptación del pasivo y las deducciones rechazadas, sin aportar prueba alguna para demostrar el fundamento de sus aspiraciones.

En consecuencia, no puede tomarse determinación alguna sobre el fondo del asunto por falta de elementos de juicio para decidir sobre ellos.

Por razón de lo anteriormente 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:

Revócase la sentencia consultada y en su lugar se deniegan las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 26 de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, con aclaración. *Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS. — Competencia de la Dirección General de Impuestos para resolver los recursos de reclamación contra las liquidaciones de revisión que estuvieren cursando ante tal dependencia a tiempo de la expedición del Decreto 2821 de 1974. — Sistemas de doble liquidación del Decreto 1651 de 1961 y de una sola liquidación del Decreto 2821 de 1974 y recursos contra ellas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, D. E., dos de junio de mil novecientos setenta y siete.

Consejero ponente: doctor *Jorge Dávila Hernández.*

Ref.: Expediente número 4270. Actor: Abel Ramírez Hernández. Consulta de la sentencia de enero 19 de 1977 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de la liquidación del impuesto por el año de 1970. Fallo.

Por medio de la sentencia consultada, de fecha enero 19 de 1977, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló el juicio promovido por Abel Ramírez Hernández enderezado a que se revise la operación administrativa de liquidación de impuestos a su cargo por el año gravable de 1970, así:

"Primero. Declárase nula la Resolución número R02011-H de 7 de abril de 1975, proferida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por falta de competencia.

"Segundo. Declárase operado el fenómeno de que trata el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, y en consecuencia, tiénese resuelto lo impetrado favorablemente al contribuyente Abel Ramírez Hernández (C. C. 4871690), tal como aparece en la parte motiva de este proveído, con referencia al año gravable de 1970. Queda sin valor la liquidación de revisión número 0814 de 26 de marzo de 1973.

"Tercero. Fíjase en la cantidad de $ 85.167.00 el total de los impuestos a cargo del contribuyente.

"Cuarto. La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá restituirá al contribuyente Abel Ramírez Hernández la cantidad de $ 9.427.00, más los intereses legales a que hubiere lugar".

El Tribunal fundó su decisión en las siguientes consideraciones:

"Sea lo primero puntualizar que el Tribunal no está de acuerdo con lo que señala el señor Fiscal Cuarto de la corporación en el sentido de igualar las consecuencias de las contravenciones de carácter tributario con las de tipo penal, para efectos de la prescripción de las mismas en favor del infractor. Y ello porque, no obstante que el denominado Derecho Penal Administrativo es semejante

en el fondo al Derecho Penal propiamente dicho, su fin y su objetivo son bien diferentes e inclusive su consideración subjetiva. El Derecho Penal, en efecto, mira preferencialmente la malicia, el dolo o la negligencia del infractor de la norma, en el aspecto tributario contempla las figuras contravencionales desde un punto de vista *objetivo*, es decir, no entra a analizar si hubo malicia, dolo o negligencia, sino que establecida la violación de la regla y establecida la responsabilidad de un contribuyente, se incurrirá en la contravención lo que llevará a la sanción correspondiente. Por eso estima la Sala que no se pueden asimilar situaciones o fenómenos jurídicos completamente distintos.

"Sin embargo, a la lectura y examen de la operación administrativa acusada encuentra el Estado que antes del pronunciamiento de la Dirección General de Impuestos Nacionales, mediante el Decreto 2821 de 1974, había variado el procedimiento para resolver los recursos interpuestos contra las liquidaciones de revisión; por ende, era necesario seguir las nuevas pautas fijadas y, por consiguiente, la Dirección debió enviar lo actuado a la oficina del caso por cuanto había perdido competencia para decidir y, además, por cuanto de no hacerlo, como no lo hizo, le negaba al contribuyente una de las instancias creadas por el nuevo estatuto, cual es la proveniente del recurso de apelación o de la consulta previstos.

"Por otra parte, el propio decreto, en su artículo 48, señaló: 'Este decreto rige a partir de su expedición, salvo en los casos expresamente exceptuados en el mismo'.

"Como sobre la forma como debía operar el tránsito de legislación, nada se dijo respecto de las reclamaciones presentadas con anterioridad a la expedición del Decreto 2821 y que no habían sido resueltas, ni se establecieron excepciones en forma concreta, ha de entenderse que el legislador quiso que se aplicara inmediata e íntegramente su disposición, trasladando la competencia a otra dependencia, en primera instancia.

"De ahí que careciendo de competencia la Dirección General de Impuestos Nacionales para resolver el recurso de reclamación interpuesto contra la liquidación de revisión, deberá anularse la resolución expedida por ella.

"Mas como resulta que demostrados los requisitos legales, la reclamación se interpuso el 23 de mayo de 1973, es evidente que a esta fecha ha ocurrido el fenómeno de que habla el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, que obra por ministerio de la ley y que el juez contencioso debe aplicar de oficio cuando encuentre que ha sucedido, ha de tenerse favorablemente lo impetrado por la parte actora, así:

"Renta		Impuestos
La capitalizada en la liquidación de revisión número 00814 de marzo 26 de 1973 ....$	325.273.00	
MENOS:		
Valores aquí reconocidos..	236.261.00	
Renta gravable aquí establecida	89.012.00	$ 20.219.00
PATRIMONIO		
El gravado en la liquidación de revisión número 00814 de marzo 26 de 1973. No varía	3.922.650.00	54.140.00
Impuestos sobre vacunos machos ....$		2.858.00
1% impuesto de ganadería		7.950.00
Total a cargo del contribuyente ....$		85.167.00

"Renta	Impuestos
PAGOS:	
Según comprobantes que obran en el expediente administrativo, folios 10 a 16, el contribuyente por el período gravable de 1970 efectuó pagos por	94.594.00
Saldo a restituir al contribuyente ... ...$	9.427.00"

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. *La presunta incompetencia de la Dirección General de Impuestos para decidir el reclamo.*

El Consejo no comparte el raciocinio del a quo que lo llevó a considerar que el Decreto 2821 de 1974 extinguió la competencia de la Dirección General de Impuestos para resolver los recursos de reclamación contra las liquidaciones de revisión que ante tal dependencia estuvieran cursando a tiempo de expedirse el mencionado estatuto, por las siguientes razones:

El Decreto 1651 de 1961 autoriza dos tipos de liquidaciones de impuestos a saber: la liquidación oficial, sustitutiva de la liquidación privada y la liquidación de revisión que a su vez sustituye la oficial. Este sistema de doble liquidación fue modificado por el artículo 15 del Decreto 2821 que establece una sola liquidación que denomina de revisión y que se practica "para modificar liquidaciones privadas de declaraciones de renta presentadas en 1974 y años posteriores". "Las presentadas con anterioridad a 1974 podrán ser objeto tanto de liquidación oficial inicial como de revisión" conforme lo dispone el penúltimo inciso de la citada disposición.

Contra la liquidación de revisión prevista en el Decreto 1651 de 1961, que como se ha visto, difiere de la que estatuye el Decreto 2821 así le dé esta misma denominación, el contribuyente interpuso el recurso de reclamación ante la Dirección General de Impuestos que es el único establecido en estos casos, según el artículo 35 del citado decreto, el cual debe ser decidido por tal entidad por ser la que emitió el acto acusado y mal puede entenderse que el Decreto 2821 sustrajo de esta entidad la competencia para atribuirla a la Sección de Recursos Tributarios de la Administración. Esta errada interpretación de las normas de este último decreto conduce a que un inferior revise un acto (la liquidación de revisión) producido por su superior jerárquico, lo cual no es lógico, a más de lo cual tal interpretación pierde de vista el hecho de que la reforma conservó la doble liquidación prevista en el Decreto 1651 para las liquidaciones privadas presentadas con anterioridad a 1974, lo cual, como es obvio, significa que tales liquidaciones continúan sometidas al régimen establecido en el Decreto 1651. Por último cabe anotar que del recurso de reposición previsto en el artículo 19 del Decreto 2821 conoce la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que *hubiere practicado la liquidación*, de donde mal pueden estas secciones conocer de recursos contra liquidaciones de revisión no practicadas por ella, sino por su superior jerárquico.

Por los anteriores motivos, no resulta acertada la decisión del a quo de anular la Resolución 020111 de 7 de abril de 1975 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que decidió el reclamo sobre la liquidación de revisión practicada al contribuyente, por una presunta falta de competencia para hacerlo.

2. *Pago de la liquidación privada.*

Sentado lo anterior procede analizar el fundamento expuesto por la Administración en la resolución en cuestión para desestimar el reclamo por no haber cumplido el contribuyente con el requisito previo del pago de la liquidación privada.

Con apoyo en los recibos que obran al folio 11 y siguientes del cuaderno principal, el demandante asevera que a tiempo de presentar la reclamación se había cubierto por concepto del pago de la liquidación privada la cantidad de $ 94.594.00, es decir, $ 8.741.00 más del valor de la privada cuyo monto se señaló en $ 85.853.00. En realidad, el alegado pago en exceso de la liquidación privada constituye un error del demandante, que, igualmente, indujo en error al Tribunal, pues la suma de $ 8.740.00 abonada a los impuestos correspondientes a 1970 por sobrantes anteriores, fue tomada en cuenta dos veces por lo cual el total de pago por el mencionado año solo fue de $ 85.854.00, lo que, de todas suertes, significa que el contribuyente sí dio cumplimiento al requisito del pago previo de la liquidación privada a tiempo de interponer el recurso de reclamación por lo cual la Administración ha debido resolverlo en el fondo. Lo anterior conduce a analizar en el fondo los cargos de la demanda.

3. *Los motivos de inconformidad.*

La liquidación de revisión se practicó por el sistema de comparación de patrimonios, lo cual arrojó una renta gravable de $ 325.273.00, frente a la declarada por el contribuyente de $ 89.011.00. De otra parte, la Administración impuso sanciones por no haber presentado el contribuyente el certificado sobre registro de libros de contabilidad y el inventario de ganados, para lo cual había sido requerido con oportunidad por las autoridades tributarias.

En su reclamo por la vía gubernativa el contribuyente alegó que de la renta fijada por el sistema de comparación de patrimonios debía deducirse la cantidad de $ 223.500.00, correspondiente a una ganancia extraordinaria producto de la enajenación de un inmueble rural de su propiedad denominado "San Vicente", por la cantidad de $ 300.000.00, cuyo avalúo catastral en 31 de diciembre de 1960 era de $ 76.500.00. En apoyo de su aserto presentó con su reclamación un certificado expedido por el Tesoreo Municipal de La Plata y copia de la escritura de venta número 421 de 14 de noviembre de 1970 otorgada ante el Notario del Municipio de La Plata (Huila).

En la demanda el contribuyente formula el mismo cargo con apoyo en las mismas razones y pruebas aducidas ante la Administración.

Respecto de la sanción por libros, el contribuyente alegó en la vía gubernativa que se le habían impuesto extemporáneamente, por no haberlo sido dentro del año siguiente a la presentación de la declaración de renta, argumentación que no reitera en su demanda en la cual pide que se elimine la sanción con base en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Neiva que acredita el registro de los libros de contabilidad (folio 9 C. principal) y que acompañó al libelo.

En relación con el primer cargo se tiene lo siguiente: conforme al certificado expedido por el Tesorero del Municipio de La Plata, presentado con el reclamo, el señor Abel Ramírez Hernández aparece como propietario en el año de 1960 de un predio denominado "La Realidad", ubicado en la vereda de San Vicente, La Plata, con una extensión de 123.700 hectáreas y un avalúo catastral de $ 76.500.00. Pues bien. En el certificado catastral incorporado a la escritura pública número 421 de 1970, otorgada ante el Notario del Circuito del Municipio de La Plata, por medio de la cual afirma el demandante haber vendido el inmueble a que se refiere el predio antes relacionado, aparece que el inmueble materia del

contrato, ubicado en el Corregimiento o vereda de San Vicente, se denomina "El Llano" y tiene un área de 337.2480 hectáreas de donde fácilmente se advierte que no coincide el predio identificado en la escritura con el predio a que se refiere el certificado presentado ante las autoridades tributarias, para los efectos previstos en el artículo 39 y ss. de la Ley 81 de 1960. Esta falta de correspondencia se acentúa, si se toma en cuenta que en la escritura aparece que el predio materia de venta fue adquirido por compras hechas a diferentes personas, al paso que en la declaración de renta (folio 45 C. Administrativo) se habla de que la finca vendida formaba parte, junto con mayor extensión, de un inmueble adjudicado por medio de la hijuela número 213 del Circuito de Agrado.

Lo anterior no permite tener por debidamente justificada la diferencia patrimonial que sirvió de base a la Administración para efectuar la liquidación de revisión.

En cuanto a la sanción por libros se tiene que, independientemente de la competencia para imponerla dentro del término de dos años que señala la ley para efecto de revisar una liquidación, o dentro del término de un año alegado por el contribuyente —cuestión que está sometida al conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo—, el certificado número 996 expedido por la Cámara de Comercio de Neiva acredita el registro de los libros de contabilidad del contribuyente en 1960 y 1963, por lo cual procede levantar la sanción que por tal concepto le fue impuesta, no sin anotar que el contribuyente no presentó tal prueba a las autoridades tributarias a pesar de haber sido requerido para hacerlo.

De acuerdo con lo anterior procede hacer una nueva liquidación de los impuestos a cargo del demandante por el año de 1970, la cual quedará así:

ABEL RAMIREZ HERNANDEZ

Año gravable de 1970

		Impuesto
Renta gravable ... ...$	325.273.00	111.527.00
Patrimonio líquido	3.922.650.00	54.140.00
Impuesto sobre vacunos machos ... ...$		2.858.00
1% impuesto de ganadería		7.950.00
Total a cargo del contribuyente ... ...$		176.475.00

Como el contribuyente ha acreditado pagos por un total de $ 85.854.00, aún le falta por pagar la cantidad de $ 90.621.00.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia consultada y en su lugar se dispone:

Primero. Revísase la operación administrativa de liquidación de impuestos de renta y complementarios a cargo del contribuyente Abel Ramírez Hernández,

con cédula de ciudadanía número 4871690 expedida en Neiva, por el año gravable de 1970, contenida en la liquidación de revisión número 00814 de 26 de marzo de 1973, sustitutiva de la número 137970-B del 23 de febrero de 1973, y en la Resolución número R-02011-H de 7 de abril de 1975 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Segundo. Fíjase en ciento setenta y seis mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 176.475.00) el total de impuestos a cargo del señor Abel Ramírez Hernández, por el año gravable de 1970. El contribuyente deberá pagar la cantidad de noventa mil seiscientos veintiún pesos ($ 90.621.00) más los intereses correspondientes causados hasta que se verifique el pago para cancelar su obligación tributaria por el expresado año.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Dávila Hernández.

Jorge A. Torrado, Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

VIA GUBERNATIVA. — Impuestos. — Cuando hay agotamiento formal de la vía gubernativa es cuando no existe recurso respecto del último acto pronunciado por la Administración, sin que importe ni legal ni doctrinariamente el contenido de los actos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 4394. Apelación del auto del Tribunal del Quindío por el que se rechazó la demanda. Impuestos sobre la renta por el año de 1970. Actor: Humberto Echeverri Jaramillo.

Por la Resolución número R-03690-H de 24 de agosto de 1976 de la Dirección General de Impuestos Nacionales se puso fin a la vía gubernativa respecto del reclamo presentado por el contribuyente Echeverri Jaramillo sobre la liquidación oficial. En el ordinal 1º de la decisión se lee: "Negar (sic) el recurso de apelación interpuesto, por falta de oportunidad en la presentación de los recibos de pago de la liquidación privada". En la parte final se advierte conforme al artículo 49 del Decreto 1651 de 1961 que por la vía gubernativa no hay recurso alguno. También se cita el artículo 22 del Decreto 2821 de 1974. Este acto se notificó personalmente el 13 de septiembre de 1976.

El Tribunal no aceptó la demanda por considerar que no se había agotado la vía gubernativa porque el acto que puso fin a esta etapa del procedimiento no contiene decisión de fondo.

El conjuez que decidió el empate explicó así su voto:

"Respeto, como corresponde, el criterio del honorable Magistrado López de la Pava, pero, con todo respeto, adhiero a la ponencia del honorable Magistrado Restrepo Murillo. En efecto, para instaurar demanda por la vía contenciosa, se requiere agotar la vía gubernativa, conforme lo disponen los artículos 82 y 273 del Código Contencioso Administrativo. Y de acuerdo con la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado transcrita en la ponencia, solo cabe entenderse agotada cabalmente esta etapa cuando se ha presentado demanda con los requisitos esenciales que determina la ley, uno de los cuales es demostrar el pago completo del valor de la liquidación privada antes de que el expediente sea repartido para decidir el reclamo. Este requisito no se cumplió en el caso a estudio, pues si bien el artículo 48 del Decreto 1651 autoriza presentar pruebas '... hasta el día anterior a aquel en que se reparta el expediente para proyectar el fallo de fondo', hay que entender que ello debe ocurrir en la primera instancia, pues en la segunda solo por excepción y para casos taxativamente enumerados en la ley, cabe debate probatorio. Pero hay más. No debemos perder de vista que al resolver el recurso de apelación el funcionario no puede tener en cuenta medios de prueba que no se tuvieron en cuenta al proferirse la providencia de primera instancia, porque no hacían parte del proceso. El fallador de segunda instancia, para resolver, solo debe

tener en cuenta los elementos de hecho que tuvo en cuenta el inferior para tomar su decisión, pues el superior examina si la providencia es legal o no en el momento en que se dictó y con el material probatorio existente en ese momento.

"Fuera inane, en consecuencia, que pudieran aportarse pruebas —y— concretamente la certificación echada de menos en la segunda instancia, si el fallador no puede considerarla. Lo lógico, entonces, es concluir que el pago debe comprobarse en la primera instancia, de ninguna manera en la segunda. Obsérvese que se trata, no de haber pagado, sino de probar que se ha pagado, que son cosas diferentes. En derecho, quien afirma prueba y lo que no se prueba no existe, según conocidos principios probatorios.

"Reitero, pues, que adhiero a la ponencia del honorable Magistrado Restrepo Murillo y, consecuencialmente, considero que debe declararse la inadmisibilidad de la demanda, por no haberse agotado en debida forma la vía gubernativa".

En el salvamento de voto del Magistrado López de la Pava se lee:

"Ahora bien: si la liquidación oficial inicial se produjo el 23 de marzo de 1973, y la reclamación tuvo lugar el 19 de junio, es indudable que para este momento el impuesto privadamente liquidado había sido cancelado en su totalidad con mucha antelación, luego nadie puede desconocer que el contribuyente había cumplido con su principal obligación tributaria: la de pagar sus impuestos en forma oportuna y también de modo total. Siendo esta afirmación tan evidente y axiomática, considero que no se puede denegar la admisión de la demanda con el simple argumento de que no se acompañó con el memorial reclamatorio el certificado correspondiente, pues eso sería desconocer el principio consagrado en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, perfectamente aplicable en esta oportunidad, de que 'al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...', principio que armoniza en forma complementaria con el sentado en el artículo 1º del Decreto 437 de 1961, cuando dice que 'los funcionarios públicos que tengan atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y con el recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos; que la aplicación recta de las leyes y decretos que regulan la materia deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación'. Estas dos normas, nada más, serían suficientes para respaldar mi criterio; empero tengo otras razones para aducir. Si cuando Echeverri reclamó hacía tiempo había pagado la totalidad del impuesto de la liquidación privada, me parece injusto por parte de la Administración sacrificar el derecho de aquél de ser oído, en aras de un mero formalismo, pues bien habían podido los funcionarios fiscalistas cerciorarse por algún medio, de si era cierto que el reclamante estaba a paz y salvo por virtud de su liquidación privada. Otra cosa: no puede olvidarse que el interés que la Nación persigue es el de que le paguen los impuestos, y este es el criterio predominante en el artículo 33, numeral b), del Decreto 1651 de 1961, pues allí dice muy claramente que el interesado debe 'acreditar, antes de que se reparta el expediente para fallo de fondo... el valor total de la liquidación privada...'. A mi manera de ver, no es lo mismo, claro está, que el pago se haga dentro de la reclamación que antes de formularse ésta, y que en algunos casos el pago no sea total, sino parcial o incompleto. Cuando ese pago se hace con ocasión del recurso, o por otro lado no es total sino parcial, ahí sí cabe argüir que el interesado no ha cumplido con los presupuestos procesales especiales, de que habla el citado artículo 33, pudiéndose afirmar que la reclamación no se ha hecho con el lleno de las formalidades legales, al tenor del artículo 36 de la Ley 63 de 1967. Pero si el cubrimiento del pago

se ha efectuado con mucha antelación a la liquidación oficial, y por ende a la reclamación, y no solo eso sino que se canceló la totalidad del impuesto, no encuentro válida ninguna razón para desestimar la comprobación de ese pago, hecha con el memorial apelatorio, ya que considero que mientras no se defina en su integridad el incidente reclamatorio, se está dentro de la etapa procesal gubernativa y se pueden aportar pruebas, tal como lo permite el artículo 48 del Decreto 1651 ya citado, disposición que muy claramente expresa que '...no obstante, el contribuyente podrá pedir y presentar pruebas y alegatos hasta el día anterior a aquel en que se reparta el expediente para proyectar el fallo de fondo'. Y, se pregunta: ¿cuál es ese fallo de fondo? La ley no lo distingue, y por tanto, en una sana hermenéutica interpretativa, puede afirmarse que lo es tanto el que se pronuncia en primera instancia como el de segunda. De manera, pues, que no veo en qué pueda fundarse la negativa a admitir la demanda. Respecto a la jurisprudencia traída en el proyecto, en ella se trata el caso de un contribuyente que no había hecho el pago total del impuesto, sino parcial, y de ahí que el honorable Consejo de Estado hable de pago 'incompleto', que es distinto a lo ocurrido en el caso de autos, en donde el interesado había cubierto en su totalidad el valor de los impuestos privadamente tasados. En mi concepto, no hay duda que la demanda del señor Echeverri debe tener vía libre, y ser tramitada".

Análogos argumentos expone el actor en su memorial de sustentación del recurso.

Para resolver se considera:

Según el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 se entiende agotada la vía gubernativa cuando los actos o providencias de esta etapa no sean susceptibles (sic) de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero. Tales recursos son el de reposición ante el funcionario que pronunció la providencia y el de apelación ante el inmediato superior. Cuando hay agotamiento formal de la vía gubernativa es cuando no existe recurso respecto del último acto pronunciado por la Administración sin que importe ni legal ni doctrinariamente el contenido de los actos porque uno de los puntos, por ejemplo, que puede ser materia del debate ante la jurisdicción es precisamente si las pruebas que las agencias gubernativas rechazaron por considerarlas inoportunas o insuficientes fueron realmente inoportunas o insuficientes, asunto que no puede decidirse en el auto de admisión de la demanda porque debe ser objeto del examen de la sentencia que se produce después del debate procesal.

También por ejemplo, si el acreditamiento del pago oportuno solo es admisible con la presentación del recibo o si hay otros medios de prueba que sean aceptables, que es el punto que se debate en este negocio, no es cuestión que pueda resolverse en el auto admisorio.

Por los breves razonamientos precedentes el Consejo de Estado, por medio de su Sección Cuarta,

RESUELVE:

1º Revócase el auto apelado.

2º Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que admita la demanda y prosiga el trámite correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO VII

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

JURISDICCION COACTIVA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — La declaración administrativa de caducidad y el contrato de seguro. — Cómo se determina el valor del siniestro y hasta dónde y cuándo debe concurrir la compañía aseguradora a cumplir con las obligaciones derivadas del incumplimiento del contratista.—Forma como debe proferirse la declaración de caducidad y sus efectos, de conformidad con el Decreto-ley 150 de 1976. — Requisitos que debe reunir el título ejecutivo en estos casos, para iniciar el juicio de cobro por jurisdicción coactiva.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá. D. E., mayo doce (12) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Consejero ponente: doctor *Bernardo Ortiz Amaya.*

Ref.: Expediente número 3853. Actor: La Nación C. Aseguradora Colseguros —Ingenieros Contratistas del Llano - INCOLL, Limitada— Jurisdicción Coactiva.

El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de 21 de mayo de 1976, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la Compañía Aseguradora Colseguros, por la cantidad de $ 1.994.147.21 y por las costas que se causaron en el juicio.

El Juzgado como título ejecutivo para tomar la determinación anterior tuvo presente los siguientes documentos:

1º La Resolución número 00171 de 29 de enero de 1973 dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, la que en su parte resolutiva dispuso lo siguiente (folios 5 a 7):

"Artículo primero. Declarar la caducidad administrativa del contrato número 132 de fecha 19 de agosto de 1971, celebrado con la firma Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada, para la construcción de la carretera de acceso al Charo y el carreteable transversal del Charo y sus ramales, en el proyecto de Inçora, Arauca número 1.

"Artículo segundo. Hacer efectivas la pólizas de seguros números 49676 y 49677, expedidas por la Compañía de Seguros Aseguradora Colseguros, el 24 de agosto de 1971, en Bogotá y certificado de modificación de la segunda de estas pólizas número 52220, expedido en Bogotá por la misma Compañía de Seguros, en fecha 3 de febrero de 1972, hasta concurrencia del valor asegurado, o sea la suma de dos millones doscientos setenta y seis mil doscientos cincuenta y ocho pesos con sesenta centavos ($ 2.276.258.60) moneda colombiana.

"Parágrafo. Del valor asegurado solamente se descontarán las sumas amortizadas por el contratista para cubrir el valor del anticipo.

"Artículo tercero. Envíese copia de la presente providencia a la Compañía de Seguros Aseguradora Colseguros y a la División Financiera del Incora.

"Artículo cuarto. Notifíquese la presente resolución a la firma contratistas, Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada, y a la Compañía de Seguros Aseguradora Colseguros, siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto número 2733 de 1959.

"Artículo quinto. Contra la presente resolución procede únicamente el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa, según lo prescrito en el artículo 44 de los estatutos del Incora".

2º El edicto por medio del cual se surtió la diligencia de notificación de la resolución anterior con constancia de su fijación en lugar público y de su desfijación, hechos que ocurrieron el 8 de febrero de 1973 al 16 de febrero del mismo año (folios 13 a 15).

3º Dos certificados de expedición de contrato de seguro otorgados por la Aseguradora Colseguros a favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y para respaldar obligaciones del contratista denominado Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada.

El primer certificado se refiere a la póliza número 49676 de 24 de agosto de 1971, por un valor de $ 1.138.129.30 y como objeto del seguro se señaló el "cumplimiento del contrato número 132 del 19 de agosto de 1971 sobre construcción carretera acceso al Charo y el carreteable transversal del Charo y sus ramales".

El segundo certificado corresponde a la póliza número 49677, de 24 de agosto de 1971, expedida a favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y para responder por obligaciones del contratista Ingenieros Contratistas del Llano, por un valor de $ 569.064.65. Como objeto del seguro se señaló la "correcta inversión del anticipo sobre construcción de la carretera acceso al Charo y el carreteable transversal del Charo y sus ramales según contrato número 132" (folios 16 a 19).

4º Un certificado de modificación de la póliza de seguro 49677 distinguido con el número 52220 del 3 de febrero de 1972, por medio del cual se aumentó el valor asegurado de la póliza mencionada a la cantidad de $ 1.138.129.30 (folios 20 y 21).

5º Una nota suscrita por el Jefe de la División de Juicios Fiscales, Fianzas y Finiquitos dirigida al Auditor Fiscal General ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de fecha 5 de abril de 1972, por medio de la cual se le comunica que en esa fecha ese despacho le impartió aprobación al certificado número 52220 que la Compañía Aseguradora Colseguros expidió para modificar la póliza número 49677 en el sentido de aumentar su cuantía de $ 569.064.65 a $ 1.138.129.30 (folios 22 y 23).

6º Una cuenta de cobro distinguida con el número 48 elaborada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "INCORA", de fecha 27 de abril de 1973 a la Aseguradora Colseguros, por medio de la cual le manifiesta que debe la cantidad de $ 1.994.147.21, "valor de las pólizas números 49676 y 49677 expedidas por esa compañía, en desarrollo del contrato número 132 de 1971, celebrado con Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada, hechas efectivas mediante la Resolución número 171 de enero 29 de 1973", con el siguiente detalle:

Saldo anticipado por amortizar:

Valor anticipos ... ...$	1.138.129.30	
Valor amortizado	282.111.39	$ 856.017.91
Valor garantías cumplimiento y multas (folios 24 y 25)	1.138.129.30	$ 1.994.147.21

7º Certificado de constitución y gerencia expedido por la Superintendencia Bancaria de la Compañía Aseguradora Colseguros, S. A. (folio 26).

En diligencia del 8 de junio de 1976 se notificó del auto de mandamiento de pago el Gerente de la Compañía Aseguradora Colseguros, quien anunció que haría uso de los recursos legales pertinentes.

La Compañía de Seguros, mediante apoderado debidamente constituido, interpuso oportunamente recurso de apelación contra dicha providencia lo que ha hecho llegar el proceso a esta corporación de acuerdo con lo previsto por el artículo 567 del Código de Procedimiento Civil.

El apelante sustentó el recurso con las siguientes razones:

"a) El mandamiento fue dictado 'hasta concurrencia del valor asegurado', según se expresa en la parte resolutiva del acto administrativo, mediante el cual el Incora declaró la caducidad del contrato.

"b) Dicha resolución no cumple con los requisitos de un título ejecutivo por las siguientes razones:

"1ª La obligación *no es exigible,* porque el término de sesenta días de que dispone el asegurado para objetar la reclamación, de conformidad con los artículos 1063 y 1080 del Código de Comercio, no ha comenzado a correr, ya que el Instituto ejecutante no ha probado haber presentado la reclamación en la forma prevista en la primera de las normas citadas o, si se quiere, de la manera estipulada en la póliza matriz depositada en la Contraloría General de la República, y aprobada mediante Resolución 1816 de 1957, originada en dicha dependencia.

"2ª Los contratos de seguro tienen, por mandato de la ley, *una naturaleza meramente indemnizatoria* (Código de Comercio, artículo 1088), por lo cual es obvio que el demandante debe acreditar el perjuicio que alega haber sufrido (Código de Comercio, artículo 1077) y que, de consiguiente, no constituye título ejecutivo la póliza en cuanto a la suma asegurada o, como lo expresa el Incora, 'hasta concurrencia del valor asegurado', guarismo éste que, según lo prevé el artículo 1079 del mismo Código, solo representa el valor máximo de responsabilidad del asegurador. De allí que, con la más elemental lógica de los contratos bilaterales y condicionales y, entre ellos, el de seguro, la acción ejecutiva aparezca como algo reñido con un asunto que debe ser objeto de un proceso de cognición, salvo casos excepcionales en que, *acreditando el asegurado la cuantía de la pérdida,* pueda recurrir a la vía ejecutiva.

"3ª La ausencia de toda prueba sobre la cuantía del siniestro hace, además, que la obligación no sea *clara y expresa,* para los efectos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, y, de consiguiente, que no haya título ejecutivo, pues al mirar únicamente la suma asegurada que, indiscutiblemente, solo representa el *límite máximo* de responsabilidad del

asegurado, significa hacer tabla rasa de las exigencias del citado artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, sobre los requisitos de obligación expresa, clara y exigible.

"4ª El Incora ni siquiera se tomó el trabajo de liquidar el contrato, a fin de establecer la cuantía del siniestro, haciendo, como es apenas natural, una relación de los perjuicios que había sufrido y que pretendía cobrar bajo el seguro de cumplimiento, con imputaciones completas en cuanto al concepto de los mismos y su 'quantum', sino que se limitó al alegre expediente de cobrar la suma máxima a que había limitado su responsabilidad el asegurador. Igual cosa cabe decir del seguro de manejo ya que, y según se desprende del texto de los respectivos certificados y de claras disposiciones legales, dicho amparo se circunscribe a cubrir 'la correcta inversión del anticipo' y, hasta ahora, el Incora, no solo no ha demostrado la indebida inversión de dicho anticipo sino que, como es obvio, tampoco ha allegado prueba alguna sobre la cuantía del posible siniestro".

Durante el término de traslado se hizo presente el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), mediante poder otorgado a la doctora Carmen Elvira Reyes Rodríguez, a quien se le reconoce personería dentro de los términos y condiciones otorgados en el respectivo poder, quien solicita la confirmación del auto recurrido contraargumentando a los razonamientos del apelante.

Acompañó, igualmente, una fotocopia de la diligencia de notificación personal de la Resolución 00171 de 29 de enero de 1973, efectuada al doctor Javier Ramírez Soto en su calidad de Gerente de la Compañía de Seguros Aseguradora Colseguros, y fotocopia autenticada de la Resolución reglamentaria número 1810 de noviembre 19 de 1957, originaria de la Contraloría General de la República, por medio de la cual se adoptó el modelo de póliza para los contratos de seguros que celebre la Nación para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la celebración de cualquier clase de contratos.

La apoderada del Incora argumentó así:

"El mandatario de la sociedad ejecutada sostiene que el mandamiento de pago proferido se ha dictado sin que exista título ejecutivo. Fundamenta su afirmación en los argumentos contenidos en los literales a) y b).

"1. En el literal a), dice que el mandamiento fue dictado 'hasta concurrencia del valor asegurado'.

"Ello no puede ser objetable de ninguna manera, porque la Resolución reglamentaria número 1810 de 1957 (noviembre 19), por la cual se rige el contrato de seguro, base de la presente ejecución, dice en el literal e) de la cláusula 6ª:

" 'Pago del siniestro. La aseguradora pagará el valor del siniestro hasta el monto de la suma asegurada mediante consignación en la Tesorería General de la República, así...' (a continuación los plazos para hacerlo).

"Es por tanto acorde con el espíritu de la norma el haber dictado el mandamiento de pago en los mismos términos de la resolución reglamentaria citada y de la Resolución que constituye el título ejecutivo, esto es, la número 171 del 29 de enero de 1973, emanada de la Gerencia del Incora.

"2. En cuanto al literal b):

"2.1. En el numeral 1º se hace una manifestación que no es verdadera. Se dice que no ha transcurrido el tiempo que tiene el asegurador para

objetar la reclamación de acuerdo con los artículos 1053 y 1080 del Código de Comercio por no haber empezado a correr ya que no se ha presentado la reclamación como lo dispone ese Código a la Resolución reglamentaria número 1810 citada.

"Ocurre que el 2 de febrero de 1973 el señor Javier Ramírez Soto, con cédula de ciudadanía número 520120 de Medellín, actuando en representación de Aseguradora Colseguros, S. A., se notificó de la resolución que es título ejecutivo en el presente negocio y llevó copia de la misma, según lo manifiesta en manuscrito al margen de la misma diligencia de notificación, cuya fotocopia acompaño. Aún si ello no se considera suficiente, el 27 de abril de 1973 se envió la cuenta de cobro número 48 a Aseguradora Colseguros, cuenta que fue adjuntada al memorial por el cual se solicitó adelantar la ejecución, en fotocopia debidamente autenticada. El requerimiento escrito de que habla el numeral 1 del literal e) de la Resolución número 1810 de 1957 de la Contraloría General de la República, se hizo en conformidad.

"2.2. La exposición que hace el señor apoderado de la entidad ejecutada en el numeral 2º del literal b), es valedera en relación con el contrato de seguro comercial, cuya naturaleza es efectivamente de carácter meramente indemnizatorio. Ocurre, sin embargo, que el contrato de seguro que es base de la presente ejecución, tiene por fin 'garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la celebración de cualquier clase de contratos (a favor de la Nación, se entiende)', según el artículo 1º de la Resolución reglamentaria número 1810 de 1957 de la Contraloría General de la República. Así las cosas, no se persigue una 'indemnización' sino el cumplimiento, la realización del servicio público a través de un contrato. Repito, es una garantía, no una indemnización. Ello es claro en todas las normas referentes a este punto, valga la pena citar entre otras: la Resolución número 1810 tantas veces mencionada, los Decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976. Nos encontramos entonces, ante un tipo de contratación donde la bilateralidad y condicionalidad de que habla el apelante, así como sus requisitos, efecto, régimen, estén sometidos a normas de obligado cumplimiento, así constituyen sus cláusulas lo que los autores de Derecho Administrativo denominan como 'cláusulas exhorbitantes' (sic) esto es, aquellas estipulaciones que no serían propias de los contratos del Derecho Privado porque son contrarias al principio de igualdad de las partes.

"Al respecto, concluye el doctor Jaime Vidal Perdomo, distinguiendo los planteamientos de los autores Georges Vedel, Paul Couzinet, Jacques Chevalied, Léon Duguit y Gaston Jeze (Derecho Administrativo, Uniandes, 1975, página 449):

" 'Resumiendo: hay contrato administrativo cuando la Administración se reserva en el contrato ciertos privilegios, o los concede, privilegios que son inherentes a la noción de gobierno y que no pueden figurar en los contratos de los particulares porque son contrarios al principio de igualdad de las partes o de que el contrato es ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento'.

"Antes de dictarse la regulación completa de los contratos de la Administración y sin que aún existiera claridad sobre cuáles deberían regirse por el Derecho Administrativo, o por el Derecho Común, el contrato de seguro como garantía, que debía suscribir la Administración, estaba firmemente delineado sobre pilares doctrinarios estrictamente admi-

nistrativistas, por lo cual no puede surgir duda acerca de la tipología jurídica en que se circunscribe su régimen.

"El contrato de seguro, fuente de la presente ejecución, tendía, además, a garantizar el cumplimiento de un contrato de obras públicas nítidamente inscrito bajo la clasificación de administrativo, por su naturaleza y efectos, desde que se dictara la Ley 4ª de 1964, no solo para darle competencia a una jurisdicción determinada (por ejemplo, la contencioso-administrativa), en el juzgamiento, lo cual carecería de lógica por falta de fines, sino para atribuirle una jurisdicidad autónoma diferente, especial.

"Por otra parte, si lo anterior no fuera suficiente, que lo es, me permito recordar al señor apelante que el contrato de seguro cuya naturaleza se discute, por voluntad de las mismas partes, que lo sometieron a la Resolución 1810 según se dice de su texto mismo, y actuando dentro del principio de que el contrato es ley para las partes propio del Derecho Común y Privado, se aparta en virtud de lo dicho de las normas del Código de Comercio.

"Según lo expuesto, breve y sumariamente, sobre la calidad de administrativa del contrato de seguro, exposición que el señor Magistrado sustanciador por sus conocimientos y especialización en Derecho Público se servirá excusar y completar, manifiesto en concordancia, que la Administración Pública en este caso el Incora, no tenía obligación legal alguna de someter la resolución base de la ejecución a ningún 'proceso de cognición' ni a 'acreditar la cuantía de la pérdida', ya que a ello no la constriñen las normas que disponen lo relativo a la resolución que declara el incumplimiento, dándole carácter de título ejecutivo.

"2.3. Manifiesta el señor apoderado de la sociedad apelante que la obligación no es clara ni expresa; según los planteamientos del numeral anterior, la resolución de caducidad-título ejecutivo y el mandamiento de pago se dictaron en sometimiento a las normas respectivas. Luego la obligación sí es clara y expresa como la quiere la ley, sin necesidad de acreditar la prueba a que se refiere el apelante.

"2.4. El numeral 4º del escrito que sustenta la apelación se reduce a repetir respecto de la garantía del manejo del anticipo, los argumentos dichos en relación con la garantía de cumplimiento del contrato. Valgan al respecto las mismas afirmaciones que ya hice sobre el hecho de que la Administración no está obligada a probar los perjuicios sufridos ni la indebida inversión del anticipo. Bastaba que la Administración tuviera certeza, como la tuvo, por la inejecución de las obras, de que unas sumas procedentes del erario público con una destinación específica, no fueron utilizadas en los términos señalados por la ley y el contrato para que la garantía pudiera hacerse efectiva. El utilizar mal bienes o dineros públicos, aun por omisión, como en el caso presente, ya que de otra manera se hubiera cumplido el contrato, causa perjuicio grave y evidente, no solo para el Estado, sino también para los gobernados de quienes procede el dinero indirectamente a través de los mecanismos de la Hacienda Pública, y por tanto, ni las normas ni la lógica exigen que deba ser probado".

Para resolver se considera:

En primer lugar debe anotarse que las cláusulas que gobiernan contractualmente las pólizas de seguro mencionadas están consagradas en la póliza modelo, elaborada mediante la Resolución número 1810 de noviembre 19 de 1957, de la Contraloría General de la República y por lo tanto, son esas cláusulas las

que señalan los derechos y obligaciones de los contratantes y de la entidad asegurada.

El apelante sostiene en el literal a) de su alegato que el mandamiento de pago fue dictado "hasta concurrencia del valor asegurado", y la apoderada de la entidad ejecutante no desvirtúa esta afirmación y se limita a manifestar que ello no es objetable, pues se fundamenta en lo dispuesto en el literal e) de la cláusula 6ª de la póliza de seguro oficial.

En realidad de verdad la resolución dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria al declarar la caducidad administrativa del contrato número 132, ordena, en el artículo segundo, hacer efectivas las pólizas de seguro hasta concurrencia del valor asegurado pero autoriza descontar las sumas amortizadas por el contratista.

Aun cuando el valor total de las pólizas es de $ 2.276.258.60, el mandamiento de pago se libró por la cantidad de $ 1.994.147.21 que es el valor de la cuenta de cobro formulada por el Incora en la que hace aparecer como valor amortizado la cantidad de $ 282.111.39.

Ahora bien, el literal e) de la cláusula 6ª de la póliza de seguro señala que la Aseguradora pagará el valor del siniestro, hasta el monto de la suma asegurada, pero dicho giro gramatical no se puede entender en el sentido de que ocurrido cualquier siniestro con este tipo de póliza, el valor del mismo sea el equivalente al monto total de las sumas aseguradas puesto que antes de ese concepto existe en la misma frase el del "valor del siniestro" lo que está indicando que ese es un factor que se debe determinar y que la obligación de la Compañía Aseguradora no puede ir más allá del monto total de las sumas aseguradas.

La anterior interpretación está de acuerdo con la definición que da la misma póliza oficial de seguro en su cláusula primera y con lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio con las variantes sobre la forma de demostrar la ocurrencia del mismo.

En efecto, en la cláusula primera de la póliza se dice textualmente: "La Aseguradora responderá a la Nación por el pago de todas las sumas que sean exigibles al contratista por razón del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato". Ello está indicando que es necesario determinar cuáles son las sumas exigibles al contratista al ocurrir el siniestro, por aplicación de la cláusula exorbitante en los contratos administrativos de declarar su caducidad por incumplimiento de las obligaciones del contratista.

A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio establece que: "Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso".

Con relación a la demostración de la ocurrencia del siniestro la póliza oficial de seguro indica cuándo ha ocurrido y cómo se demuestra su ocurrencia en el literal a) de la cláusula 6ª que dice: "Se entiende causado el siniestro en contratos por administración delegada cuando la Aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento parcial o total del contrato o de la imposición de las multas y sanciones estipuladas en el mismo".

De suerte que tanto la ley como la resolución reconocen claramente que en este tipo de contratos de seguro como en todos los demás ocurren dos fenómenos diferentes pero consecuentes para determinar el monto de las obligaciones de la Aseguradora: 1. La ocurrencia del siniestro y su demostración, y 2. La determinación del valor del daño o perjuicio causado y como consecuencia la de-

terminación de las obligaciones que se deriven a la Compañía de Seguros por razón de la ocurrencia del siniestro.

En las pólizas de seguros corrientes, el asegurado debe informar del siniestro a la Compañía Aseguradora y demostrar su ocurrencia; en la póliza oficial, el asegurado debe obrar en la misma forma, pero ya está señalado cómo se informa y se demuestra la ocurrencia de ese siniestro.

Es importante, por lo tanto, estudiar cómo se determina el valor del siniestro y hasta dónde y cuándo debe concurrir la Compañía Aseguradora a cumplir con las obligaciones derivadas del incumplimiento del contratista.

El apelante, en el numeral 2º de su literal b), sostiene que los contratos de seguro tienen una naturaleza meramente indemnizatoria y a ello le replica la apoderada del Incora, manifestando que en este tipo de contratos no se persigue una "indemnización" sino el cumplimiento de un contrato ya que la póliza se ha extendido para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de esos contratos.

Las dos afirmaciones son en cierta forma valederas, pues estando otorgada la póliza de seguro con el objeto de garantizar a la Nación el cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, si éste incumpliere tiene la Aseguradora la opción de continuar con la ejecución del contrato y cumplir así las obligaciones que el contratista no entendió como lo menciona a ese efecto el literal i) de la cláusula 6ª de la póliza oficial que dice: "Cesión del contrato. Si por incumplimiento del contratista la Aseguradora resolviere continuar con la ejecución del contrato y la entidad aseguradora estuviere de acuerdo con ello, el contratista y la entidad asegurada aceptan, desde ahora, la cesión del contrato a favor de la Aseguradora". Si esto no ocurriere, obviamente la garantía de cumplimiento se traduce en indemnizar los perjuicios recibidos por la entidad por causa del incumplimiento del contratista los que deben ser liquidados y determinados con fundamento en la decisión de caducidad decretada.

Ahora bien, el literal e), numeral 1º, de la misma póliza oficial dispone cómo deberá la Aseguradora pagar el siniestro una vez ocurrido y comunicado: "Si se trata del incumplimiento de una o algunas de las obligaciones pactadas en el contrato que motiven la imposición de multas por infracción a sus estipulaciones, declarado por medio de resoluciones de la entidad contratante asegurada, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al requerimiento escrito que con tal fin ésta haga a la Aseguradora, acompañado de una copia auténtica de la respectiva resolución ya ejecutoriada. Si la Aseguradora deja de efectuar la consignación dentro del término señalado, la entidad asegurada enviará copia auténtica de la resolución al Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales para que le adelante el juicio ejecutivo, salvo en el caso de que el contratista haya pagado directamente el valor del siniestro".

De acuerdo con lo anterior y según los documentos que obran en el expediente y que fueron relacionados al comienzo de esta providencia, el siniestro por incumplimiento a las obligaciones por parte del contratista derivadas del contrato número 132 ocurrió y fue demostrado por cuanto se dictó resolución que fue debidamente notificada a las partes interesadas.

El valor de ese siniestro, realmente no fue determinado en forma expresa y clara por la resolución de caducidad y tan solo su guarismo vino a ser determinado en la cuenta de cobro que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria formuló contra la Aseguradora Colseguros pero en esa cuenta de cobro se habla de un "valor de garantías de cumplimiento y multas" que en ningún acto administrativo debidamente dictado y notificado consta, pues las dos pólizas de seguros que se mencionan, tanto en la resolución como en el acto de manda-

miento de pago están cubriendo riesgos diferentes, así: la póliza número 49676 tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato número 132 del 19 de agosto de 1971, celebrado con Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada, y al cual se le aplicó la cláusula de caducidad que tiene como efecto la liquidación del contrato, pero en ésta no aparece efectuada ni determinada la indemnización correspondiente por razón de su liquidación.

La póliza número 49677 tiene por objeto garantizar la correcta inversión del anticipo suministrado al contratista, que según cuenta de cobro fue amortizado parcialmente hasta por un valor de $ 282.111.39.

Pero las sumas exigibles a cargo del contratista no están determinadas, puesto que como consecuencia de la declaratoria de caducidad es necesario proceder a la liquidación del contrato para determinar los valores o las sumas exigibles a cargo del contratista, tanto por su incumplimiento como por las sanciones a que se hubiera hecho merecedor previo el levantamiento del acta en que se configure dicha liquidación y mediante las resoluciones administrativas necesarias que fijen ese valor y el de las multas correspondientes, de acuerdo con las cláusulas pertinentes del respectivo contrato.

En casos similares al presente, el Consejo de Estado ha revocado los respectivos mandamientos de pago precisamente porque de acuerdo con las disposiciones legales vigentes es necesario proceder a efectuar la liquidación del contrato cuando la Administración unilateralmente ha decretado su caducidad, para determinar las sumas que corresponda pagar al contratista y las cuales están garantizadas con las pólizas de garantía correspondientes.

Al efecto dijo así el Consejo de Estado en el negocio radicado bajo el número 2084 en auto de 15 de junio de 1972:

> "Aunque no existe copia de los contratos, en ninguno de los documentos sobre fianza se asegura multa proveniente de cláusula penal de donde se concluye que la resolución de caducidad es una facultad privilegiada concedida al Estado para declarar unilateralmente el incumplimiento de lo pactado, que no tiene más consecuencias de las que puedan reconocerse a análoga declaración proferida por juez luego de controversia entre las partes. Después de resuelto el contrato es indispensable determinar la naturaleza y valor del daño y liquidarlo y mientras así no se proceda no habría obligación clara que sea exigible.
>
> "Aunque la alegada ausencia del agotamiento de la vía gubernativa no está probada para el caso, importa poco porque de las resoluciones de caducidad no se deduce ni puede deducirse una cantidad clara perseguible en juicio ejecutivo, consideraciones que, además, coinciden como no podía ser de otro modo, con las estipulaciones de los contratos o pólizas de fianza".

El Decreto 150 de 1976 es explícito en señalar la forma como debe proferirse la declaración de caducidad y sus efectos, y aun cuando su vigencia es posterior al caso en estudio, vale la pena mencionarlo porque allí se recoge sistemáticamente lo que tanto la ley como la jurisprudencia han establecido.

Dice así el artículo 51:

> "Artículo 51.
>
> "De la declaratoria de caducidad. La declaración de caducidad deberá proferirse por el Jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieren lugar a ella y se

ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere del caso.

"La resolución que declare la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva.

"Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación o de su publicación".

En concordancia con el artículo anterior el mismo decreto trae los artículos 191 y 193 que a la letra dicen:

Artículo 191.

"De los casos en que procede la liquidación. Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos:

"a) Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad;

"b) Cuando se haya aceptado la renuncia que del contrato hizo el contratista;

"c) Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declaró nulo;

"d) Cuando la autoridad competente lo declare terminado conforme al artículo 11 del presente estatuto".

"Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministro y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos".

"Artículo 193.

"Del contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.

"Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.

"El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo".

Es cierto que el artículo 2º de la parte resolutiva de la Resolución 171 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dispone hacer efectivas las pólizas de seguros mencionadas, pero es entendido que dentro de las condiciones, limitaciones y circunstancias legales y contractuales siendo el monto total de las mismas tan solo el límite de responsabilidad para la Compañía Aseguradora en función de las obligaciones que resulten exigibles a cargo del contratista como fruto de la liquidación correspondiente de su contrato.

Como en dicha resolución no se hace mención de multas o sanciones por el incumplimiento tal como lo exige el numeral 1º del literal e) de la cláusula 6ª de la póliza oficial de seguro y en cambio la cuenta de cobro que podía asimilarse al requerimiento a que se refiere el mismo numeral habla de multas sin

que en ningún acto administrativo anterior se mencionen, el título ejecutivo, con que se ha iniciado el juicio de cobro por jurisdicción coactiva, no reúne las condiciones necesarias para la acción ejecutiva por cuanto que las obligaciones del contratista garantizadas por la Compañía de Seguros no son claras ni expresas, ni están concretadas en un guarismo determinado en la resolución que decretó la caducidad del contrato.

Como consecuencia de lo anterior el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revócase el auto de mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 21 de mayo de 1976.

Condénase en costas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Revalídese el papel común.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 12 de mayo de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Marco A. Piñeros, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA. — TITULO EJECUTIVO. — Procedimiento. — Notificación e impugnación del acto administrativo que configuraría título ejecutivo. — Deudas por fianza otorgada por la Aseguradora Colseguros, S. A., a favor de la Nación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.

Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Proponente: *Miguel Lleras Pizarro.*

Ref.: Radicación 4277. Cobro coactivo de la Nación a Seguros Alfa, S. A. Apelación del auto de mandamiento de pago.

El 23 de noviembre de 1976, después de hacer relación de siete distintos documentos el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales afirma que las piezas relacionadas prestan suficiente mérito ejecutivo y con ese fundamento, sin más consideraciones jurídicas sobre el valor de cada uno de tales documentos, dicta orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y a cargo de la Compañía de Seguros Alfa, S. A., por la cantidad de $ 82.922.00. Este auto se notificó personalmente al gerente de la empresa, quien advirtió que presentará los recursos y excepciones del caso.

Por medio de apoderado la empresa ejecutada pidió que se revocara el auto por las razones que explicó así:

"Primera. Los documentos aportados por la Aduana Nacional para que con base en ellos se iniciara un proceso de ejecución fiscal contra Seguros Alfa, S. A., no reúnen los requisitos del artículo 488 del C. de P. C., y por lo tanto no configuran en forma individual, ni en su conjunto, TITULO EJECUTIVO alguno.

"Prescribe el artículo 488 del C. de P. C.: 'Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de providencias que en procesos contencioso-administrativos o de policía aprueben la liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la Justicia'.

"Reproducida la parte pertinente de la norma citada, analicemos los documentos que sirvieron de apoyo al mandamiento de pago para que veamos con claridad que ninguno, en forma independiente, ni en su conjunto, constituyen TITULO EJECUTIVO:

"La póliza CU-DL número 4775, emitida por Seguros Alfa, S. A. para garantizar el cumplimiento de una obligación a cargo de Germán Casas Torres, no constituye título ejecutivo contra la compañía, porque para que una póliza de seguros, de conformidad con el artículo 1053 del Código de Comercio, constituya contra el asegurador por sí sola, mérito ejecutivo, se requiere: 1. Que si ocurrió el siniestro, se presente la reclamación oportunamente, aparejada de los elementos demostrativos de la pérdida (artículo 1077 del Código de Comercio). 2. Que hayan transcurrido más de sesenta días desde cuando se presentó la reclamación en legal forma, y 3º Que la compañía aseguradora no haya rechazado el reclamo. En el caso presente no aparece en el expediente prueba alguna de que por parte de la Aduana se hubiera dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 1077 del Código de Comercio y, por ende, no se han dado los demás presupuestos para conformar con la póliza un título ejecutivo, no dando, por tanto, obligaciones expresas, claras y exigibles que provengan de Seguros Alfa, S. A., y constituyan plena prueba contra ella.

"Ahora, la Resolución número 4049 del 15 de diciembre de 1975, tampoco constituye título ejecutivo alguno de acuerdo con los lineamientos del artículo 488 del C. de P. C., por las siguientes razones:

"a) No emana de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal;

"b) No constituye otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva;

"c) No constituye providencia de proceso contencioso administrativo o de policía que apruebe liquidación de costas o señale honorarios de auxiliares de la Justicia.

"La precitada resolución se limita a 'requerir' a Seguros Alfa, S. A. para el pago de determinada suma de dinero, por un presunto incumplimiento de cuya demostración no existe otra prueba que la afirmación que en la resolución se hace.

"No escapará al criterio del señor Juez, que el incumplimiento de una obligación contractual debe demostrarse mediante declaración judicial o de un tribunal de arbitramento que valore las razones que pudo tener alguna de las partes para no cumplir en determinado momento, o las que tenga para obtener la exoneración de cumplimiento por fuerza mayor o caso fortuito. Esta declaración de incumplimiento no puede emanar de una de las partes.

"Segunda. Si las razones anteriores no son suficientes para que ese juzgado revoque el auto que ordena el mandamiento de pago, ruego al señor Juez tener en consideración la siguiente":

La siguiente razón consiste en negar competencia para dar la orden impugnada porque los títulos aducidos no se incluyen en la enumeración del artículo 562 del Código de Procedimiento Civil.

El señor Fiscal, doctor Jorge Dangond Flórez, explica así su punto de vista:

"1. Nuestros legisladores —ordinarios y extraordinarios— no han sido afortunados respecto de la reglamentación de las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos fiscales a favor de las entidades de derecho público.

"Las normas sobre competencia contenidas en el proyecto de Código Contenciso Administrativo fueron suprimidas por el Congreso que expidió la Ley 167 de 1941. La Ley 67 de 1943 que atribuyó el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías a la jurisdicción contenciosa administrativa y que, en cuanto a procedimiento, remitió a lo dispuesto en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia, fue declarada inexequible por la Corte

Suprema de Justicia bajo el influjo de la vieja doctrina sobre doble personalidad del Estado. En 1964, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 528, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 27 de 1963, se atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las apelaciones y recursos de hecho y de los incidentes de excepciones en juicios para el cobro de deudas fiscales. La Ley 16 de 1968 reiteró ese ordenamiento con algunas modificaciones y, por último, el Código de Procedimiento Civil, Libro 3º, Sección Segunda, Título XXVII, Capítulo VIII, ordenó que las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se deben seguir ante los funcionarios que determine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía, según fuere el caso (artículo 561); señaló, en forma deficiente, los títulos que prestan mérito ejecutivo (artículo 562) y reglamentó la competencia para el conocimiento de las excepciones, apelaciones y recursos de queja (artículo 567), pero de manera tan confusa que la disposición tuvo que ser aclarada por el Consejo de Estado mediante providencia de 15 de febrero de 1973.

"Con razón se ha criticado, como impropiedad del legislador, que la jurisdicción coactiva se regule aun con las normas procesales correspondientes al juicio ejecutivo, porque, tratándose de una materia de marcada especialidad, debería tener un régimen propio, distinto e independiente de las regulaciones generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil para hacer efectivos los derechos reconocidos a las personas naturales o jurídicas privadas. Pero, como es obvio, mientras no se modifique el sistema, hay que aplicar esas normas procedimentales, en armonía con las disposiciones especiales vigentes en cada caso.

"2. El anterior Código Judicial —Ley 105 de 1931— se refería, en el artículo 982 a 'toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor', como requisito de forma necesario para exigir ejecutivamente su cumplimiento forzoso. Esa disposición fue interpretada por algunos en el sentido de que la obligación debía aparecer en un solo acto o documento, en tanto que otros consideraban posible el título compuesto porque 'según los términos de la legislación lo esencial en primer término es que el título constituya plena prueba, y varios pueden constituirla de modo de formar en cuanto a su objeto una unidad, sin que aparezca una razón de peso en contra', como opinó Julio González Velásquez en su obra Institución Procesal Civil Colombiana, Medellín, Siglo XX, 1946, página 434. Así lo entendió también la Corte Suprema de Justicia: 'Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título mas en manera alguna la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y complementándose entre sí constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente' (G. J. LIV, página 333). Y seguramente esta interpretación influyó en los redactores del nuevo Código de Procedimiento Civil y con el fin de evitar equívocos expresaron en el artículo 488 que pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten *en documentos*.

"3. La Ley 79 de 1931, orgánica de aduanas, contiene las disposiciones que seguidamente se copian:

"'Artículo 359. Salvo lo que se disponga en contrario, en todos los casos en que la ley o los reglamentos de aduana exijan fianza, el Director General establecerá su forma y condiciones, dispondrá lo necesario para la aprobación de ella, fijará su cuantía y autorizará su cancelación en el caso de que el fiador viole cualquiera de sus condiciones. Cuando según la ley o los reglamentos de aduana se necesite fianza, el Director General podrá autorizar que se otorgue una sola cuyas estipulaciones comprendan los casos análogos durante un período no mayor de un año.

" 'Artículo 360. Autorízase al Director General para admitir, en lugar de cualquier fianza requerida por la ley o los reglamentos, el depósito de dinero o títulos de deuda pública emitidos por la Nación o por cualquiera de sus divisiones políticas, en la cantidad y bajo las condiciones que él mismo establezca.

" 'Artículo 361. Las fianzas llenarán las siguientes condiciones:

" '1ª El fiador se hará responsable del pago de la cuantía de la fianza en cualquier caso de incumplimiento de las obligaciones de la misma, cuando se trate de fianzas para garantizar la ejecución de actos; y cuando se trate de fianzas para garantizar el pago de derechos de aduana el fiador se hará responsable de todo o de parte del importe de la fianza que fuere necesaria para garantizar al Fisco por incumplimiento del principal responsable.

" '2ª La responsabilidad del fiador durará mientras la fianza no sea cancelada de conformidad con la ley.

" '3ª El fiador deberá estar domiciliado dentro del territorio de la República.

" 'Artículo 362. Cuando se deje de cumplir lo pactado, de ejecutar cierto acto o de cumplir determinada condición que se haya respaldado con fianza, el Administrador de Aduana lo pondrá en conocimiento del Director General con todos sus pormenores dentro del tercer día. Si el Director General estima que tales pormenores dan lugar a que se haga efectiva la garantía, se le notificará así al fiador, y si, dentro de los quince días siguientes a tal notificación, el principal no cumple lo pactado o el fiador no paga la suma a que lo obliga la fianza, el Director General dará cuenta del caso al Tribunal competente, y será suficiente la declaración del Director General para que se decrete inmediatamente el embargo del dinero o títulos depositados, o de cualquier propiedad del fiador, sin perjuicio del fiador y del deudor principal a apelar en la forma establecida por la ley común'.

"4. En el presente caso fueron vàrios los documentos que tuvo en cuenta el funcionario ejecutor para librar el mandamiento de pago, como antes se anotó.

"Esos documentos públicos, que de acuerdo con la ley hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones contenidas en ellos, se complementan y forman la unidad jurídica del título exigido por el Código de Procedimiento Civil para respaldar la orden de pago por jurisdicción coactiva, pues también expresan una cifra numérica precisa a cargo de Seguros Alfa, S. A., como lo exige el artículo 491 del mismo estatuto procedimental. Y, además, fueron expedidos de conformidad con las disposiciones especiales contenidas en la Ley 79 de 1931".

Para resolver se considera:

La Sala no comparte el punto de vista del señor Fiscal, porque la resolución de la Dirección General de Aduanas por la cual se ordenó requerir al Gerente de la Compañía de Seguros Alfa, S. A. para que cancelara el valor de la fianza no se notificó personalmente ni en el expediente consta que se hubiera hecho diligencia para cumplir con esa obligación que no solo la establece la ley sino que la ordena la misma resolución en su artículo 2º. Esta circunstancia conduce, sin más profundos exámenes, a concluir que el demandado no tuvo oportunidad de impugnar el acto administrativo del cual podría resultar, si se ejecutoría, la obligación de pago. Como lo afirma el apoderado de la compañía de seguros, no se dio oportunidad de discutir si la obligación asegurada con la fianza se había cumplido o no, o si se había incumplido solo en parte, o si el incumplimiento, en el caso de que se hubiera demostrado, era justificado. Obviamente terminada la discusión en la vía gubernativa acerca de la regularidad de las decisiones que hubieran

surgido de la controversia sobre la Resolución número 4049 de 1976 de la Dirección General de Aduanas, el fiador tenía abierta la vía jurisdiccional para impugnar la legalidad de dicha resolución y solo al término de la última instancia ante los jueces de lo contencioso administrativo, con sentencia condenatoria, podría reconocerse la existencia del título ejecutivo, o si el acto que pusiere fin a la vía administrativa, se ejecutoria.

Esta es la doctrina del Consejo de Estado consignada en varias providencias, la última en el negocio radicado con el número 3852, respecto de supuestas deudas por fianza otorgada por la Aseguradora Colseguros, S. A., a favor de la Nación.

Por las anteriores consideraciones el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso,

RESUELVE:

Revócase el auto de mandamiento de pago pronunciado el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos setenta y seis (1976) por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales por la cantidad de ochenta y dos mil novecientos veintidós pesos ($ 82.922.00) a cargo de Seguros Alfa, S. A. En consecuencia la ejecución debe cesar.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase. Revalídese el papel común.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha diez y seis de junio de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

1. ACAPARAMIENTO Y ESPECULACION.

Páginas

Se declara la nulidad del artículo 1º del Decreto 140 de 1975 en cuanto dice: "Cajas de Compensación... e industrias que utilicen azúcar como materia prima". En consecuencia, dicha norma quedará así: "Artículo 1º El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores.—También podrá fijar cuotas de abastecimiento por regiones y, en especial, para la distribución y consumo en aquellas zonas que correspondan a sectores costeros y fronterizos, de acuerdo con el número de habitantes, el movimiento comercial tradicional de la ciudad o región y las necesidades de las industrias que requieran de esta materia prima para la elaboración de sus productos". — El Decreto número 140 de 1975 no es de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, pues se trata de un decreto reglamentario del Decreto legislativo 3092 de 1966. Por tanto, la competencia para conocer de la presente acción radica en el Consejo de Estado, por virtud de lo preceptuado por el artículo 216 de la Carta. — Esta norma da al Consejo una competencia general y privativa para conocer de los procesos de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, salvo los enumerados por el mismo precepto, que adscribe —por excepción— competencia a la Corte en esta materia (numeral 2, artículo 214). — Ya el Consejo, en sentencia de fecha 21 de julio de 1976 (expediente 2293, actor César Castro P. contra el artículo 8º del Decreto 140 de 1975, cuyo artículo 1º se acusa en este proceso), decidió esta materia. — Finalmente insiste la Sala en que el Decreto 140 de 1975, es —como puede verse de su preámbulo y de su contenido— meramente reglamentario del Decreto 3092 de 1966, dictado éste en virtud de la orden de intervención contenida en la Ley 7ª de 1943. — Además, el Decreto 140 fue expedido con invocación del Estatuto Penal Aduanero. Existe aquí otra diferencia con el caso fallado por la Corte en 1971, en el que la acusación se formuló únicamente por violación de la Ley 7ª de 1948, pues la invocación que de esta ley hace el Decreto 140, no varía su naturaleza de acto reglamentario. — En efecto: Nadie osará decir que el Estatuto Penal Aduanero sea de las leyes comprendidas por el artículo 32 de la Carta, y que los decretos reglamentarios del mismo

Páginas

sean de los régulados por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta.— Puesto en claro lo relativo a la competencia del Consejo en el caso de autos, ninguna duda queda sobre el hecho de que el acto acusado en cuanto incluye a las "cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima", excede la norma que reglamenta.—En efecto, el Decreto 3092 de 1966, en su artículo 1º, preceptúa en lo pertinente: "Artículo 1º El Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica señalará por medio de resoluciones, y tomando en cuenta las variaciones que se observan en los precios lo mismo que en las existencias ofrecidas libremente al público, el precio al cual, cada uno de los productos que considere indispensable controlar, deberá venderse en las principales plazas del país".—A fin de dar efectos positivos a lo dispuesto en el inciso anterior, la Superintendencia queda facultada para:... "h) Disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos o de precio controlado, al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine, con el mismo objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores". Y el acto acusado adicionó la norma que se acaba de transcribir, en la parte subrayada a continuación: "Artículo 1º El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA), determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, *cajas de compensación, fondos rotatorios y similares e industrias que utilicen azúcar como materia prima,* con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores.—También podrá fijar cuotas de abastecimiento por regiones y, en especial, para la distribución y consumo en aquellas zonas que correspondan a sectores costeros y fronterizos, de acuerdo con el número de habitantes, el movimiento comercial de la ciudad o región y las necesidades de las industrias que requieran de esta materia prima para la elaboración de sus productos". — Si bien los *fondos rotatorios y similares* pueden asimilarse a los *comisariatos* de que habla la norma reglamentada, no ocurre lo mismo con las "cajas de compensación e industrias que utilicen azúcar como materia prima". — (Sentencia de marzo 22 de 1977.—Sala de lo Contencioso Administrativo.—Sección Primera.—(Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives —con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo— acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 140 de 1975.—Actor, Fernando Londoño, expediente 2314). (Ver números 34 y 65 del índice) 110

2. ACCION DE NULIDAD.

Es pública y popular porque la puede promover cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a diferencia de la acción de inexequibilidad, que exclusivamente debe ser propuesta por los ciudadanos. — Puede ser ejercida directamente o por medio de abogado. — Otras diferencias con la acción de plena

Páginas

jurisdicción. — Los empleados públicos pueden promover la acción de nulidad y la de inexequibilidad. — El artículo 66 del C. C. A. prescribe que "toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones", que instituyen y desarrollan específicamente el principio de la jerarquía normativa. Por consiguiente, esta acción, que el mismo precepto denomina de nulidad, como ha expresado la Sala, es pública y popular porque la puede promover cualquiera persona, natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, a diferencia de la acción de inexequibilidad, que exclusivamente debe ser propuesta por los ciudadanos (artículos 14 y 214 de la Constitución; 14, 15 y 23 del Decreto 432 de 1969; Corte Suprema de Justicia, auto de la Sala Constitucional del 5 de agosto de 1969, Foro Colombiano número 4, páginas 491 y 492). — La diferencia sustancial entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 21 de agosto de 1972, consiste en que mientras ésta origina una controversia litigiosa, tendiente a hacer valer pretensiones, en principio contrapuestas, aquélla inicia la controversia o debate jurisdiccional, no litigioso, con el fin exclusivo de hacer prevalecer el orden jurídico, mediante la verificación de si el acto o los actos administrativos cuestionados son o no contrarios, en todo o en parte, a las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. De ahí que, mientras la acción de plena jurisdicción debe incoarse por quien tenga interés procesal y mediante abogado titulado e inscrito, la de nulidad, de la cual es titular cualquiera persona, pueda proponerse directamente o mediante abogado titulado e inscrito. Por consiguiente, este régimen de la acción de nulidad atañe tanto a *su titularidad*, que corresponde *a toda persona, sin excepción alguna*, como a la posibilidad de su ejercicio, directamente o por medio de abogado, *también sin ninguna excepción*.

3º El artículo 28 del Decreto-ley 196 de 1971, señala, entre los casos en los cuales es permitido actuar sin ser abogado titulado e inscrito, "las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes". Este precepto reitera, como es fácilmente comprensible, lo prescrito por el artículo 66 del C. C. A. *en relación con el ejercicio de la acción* de nulidad, de la cual *es titular toda persona*. — 4º Es cierto que el artículo 39 del Decreto-ley 196 de 1971 prohibe ejercer la abogacía a los empleados públicos y que el artículo 10 del Decreto-ley 960 de 1970 lo hace específicamente para los notarios. Pero, por una parte, si la ley permite promover la acción de nulidad a cualquier persona, sea o no abogado, ello significa que, por definición, el hacerlo no implica ejercicio de la abogacía sino exclusión del mismo, salvo si se obra no directamente, sino mediante apoderado, o en representación, directa y explícita o indirecta e implícita de alguien, caso este en el cual se presenta el fenómeno jurídico de la representación procesal, pero no en el primero; por otra parte, si los artículos 66 del C. C. A. y 28 del Decreto-ley 196 de 1971 permiten intentar la acción de nulidad a todas las personas, ello no significa, como parece haberlo entendido el Tribunal, que *habilitan como abogados a los que no lo son, sino que les permiten actuar, como titulares* de la acción, sin representación procesal, porque con ella se pretende, no hacer valer en juicio pretensiones subjetivas o particulares, sino asegurar la vigencia del orden jurídico. Además, nada obsta para que los empleados públicos promuevan la acción de nulidad, con el alcance y la finalidad

Páginas

indicados, como con nada empece, según la Corte, para que puedan intentar, como ciudadanos, la de inexequibilidad (Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala Plena proferida el 19 de noviembre de 1969, Foro Colombiano número 6, páginas 673 a 675).—5º En el caso sub júdice, la acción fue promovida por el doctor Alfonso Marín Morales, quien desempeña el cargo de Notario Tercero de Bucaramanga, con el objeto de que se declare la nulidad del Acuerdo número 009 de 1976, expedido por el Concejo de la misma ciudad, que versa sobre cremación de cadáveres. La Sala encuentra que el demandante actuó con fundamento en el artículo 66 del C. C. A., mas no, como afirma en uno de los argumentos que aduce para sustentar el recurso de apelación, en ejercicio de sus funciones de Notario, porque promovió la acción de nulidad y porque el artículo 86 del Decreto-ley 1250 solo le prescribe un deber administrativo de vigilancia sobre los empleados de los cementerios, encargados de llevar el registro de las inhumaciones, para que cumplan las prescripciones ahí mismo señaladas. — (Auto de febrero 2 de 1977. Sala de le Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero sustanciador, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Alfonso Marín M. Acción de nulidad contra el Acuerdo número 009 de 1976 del Concejo de Bucaramanga). (Expediente 2573) 345

3. ACCIONES POLICIVAS POSESORIA Y PENAL.

Procedimientos para su trámite.—La acción policiva posesoria para proteger el hecho de la posesión se tramita según lo previsto en el artículo 125 y siguientes del Decreto-ley 1355 de 1970 (C. Nacional de Policía). — La acción policiva penal para proteger el hecho de la posesión se tramita por el procedimiento indicado en el Decreto 522 de 1971, modificatorio del C. Nacional de Policía (Decreto-ley 1355 de 1970), y que se refiere a contravenciones.—En lo no consignado en la ley, se estará al procedimiento señalado en los respectivos Códigos Departamentales de Policía, en gracia de su aplicación subsidiaria, por la competencia de las Asambleas Departamentales de "reglamentar lo relativo a policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal" (artículo 187 C. N.). — (Concepto de febrero 7 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas. — Consulta formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio número 054 de ese Ministerio). (Ver números 73 y 91 del índice)... 12

4. ACTOS DE NOMBRAMIENTO Y DE CONFIRMACION DEL NOMBRAMIENTO.

La situación que se crea con el nombramiento del empleado no es propiamente una situación individual que deba examinarse dentro del marco de los derechos adquiridos (artículo 30 de la Constitución Nacional); ...el acto de confirmación de un nombramiento —acto condición— no es revocable, no puede ser retirado de acuerdo con la doctrina de los expositores (Jeze, por ejemplo), si ya ha surtido la finalidad a que está destinado. — (Sentencia de marzo 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Rafael Tafur Herrán. Actor, Rafael Enrique Vargas Gaitán, expediente 2902) 325

ACTOS DEPARTAMENTALES, INTENDENCIALES Y COMISARIALES.

Páginas

Confirmados por actos nacionales, no son actos complejos.—Competencia para conocer de ellos.—La letra b) del numeral 2º del artículo 32 del Decreto extraordinario 528 de 1964 se refiere a dos casos: 1º El conocido con el nombre de ACTO COMPUESTO, esto es, cuando es proferido por una autoridad departamental, intendencial o comisarial y aprobado por el superior de ésta. 2º Cuando el acto es proferido por virtud de delegación de funciones del superior, por una de dichas autoridades.—Al primer caso se refieren, sin duda, las providencias de esta Sala, de fechas febrero 9 de 1973 y marzo 1º de 1974, puesto que se trataba de actos de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, aprobados por resolución del Ministerio de Comunicaciones, ya que en su conjunto tales actos, los de la mencionada empresa y los del Ministerio en referencia, constituyen un solo acto, de carácter complejo, puesto que en su formación concurrieron varias voluntades de distinto orden administrativo. Esto mismo ocurre cuando el superior modifica el acto del inferior, porque al quedar vigente disposiciones de éste, en concurrencia con disposiciones del acto proferido por el superior, se integran dos voluntades de diferente orden administrativo para la formación de un solo acto, el que sería, por lo tanto, complejo.—No es el caso, en sentir de la Sala, de los actos proferidos por autoridades del orden departamental, intendencial o comisarial, cuando hayan sido objeto de apelación ante un superior del orden nacional y confirmado por éste, pues en tal caso se está en presencia de dos actos, lo que impide hablar del acto complejo.—El fenómeno que se da en el presente caso es claro. Se trata de un acto de carácter departamental, el cual no pierde tal naturaleza por el hecho de que haya sido confirmado por el superior jerárquico, del orden nacional. Y es ese acto departamental, el que se acusa. Por tanto, la competencia corresponde al respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al tenor de lo preceptuado por los artículos 54, numeral 2º del C. C. A. y 30, numeral 2º del Decreto 528 de 1964 cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 54... 2º De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los gobernadores, intendentes, comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial" "Artículo 30... 2º En segunda instancia de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los tribunales administrativos".—Aclara, sin embargo, la Sala, que cuando lo que se demanda no es el acto de la autoridad o entidad del orden departamental o municipal, sino el proferido por el superior del orden nacional, que revoca el del inferior, la naturaleza de nacional que tendría esa decisión, la colocaría dentro de las previsiones del numeral 1º del artículo 34 del C. C. A., de acuerdo con la cuantía del negocio, si la acción es de plena jurisdicción, conforme a los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, ya que la competencia en este caso no está atribuida a jurisdicción distinta. (Auto de marzo 22 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 008242 y 003828 de 1975, proferidas por el Gobernador del Departamento de Antioquia. Actor, Gabriel Lalinde M., expediente 2411) 328

6. ACUERDOS MUNICIPALES.

Control jurisdiccional sobre los acuerdos que se están ejecutando, aunque formalmente, desde el punto de vista de los requisitos legales no estén completos.—El artículo 175 del C. de R. P. y M. concede a los alcades dos días de plazo para sancionar los acuerdos aprobados por los concejos o para devolverlos con observaciones. Este plazo, para algunos municipios fue ampliado a cinco días por la Ley 72 de 1926. La Ley 89 de 1936, en su artículo 3º, dispuso que cuando el alcalde se abstenga de sancionar los acuerdos transcurridos los términos señalados por la ley, los sancionará el Presidente del Concejo.—Es cierto que en el expediente no aparece prueba sobre sanción del acuerdo demandado, pero es igualmente cierto que quien debe velar por el cumplimiento de los acuerdos, el acalde, certifica que el demandado se está cumpliendo. Ese hecho no puede ignorarse y poca eficacia tendría el sistema del control jurisdiccional si los tribunales se abstuvieran de suspender o de anular aquellos actos que no están ejecutando aunque formalmente, desde el punto de vista de los requisitos legales, no estén completos. Ya se expresó esta misma Sección Cuarta en ese sentido a propósito de acuerdos del Concejo de Cúcuta que se estaban ejecutando sin sanción ni promulgación.—Si hubiera duda sobre el hecho de ejecución del acuerdo, podría dictarse una providencia inhibitoria sobre el supuesto teórico de que el acto no existe, pero teniendo la prueba de que existe porque se está cumpliendo en la práctica y proviniendo esa prueba de la persona encargada de hacer cumplir los acuerdos, se incurriría de algún modo en denegación de justicia al no tomar providencia que no tenga lo ilegal. Afortunadamente, en este caso, la Alcaldesa de Ipiales manifiesta su espontánea voluntad de obedecer lo que decidan los jueces.—(Auto de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero sustanciador, doctor Miguel Lleras Pizarro. Acción de nulidad contra el Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo de Ipiales. Actor, Hermes Palacio, expediente 4311) 355

7. ACUMULACION DE ACCIONES O DE PRETENSIONES.

Fuera de la nulidad del acto expedido por el Instituto Agustín Codazzi, con miras a la rebaja del avalúo, podía solicitar el administrado la indemnización de los perjuicios que dicho acto le hubiera producido. En tal sentido, y luego del análisis de conjunto de la parte petitoria del libelo, puede concluirse que la sociedad demandante aspira, igualmente, a que se le indemnice de los perjuicios sufridos con el acto de cuantiación. Pero, como es lógico, no por parte del Municipio de Santa Rosa de Viterbo, como lo pretende, ya que éste ningún perjuicio ha causado con su actuación, sino por el autor del acto que lo produjo. Esta interpretación racional y finalista se hace siguiendo la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema, organismo que recuerda que "es obligación del juez interpretar la demanda racionalmente para ver si la contradicción es realmente aparente. Así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición pueda producir algún efecto, a aquel en que no sea capaz de producir alguno".—(Sentencia de abril 19 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Malterías de Colombia, S. A.) (Ver número 54 del índice) 259

5. ADMINISTRACION PUBLICA.

Páginas

Facultad reconocida por el artículo 72 del C. C. A., de intervenir como parte demandante en los procesos contencioso-administrativos. Representación para actuar en proceso de simple nulidad y para actuar en proceso de plena jurisdicción (artículos 22, 72 y 89 del C. C. A.).—El texto del artículo 72 del C. C. A. dice: "Artículo 72. También la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público, podrá solicitar la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta ley, por los motivos en ellos señalados".—El antecedente de esta disposición es el artículo 1º de la Ley 130 de 1913, según el cual, no solamente los ciudadanos en general o las personas que se creyeran vulneradas en sus derechos, sino también el Ministerio Público podían ejercitar las acciones contencioso-administrativas. La reforma introducida por el artículo 72 del C. C. A. consistió en radicar la titularidad de la acción en la *Administración Pública,* en la medida en que ésta disfrutara de los atributos de la personería jurídica de derecho público. En otros términos: La Ley 167 de 1941 trató de corregir una evidente inarmonía de la legislación precedente, pues no obstante reconocer la personalidad jurídica de las entidades territoriales (Nación, Departamento y Municipio), sin embargo en punto al ejercicio de las acciones contencioso-administrativas o a su capacidad para intervenir en un proceso de esta naturaleza como parte demandante, les restringió los atributos naturales derivados de esa personalidad jurídica al no contemplar la posibilidad de comparecencia al proceso en la condición indicada. El artículo 72 de la Ley 167 de 1941 le reconoce a la Administración, tomada en un sentido genérico, la facultad de intervenir como parte demandante en los procesos contencioso-administrativos, la cual significó que, tanto la Nación como los departamentos, los municipios y las demás personas jurídicas de derecho público adquirieron la capacidad de comparecer al proceso en esa calidad. No obstante se determina que la representación de tales entidades, cuando actúen como demandantes, queda reservada a los Agentes del Ministerio Público. Naturalmente, de considerarse vigente esta limitación, habría que entenderla en principio restringida a la representación de tales personas cuando se trate de proponer la acción de simple nulidad, pues para el caso de la defensa de un interés especial, el mismo Código les reconoce el derecho de "constituir los apoderados o voceros que a bien tengan, según las reglas generales..." (artículo 22 del C. C. A.). — Es posible que un condicionamiento de esta naturaleza se hubiere inspirado en la idea de que los Agentes del Ministerio Público que actúan ante los Organos Jurisdiccionales de lo contencioso administrativo fueran más idóneos para representar a las entidades administrativas en la formulación de una pretensión de nulidad, pero de todas suertes esta idea no armoniza suficientemente con la prescripción del mismo legislador conforme a la cual la defensa de un interés especial dentro de un proceso contencioso administrativo si pueda confiarse a una representación especial.—Tampoco armoniza la disposición del artículo 72, aun entendida con las limitaciones anotadas antes, con la hipótesis que se deriva del inciso 1º del artículo 89 del C. C. A., según el cual "en las *acciones de nulidad* de un acto administrativo, cualquier *persona* puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la acción". Reconocida por el C. C. A., según se ha visto, la capacidad a la Administración para ser parte en los procesos conten-

Páginas

cioso-administrativos en cuanto disponga de los atributos que aparejan la personería jurídica, resulta claro que la expresión "cualquier persona" habilita a las personas de derecho público para coadyuvar o impugnar la demanda. Como en estos casos esa intervención es distinta de la del actor principal, querría decir que, en esta hipótesis, no sería aplicable la limitación del artículo 72 y que, por consiguiente la entidad de derecho público interviniente podría hacerse representar por una persona diferente al Agente del Ministerio Público. Así, pues, resulta lo siguiente: Que en un proceso de simple nulidad la representación de la entidad de derecho público podría ser diferente según ésta obre como actor principal o como interviniente adhesivo, lo cual no parece lógico ni consecuente.—Estas y quizás, otras, son una de las tantas contradicciones que resultarían de una interpretación aislada de la norma contenida en el artículo 72 del C. C. A. — En tales condiciones lo indicado, en concepto de la Sala, es tratar de establecer el alcance real del precepto en función de la totalidad del sistema jurídico dentro del cual se halla inmerso y, en primer lugar de la Constitución Nacional y de los principios generales del derecho procesal.—(Auto de marzo 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de nulidad contra la Ordenanza número 13 de 1970, expedida por la Asamblea del Departamento de Boyacá, expediente 2546. Actor, Gobernador del Departamento de Boyacá). (Ver número 79 del índice) 331

9. ALCALDE.

Jefe de la Administración Municipal.—Poder discrecional.—Potestad de intervenir en todos los campos de la actividad ciudadana que interesan al desarrollo y bienestar del Municipio.—Potestad reglamentaria.—Reglamentación del uso de los bienes del Municipio.—"El artículo 200 del C. de R. P. y M. dispone que 'los bienes que por su función u origen estén destinados a un objeto especial no podrán tener en ningún caso otra aplicación' ".—Esto significa que si un bien se ha adquirido o fundado por el municipio con destino a un servicio especial, no podrá destinarse a otro empeño ni hacerse de él un uso distinto al que naturalmente le corresponde. Esto significa que si la municipalidad adquiere con destino al uso público, comodidad y ornato del parque o plaza, unas bancas, éstas deberán ser usadas conforme a su destino y finalidad, todo en razón de que el servicio público imprime carácter, orden y disciplina.—Dispone el artículo 201 de la Constitución Nacional que "en todo Municipio habrá un Alcalde, que ejercerá las funciones de agente del Gobernador y será Jefe de la Administración Municipal, conforme a las normas que la ley señale".—El carácter de Jefe de la Administración que la Constitución asigna al Alcalde, le da una suma de poderes considerable que hace de este funcionario el motor del desarrollo y del bienestar municipal. Tiene, ante todo, un enorme poder discrecional, que le permite desarrollar actividades que interesan, no simplemente al campo jurídico, sino principalmente a la vida social y económica de la población; por este aspecto no es discutible su potestad de intervenir en todos los campos de la actividad ciudadana que interesan al desarrollo y bienestar del municipio. Y tiene también la potestad reglamentaria como Jefe de la Administración local. Así lo ponen de manifiesto los ter-

Páginas

ceros incisos de los artículos 239 y 240 del C. de R. P. y M. que dicen: "A los empleados municipales se les pueden imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos, los reglamentos del Alcalde respectivo y las órdenes de los superiores. En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes de los superiores".—Y la doctrina ha dicho: "No solo el Jefe del Estado goza de la potestad reglamentaria, sino que la tiene también todo jefe superior administrativo, y especialmente los Ministros, el Contralor General de la República, los gobernadores, los alcaldes y los directores de los servicios autónomos, respecto de los actos cuya ejecución les corresponde y en la medida necesaria para esa ejecución".—No puede quedar, entonces, conforme a lo expuesto la menor duda que podía el señor Alcalde de San Jerónimo reglamentar, como lo hizo, el uso de las bancas del parque para comodidad y ornato. Ya que es bien claro que se trata de un bien del Municipio, con destino al uso público de los habitantes, y es al Jefe de la Administración a quien le corresponde reglamentar ese uso.—No se trata, pues, de ningún reglamento de policía y, por ello, tampoco se puede predicar de él que sea violatorio de los artículos 9º y 193 del Decreto 1355 de 1970. Tampoco que se haya expedido sin competencia o con abuso o desviación del poder. El señor Alcalde Municipal simplemente ejerció un poder que le corresponde, en cumplimiento de un deber a él atribuido y con miras a un correcto uso de los bienes destinados por la municipalidad al mejor bienestar y comodidad de sus habitantes.—(Sentencia de junio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. — Acción de nulidad contra el Decreto 026 de 1974, dictado por el Alcalde Municipal de San Jerónimo. Actor, Luciano Londoño, expediente 2556) 365

10. AVIACION CIVIL.

Se declara la nulidad del artículo 1º de los Decretos números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975 expedidos por el Gobierno Nacional, únicamente en cuanto se refieren a las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada (ASTA)" y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada".—El Gobierno Nacional, por medio de los Decretos números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975 fijó el valor de los aportes correspondientes a los años comprendidos entre el 1º de mayo de 1972 y el 30 de abril de 1976, y el déficit actuarial en 30 de abril de 1975, a favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles y a cargo de las entidades que mencionan, entre las cuales se cuentan las sociedades demandantes, en las cuantías que al efecto señala (Ds. Ofs. números 34387, páginas 174, 175 y 34368, página 191). Estos Decretos fueron expedidos por el Gobierno, según su parte motiva, con base en la Ley 32 de 1961 y el Decreto reglamentario número 60 de 1973.—La Ley 32 de 1961 dispuso, por una parte, que "las empresas nacionales de aviación civil que tengan a su servicio miembros del Escalafón de reserva de segunda clase de la Fuerza Aérea, contribuirán con sus aportes a la financiación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) en la cuantía y con las condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales

que la entidad beneficiaria le presente" (artículo 1º), la cual debe efectuar las liquidaciones mensuales "debidamente aprobadas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil" (artículo 4º); las "empresas nacionales de aviación civil", "que cubran los aportes fijados por el Gobierno", quedan exoneradas, recíprocamente "de pagar a los aviadores y navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el C. S. del T., porque su abono lo asume la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC..." (artículo 3º). Por otra parte, el artículo 5º de la misma ley prescribe: "La Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC celebrará *convenios particulares* con las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales (la Sala subraya), a fin de determinar los aportes que dichas personas deben cubrir a la Caja para que los aviadores a su servicio entren a gozar de las prestaciones establecidas por ésta. Dichos acuerdos se surtirán ante el Ministerio de Fomento y para entrar en vigencia requerirán la aprobación del Ministerio de Trabajo". El Gobierno Nacional, por medio del Decreto 60 de 1973, reglamentó la Ley 32 de 1961. El artículo 12 dispuso, respecto de los aportes de "las empresas nacionales de aviación civil", que "el Gobierno fijará cada año y con anterioridad al 1º de mayo la cuantía de los aportes", y el artículo 18, en relación con las empresas "de trabajos aéreos especiales" que éstas deben presentar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dentro del término de un año, contado desde la vigencia del Decreto, "los convenios particulares de que trata el artículo 6º de la Ley 32 de 1961", los cuales requieren "la aprobación de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Trabajo y Seguridad Social". El precepto agrega que, "si dentro del plazo señalado no se celebraren tales convenios, el Gobierno fijará los términos y condiciones en que dichas empresas deben hacer sus aportes".—De manera que, según lo expuesto, existen dos regímenes diferentes en relación con los aportes a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles: el primero, referente a "las empresas nacionales de aviación civil", cuyos aportes deben fijarse por el Gobierno, previos los estudios actuariales, y hacerse efectivos en la forma indicada; el segundo atañe a "las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales", los cuales deben, para determinar el valor de sus aportes, celebrar "convenios particulares" con la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC ante el Ministerio de Desarrollo Económico con la aprobación del de Trabajo.—La parte final del artículo 18 del Decreto 60 de 1973 que, en defecto de "los convenios particulares", permite al Gobierno determinar la cuantía de los aportes correspondientes a "las empresas o patronos que operen aeronaves destinadas a trabajos especiales", evidentemente contraría el sentido del artículo 6º de la Ley 32 de 1961 y, por lo mismo, por excepción de ilegalidad (artículo 240 del C. de R. P. y M. y 12 de la Ley 153 de 1887), no se lo debió aplicar.—En los casos sub júdice, está demostrado en el juicio con los respectivos certificados de la Cámara de Comercio de Girardot e Ibagué, que las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada" y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada" (F. 2, 3 y 5), tienen, entre sus objetivos, la fumigación aérea y que, por lo mismo, para los efectos de la Ley 32 de 1961 se catalogan entre las que operan "naves destinadas a trabajos especiales". Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 6º de la citada ley, sus aportes a la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC deben determinarse por acuerdos

Páginas

o "convenios particulares" con ésta, celebrados ante el Ministerio de Desarrollo Económico, con la aprobación del de Trabajo, los cuales, según consta en autos, no se han realizado (folios 27 y 29). El Gobierno expidió los actos acusados, en relación con las sociedades demandantes, tras considerar que no celebraron los convenios dentro del plazo prescrito por el artículo 18 del Decreto 60 de 1973.—Pero, aunque esto sucedió, como se expuso anteriormente, en modo alguno podía sustituir, contrariando un precepto legal especial, el del artículo 6º de la Ley 32 de 1971, la voluntad de personas particulares, como lo son las demandantes y la Caja de Auxilios Prestacionales de ACDAC (artículo 2º de la Ley 32 de 1961), por su voluntad unilateral, trocando así un acto jurídico que legalmente debió ser privado por uno administrativo; si la parte final del artículo 18 del Decreto 60 de 1973 lo autorizó para ello, el Gobierno debió proferir la ley, con mayor razón, si, como autor de aquél, estaba en su poder modificarlo o derogarlo para ponerlo a tono con la norma legal obligatoria.—En consecuencia, es preciso declarar la nulidad del artículo 1º de los decretos del Gobierno Nacional antes citados, pero únicamente en cuanto se refieren a las sociedades demandantes.—(Sentencia de febrero 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de plena jurisdicción contra los Decretos 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975 proferidos por el Gobierno Nacional.—Actor, Aeroservicio Agrícola del Tolima y otra, expediente 2360) 83

C

11. CAMBIOS INTERNACIONALES.—COMERCIO EXTERIOR.

Alcance de las disposiciones del Decreto 444 de 1967 y concordantes sobre el control del comercio exterior y de las divisas internacionales. Atribuciones del Incomex para investigar los precios internacionales. Preceptúa el artículo 6º que *"dentro de las condiciones y límites establecidos* en el presente estatuto podrán adquirirse divisas para pagos al exterior, por concepto de mercancías cuya importación haya sido debidamente autorizada".—El régimen de cambios internacionales previsto en el Decreto 444 de 1967 está conformado como un sistema de control estatal sobre el comercio exterior y el movimiento de las divisas con el fin de prevenir la fuga de capitales, la realización de operaciones especulativas y de mantener un nivel de reservas suficiente para el manejo normal de los cambios internacionales (artículo 1º). Entre los instrumentos legales para el ejercicio de este control cabe destacar el que se deriva de las atribuciones conferidas al Incomex para investigar los precios internacionales de las mercaderías en orden a asegurar que los giros para el pago de las que se importen corresponda con el precio normal (Decreto-ley 691 de 1967) y con la facturación de las mismas (artículo 212 del Decreto 444 de 1967, artículo 1º, literal r) del Decreto 2976 de 1968 y artículo 1º, ordinal r) del Decreto 539 de 1969).—Así, pues, en esta compleja operación que constituye la importación de mercancías, el control del Estado se hace presente en todas sus etapas, a partir del momento en que el proveedor extranjero y el importador nacional cierran una transacción. En un primer momento debe obtenerse, como en el caso de autos, el correspondiente registro, luego ha de obtenerse una factura consular

Páginas

ante la autoridad correspondiente; más tarde, cuando la mercancía llega al país, intervienen las autoridades aduaneras para la liquidación y pago de los derechos correspondientes. Y luego, para el pago de lo importado vuelven a intervenir las autoridades cambiarias a través del otorgamiento de la licencia de cambio, sin la cual no es posible efectuar el giro de divisas.—Se colige de lo anterior que, en muchas ocasiones la infracción cambiaria que se originó en la importación de mercancías, solo viene a consumarse cuando se realiza el giro de las divisas al exterior. Por consiguiente, debe entenderse que la función preventiva del Incomex puede ejercitarse legítimamente en cualquier momento anterior a esa consumación, para evitarla. Por otra parte, si el control solo termina con la emisión del giro al exterior, es preciso entender que el derecho de adquirir divisas para pagos al exterior por concepto de mercancías cuya importación haya sido autorizada, es un derecho condicionado a la legitimidad de todas las operaciones anteriores y posteriores a la obtención de la licencia. De esta suerte, cuandoquiera que se advierta algo irregular, la autoridad correspondiente no solo tiene la facultad de verificación sino también los atributos necesarios para impedir la consumación de infracciones a la ley.—(Sentencia de mayo 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 01079 de noviembre 4 de 1975 y la número 469 de abril 12 de 1976, expedidas por el Director de Incomex. Actor, Hojalata y Laminados, S. A., expediente 2515) 304

12. CARTA DE CREDITO.

Su régimen.—Se denegó la petición de suspensión provisional del artículo 3º del Decreto reglamentario 2756 de 1976.—El artículo 1400 del Código de Comercio dispone que "se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos". El artículo 1409, ordinal 6º, señala los elementos de la carta de crédito, *"los documentos y requisitos que deban presentarse* o ser acreditados *por la utilización del crédito"* y el artículo 1415 ibídem dispone que "la carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito abierto" y que, "en consecuencia, ni el banco emisor ni el banco corresponsal, en su caso, contraerán ninguna responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efecto legal de ningún documento concerniente a dicho contrato; ni en cuanto a la designación, cuantía, peso, calidad, condiciones, embalaje, entrega o valor de las *mercancías* que presenten los documentos (se subraya); ni en lo referente a las condiciones generales o particulares estipuladas en la documentación, a la buena fe o a los actos del remitente o cargador, o de cualquiera otra persona; ni en lo que atañe a la solvencia, reputación, etc., de los encargados del transporte o de los aseguradores de las *mercancías"* (se subraya). Según las normas transcritas, específicamente los artículos 1409, ordinal 6º y 1415 del Código de

Páginas

Comercio, por una parte, la carta de crédito debe contener determinados elementos, entre ellos, "los documentos y requisitos que deben presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito" y, por otra, para los efectos relacionados con el banco emisor y el corresponsal, "es independiente del contrato con el cual haya de aplicarse el crédito abierto", que aunque la ley no lo especifica, por su denominación, según los términos reiterados del artículo 1415 del Código de Comercio, se refiere, por lo menos prima facie, a la compraventa de mercancías, cuya prueba exige el artículo 3º del Decreto 2756 de 1973. Además, si el artículo 1602 del Código Civil, al cual se remiten los artículos 2º y 822 del Código de Comercio, garantiza la libertad contractual, el artículo 3º del Decreto 2756 de 1976 no los contraría, por lo menos de modo manifiesto, porque, por una parte, reglamenta uno de los requisitos de la carta de crédito y, por otra, no prohibe ni se opone a que los particulares contraten libremente, los cuales pueden, si lo consideran necesario, acogerse al régimen de las cartas de crédito.—(Auto de mayo 9 de 1977, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de nulidad del artículo 3º del Decreto reglamentario número 2756 de 1976. Autor, Guillermo Cortés Gutiérrez, expediente número 2633) 170

13. CESANTIA DEFINITIVA Y PARCIAL.

La Ley 6ª de 1945, artículo 17, establece el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio; la Ley 65 de 1946, en su artículo 1º, expresa: "Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hallándose o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro". El Consejo de Estado ha interpretado las normas transcritas, entre otros, en los fallos de diciembre 7 de 1971. Actor, Julia Vaca de Leal y noviembre 3 de 1972, actor, Alfonso García Rangel, de la siguiente forma: "Las cesantías parciales se conceden mientras no haya desaparecido el vínculo que une a un empleado con el Estado, cuando se demuestra que han de utilizarse para ciertos fines, claramente señalados en los preceptos legales que regulen la materia, como por ejemplo, adquisición de vivienda". — "Las cesantías definitivas, como su nombre lo indica, se reconocen y pagan cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio".—"La Sala estima que de conformidad con la Ley 65 de 1945 no importa que el tiempo sea continuo o discontinuo para liquidar el auxilio de cesantía. En cambio, sí importa, y mucho, que a una persona que estuvo vinculada por un tiempo se le haya liquidado en forma definitiva su cesantía y luego vuelva a vincularse al Estado. En este caso no hay lugar a acumular tiempos servidos. En este sentido debe entenderse la citada Ley 65 de 1945. Si no fuera ésta la interpretación habría que llegar a la conclusión absurda de que solo con la muerte de una persona se podrían liquidar cesantías definitivas, pues mientras esté viva se encuentra en posibilidad de regresar al servicio público y obtener liquidación de cesantías ya pagadas y consideradas como definitivas". — "Así, para que una liquidación de cesantía sea definitiva se requiere

Páginas

que haya desvinculación del servicio y que la situación jurídico-laboral quede definida mediante un acto administrativo que liquide la cesantía en forma definitiva".—(Sentencia de abril 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo S.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 846 del Ministerio de Defensa. Actor, Julio C. Ocaña, expediente 2429) 213

14. CINEMATOGRAFIA

Estímulos económicos.—Se decreta la nulidad del artículo 13 del Decreto 950 de 1976, "por el cual se reglamenta la Ley 9ª de 1942 y se dictan otras disposiciones".—Se refiere el artículo 13 del citado Decreto 950, el que al disponer que a partir de 1978 cesarán los estímulos económicos para la exhibición de producciones cinematográficas nacionales de cortometraje y prohibir el cobro de sobreprecios por su presentación, cuando se proyecten con producciones colombianas de largometraje, contraría la finalidad de la citada ley, de estimular la producción cinematográfica colombiana.—Es claro que no se estimula la referida industria cuando se dispone la cesación de toda clase de estímulos para los cortometrajes nacionales, pues la ley no autorizó al Gobierno para restringir tales estímulos, sino antes bien, para incrementarlos. Y al proceder así violó el Gobierno la norma que dice reglamentar y excedió la potestad que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Carta.—(Sentencia de abril 12 de 1977, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives.—Acción de nulidad contra el Decreto 950 de 1976. Actor, Jorge Suárez P., expediente 2534) 157

15. COMERCIO EXTERIOR.

Junta Monetaria.—Créditos externos.—Prohibiciones y limitaciones. En ejercicio de la potestad reglamentaria que la Constitución confiere al Presidente de la República y según la cual debe expedir las órdenes, decretos o resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (artículo 120, ordinal 3º), el Gobierno expidió el Decreto 404 de 1976, reglamentario de los artículos 75 y 137 del Decreto-ley 444 de 1967, que por lo que hace a esta última norma dispone que la Junta Monetaria podrá prohibir los créditos externos originados tanto en la contratación de empréstitos como en la importación de bienes, servicios y capitales cuando sus objetivos fueren incompatibles con la política cambiaria y monetaria, o limitarlos cuando el endeudamiento externo del país fuere excesivo.—Agrega el referido decreto reglamentario que para cumplir adecuadamente con la función que se le impone a la Junta Monetaria, ésta puede limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos. Y termina así la norma: "Para ello tendrá en cuenta las diversas modalidades de las importaciones, si lo considera conveniente".—El demandante estima que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria cuando le dio a la Junta la facultad de que trata la frase que va entre comillas, pues con ella quedó investida del poder de "desarrollar a su antojo el mandato de la ley, expresado en el artículo 137 del Decreto 444 de 1958" (sic).—No lo

Páginas

estima así la Sala. Es bien sabido que el Gobierno al ejercitar la potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley que reglamenta. Para ello debe tener en cuenta los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu.—En materia de cambios internacionales y de comercio exterior el legislador de 1967 le dio facultades extraordinarias al Gobierno para reglamentar, de manera permanente, los procedimientos adecuados para vigilar su funcionamiento regular y para que la demanda de cambio exterior sea regulada, con el objeto de impedir bruscas alteraciones en el valor externo de la divisa nacional.—En el estatuto expedido en desarrollo de esas facultades quedó prescrito que la Junta Monetaria está facultada para reglamentar con carácter general los plazos, intereses y demás condiciones de los préstamos externos a particulares e, inclusive, para prohibirlos, cuando considere que son incompatibles con la política monetaria y cambiaria o para limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo.—(Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar Tapiero.—Acción de nulidad contra el Decreto 404 de 1976. Actor, Carlos de la Espriella, expediente 4005). (Ver números 16 y 17 del índice) 199

16. COMERCIO EXTERIOR.

Junta Monetaria.—Tiene facultad de dirección y control en materia de cambios internacionales y comercio exterior—El legislador de 1967 entregó a la Junta Monetaria un papel de dirección y control en materia de cambios internacionales y de comercio exterior, que es parte de la política monetaria del país, haciendo suya la competencia correspondiente, condicionada, claro está, a lo que disponga el estatuto orgánico. Y al ejercitar la potestad reglamentaria respecto de lo prescrito en el artículo 137 del Decreto-ley 444 de 1967, se limitó a decir, en el artículo 1º del Decreto 404 de 1976, que por lo que hace a créditos externos quedan comprendidos tanto los empréstitos como la importación de bienes, servicios y capitales, y en el artículo 2º que para cumplir las funciones que le corresponden al respecto "podrá limitar el crédito externo mediante la fijación de plazos dentro de los cuales deberá pagarse el valor de las importaciones y el momento a partir del cual deben comenzarse a contar dichos plazos". Todo lo cual encaja dentro de la potestad reglamentaria, pues ello hace eficaz la norma de derecho, fuera de que está contenido en ésta.—(Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor, Carlos de la Espriella, expediente 4005.—Acción de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 404 de 1976). (Ver números 15 y 17 del índice) 199

17. COMERCIO EXTERIOR.

Junta Monetaria.—Créditos en moneda extranjera.—Facultades de la Junta Monetaria.—En uso de las facultades extraordinarias conferi-

Páginas

das por la Ley 6ª de 1967, el Presidente de la República expidió el Decreto-ley 444 de 1967, sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, que en su Capítulo VIII reglamenta la materia relacionada con las inversiones de capital extranjero en Colombia, los créditos en moneda extranjera otorgados en favor de personas naturales o jurídicas residentes en el país y las inversiones o préstamos que estas últimas hagan o concedan en favor de personas naturales o jurídicas del exterior.—Por lo que hace a los créditos en moneda extranjera concedidos en favor de personas residentes en el país, el estatuto confirió facultades a la Junta Monetaria para que reglamente, con carácter general, los plazos, intereses y demás condiciones de tales préstamos, con el fin de que ellos se contraten en términos favorables y que su servicio se pueda hacer en forma oportuna, sin que ocasionen presiones inconvenientes sobre el mercado de cambio exterior (artículo 127).—Y también facultó a la misma Junta para que mediante normas de carácter general prohiba tales créditos cuando resulten incompatibles con la política cambiaria y monetaria o limitarlos cuando el endeudamiento sea excesivo (artículo 137).—(Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar Tapiero. Acción de nulidad contra el Decreto 404 de 1976. Actor, Carlos de la Espriella, expediente 4005).—(Ver números 15 y 16 del índice) 199

18. CLASIFICACION DE LOS SERVIDORES PUBLICOS.

El Decreto-ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos y trabajadores oficiales, debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal.—El artículo 76, ordinal 10, de la C. N. establece que corresponde al Congreso, por medio de leyes, "regular los otros aspectos del servicio público...", esto es, los no contemplados en el ordinal 9º (determinar la estructura de la Administración Nacional y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales).—El artículo 187, ordinal 5º, de la C. N. otorga a las Asambleas la función de determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. El artículo 197, ordinal 3º, da las mismas atribuciones a los Concejos. Entonces, la estructura de la Administración, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, corresponde fijarlas respectivamente al Congreso, a las Asambleas y a los Concejos. Los otros aspectos del servicio público es competencia privativa del legislador. Por lo tanto, la clasificación de los empleados, el establecimiento de distintas categorías de empleos en todos los niveles de la Administración (Nacional, Departamental y Municipal) es función privativa del legislador. El artículo 1º, ordinal g), de la Ley 65 de 1967 desarrolla el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional y en él se fundamenta el Decreto legislativo 3135 de 1968, cuando establece que se faculta al Presidente de la República para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, etc., sin restringir o circunscribir tal facultad al ámbito nacional, como sí lo hace en el ordinal h), por ejemplo.—Con base en lo anterior, el Decreto-ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos (vincu-

Páginas

lados a la Administración con relación legal y reglamentaria) y trabajadores oficiales (con contrato de trabajo), debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal. En auto de diciembre 13 de 1967, Sección Segunda, Consejero ponente, doctor Andrés Holguín, se sostuvo que los servidores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, lo mismo que los de toda otra entidad descentralizada de cualquier nivel, son empleados públicos o trabajadores oficiales, según sea su vinculación por nombramiento o por contrato y que su situación jurídica se rige por disposiciones especiales, tales como la Ley 4ª de 1966 y no por el Código Sustantivo del Trabajo. Se basó esta providencia en la Ley 151 de 1959, artículo 1º, en el Decreto legislativo 1732 de 1960, artículo 1º, y el Decreto 3135 de 1968 no hizo sino actualizar y aclarar lo que ya estaba ordenado en la Ley 151 de 1959 y en el Decreto 1732 de 1960.—(Sentencia de abril 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos A. Restrepo S.—Acción de nulidad contra el artículo 1º de la Resolución número 002 de 1973, proferida por la Junta Directiva del Hospital Mental de Antioquia. Actor, Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia, expediente 3196) 335

19. CLAUSULA COMPROMISORIA.

Aplicación de la cláusula compromisoria consignada en contratos celebrados por establecimientos públicos en armonía con lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 13 de la Ley 4ª de 1964.—Primera cuestión. "En caso de incumplimiento por parte de la Administración de un contrato en el cual se estipuló la cláusula compromisoria, ¿pueden las partes llegar a un acuerdo sobre las pretensiones del contratista sin valerse de árbitros para el efecto?".—Respuesta. En primer lugar, es clara la facultad que tenían los establecimientos públicos para someter a arbitramento las diferencias que se presenten en los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964.—Así lo establece el artículo 13. Por otra parte, con fundamento en razones de carácter general, el fallo que profieran los tribunales de arbitramento convocados en virtud de la cláusula compromisoria incluida en contratos administrativos, debe ser en derecho.—Dice el artículo 2469 del C. C.: "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litio eventual".—El artículo 2470 establece: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".—Y el artículo 2471 dispone: "Todo mandatario necesita de poder especial para transigir". Finalmente, el artículo 341 del C. de P. C. dice: "Transacción por entidades públicas. Los representantes de la Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del Gobernador, Intendente, Comisario o Alcalde, según fuere el caso. Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades, la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza".—De todo lo anterior se concluye que los establecimientos públicos no pueden transar sus diferencias ocasionadas u originadas en los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964, sin autorización expresa para ello. La transacción implica capacidad de disposición de los bienes o derechos objeto de ella y las entidades públicas no la tienen en principio. No sobra traer a cuento lo que

Páginas

pudiera llamarse un lugar común en la ciencia del derecho público; al contrario de lo que les ocurre a los particulares, que pueden hacer todo lo que la ley no les prohibe, las entidades de derecho público tan solo pueden ejecutar o hacer aquello para lo cual están expresamente facultadas. Principio éste ratificado, por lo que hace a los establecimientos públicos, en el artículo 30 del Decreto 1050 de 1968: "...y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos a los allí previstos (en la ley o norma que los creó y en sus estatutos)...". Todo lo que precede es suficiente para contestar así el punto primero. La Administración y el contratista no pueden llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de éste relacionadas con un contrato en el cual se estipuló la cláusula compromisoria, porque ese acuerdo no es ni puede ser cosa distinta de una transacción, que implica por definición renunciamiento o cesiones recíprocas, que a su vez requieren facultades dispositivas de las partes. Y la Administración, en este caso el establecimiento público respectivo, carece de esa facultad.— Segunda cuestión. "¿Es forzosa u obligatoria la convocatoria de tribunal de arbitramento siempre que se presenten desavenencias, disputas o desacuerdos entre las partes que han celebrado un contrato en el cual se pactó la cláusula compromisoria?".—Respuesta. En concepto de la Sala es forzosa la convocatoria de tribunal de arbitramento en el caso propuesto. Ya se dijo antes que las diferencias, desacuerdos o disputas no pueden arreglarse entre la Administración y el contratista por vía de transacción, por carecer el establecimiento público, una de las partes, de esa facultad. — Tercera cuestión. "¿Pueden las mismas partes decidir por sí mismas sus propias diferencias mediante el recíproco abandono de una parte de sus pretensiones?".—Respuesta. Esta cuestión está resuelta en las contestaciones anteriores: "El abandono recíproco de una parte de sus pretensiones", implica en las partes que lo convienen facultad dispositiva. Ahí es donde consiste precisamente la transacción, que en estos casos no puede celebrarse por las razones dichas atrás.—Cuarta cuestión: "¿Puede considerarse que las mismas partes precaven un litigio eventual cuando se otorgan concesiones recíprocas en lugar de someter a la decisión de árbitros las diferencias suscitadas en relación con un contrato?" Respuesta. Evidentemente, uno de los fines de la transacción, de acuerdo con la definición del artículo 2469 del C. C., transcrito en uno de los apartes anteriores, es "precaver un litigio eventual". Y como es precisamente lo que no puede hacer un establecimiento público porque carece de facultades que son esenciales para ello: no puede renunciar en favor del contratista a bienes o derechos que hacen parte del patrimonio público, porque los entes oficiales carecen en principio de esta atribución. Y sin esa renuncia o sin esa capacidad legal para hacerla no se concibe ni puede existir la transacción, a través o en virtud de la cual "se precave un litigio eventual".—Cuestión quinta. "¿Están facultados los establecimientos públicos del orden nacional para celebrar contratos de transacción?".—Respuesta. No están facultados, como se ha dicho en las respuestas correspondientes a las distintas cuestiones que componen la consulta que ahora se absuelve por la Sala. Finalmente, no está por demás advertir que los conceptos aquí emitidos, lo han sido con referencia a la situación existente durante la vigencia de la Ley 4ª de 1964, a la cual se refiere directamente la consulta. Hoy los Decretos números 3130 de 1968 y 150 de 1976 definen la cuestión de una vez por todas, en cuanto se refiere

Páginas

a la facultad de los establecimientos públicos para consignar en sus contratos la cláusula compromisoria y en cuanto a que el fallo arbitral debe ser en derecho. — Por lo que hace a la incapacidad para transigir, son valederos, aun bajo la vigencia de los estatutos últimamente citados, los razonamientos contenidos en el estudio precedente.—(Concepto de marzo 14 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes. Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones y autorizada su publicación mediante oficio 25 de marzo 30 de 1977) 22

20. CONCORDATO PREVENTIVO OBLIGATORIO Y POTESTATIVO

Finalidad, trámite o procedimiento.—Función de la Superintendencia de Sociedades y de los jueces.—Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de acciones contra actos jurisdiccionales.—Como expuso la Sala en sentencia del 4 de febrero de 1976, el concordato preventivo obligatorio "tiene por finalidad evitar, en lo posible, que las sociedades comerciales sujetas al control de la Superintendencia de Sociedades sean declaradas en quiebra, con las consecuencias perjudiciales de todo orden que de ella se deriven, mediante el acuerdo entre el deudor y los acreedores sobre la manera de pagar las deudas". Se trata de un concordato obligatorio que debe ser tramitado por la Superintendencia de Sociedades "en la forma y términos" previstos para el "concordato preventivo potestativo". Pero "las controversias que ocurran respecto de la existencia, cuantía, naturaleza, garantías, intereses y orden de pago de los créditos, serán decididas por el juez competente para conocer de la quiebra, para lo cual la Superintendencia enviará los documentos pertinentes al juez, con las alegaciones de los interesados, dejando copia de todos ellos en el 'expediente' " (artículos 1928, 1929, 1930 y 1933 del Código de Comercio). De manera que, aunque el artículo 1930 del Código de Comercio "en el concordato preventivo obligatorio" reemplaza al juez por el Superintendente de Sociedades, reitera lo dispuesto por el artículo 1924, in fine, sobre "concordato preventivo potestativo", en el sentido de atribuirle competencia al juez de la quiebra para dirimir las mismas controversias, sobre *"la naturaleza, cuantía, garantías, intereses y orden de pago de los créditos"*, de los cuales, por lo mismo, no es competente para conocer la Superintendencia de Sociedades.—*"Esta entidad ejerce, en consecuencia, tanto en la tramitación del concordato preventivo, como en su ejecución, la función administrativa que le es propia,* sin perjuicio de las indicadas funciones jurisdiccionales adscritas al juez de la quiebra, entre las cuales se cuentan principalmente la homologación del concordato..."—2º Pero los artículos 1921 y 1930 del Código de Comercio consagran una excepción al principio anteriormente expuesto, al permitirle al Superintendente de Sociedades, a solicitud de "los acreedores que se hayan hecho parte y que representen más de la mitad del valor de los créditos admitidos del proceso", "solicitar del juez la adopción de determinadas medidas cautelares". En este caso, el Superintendente de Sociedades, por virtud de lo prescrito por el artículo 1930 del Código de Comercio, en el sentido de que debe observarse, por regla general, el procedimiento señalado para el concordato preventivo potestativo, *sustituye al juez,* a que se refiere el artículo 1921 ibidem.—El decreto de embargo y secuestro es un acto, material o funcionalmente considerado, típicamente jurisdiccional,

Páginas

porque implica la posibilidad de sacar compulsivamente del comercio determinados bienes con una especifica finalidad legal, cual es en este caso impedir la insolvencia del deudor mientras se surte el contrato preventivo obligatorio aunque orgánica y formalmente tenga la apariencia de un acto administrativo. Por consiguiente, el Consejo de Estado, por razón de la materia, no es competente para conocer de la acción propuesta.—3º Además, en la hipótesis de que el acto que dispone el embargo y secuestro de bienes fuera administrativo, la conclusión sería la misma, porque se definiría como una providencia de trámite que no pondría fin a la actuación, ni impediría su continuación y, por lo mismo, de conformidad con los artículos 82 del C. C. A. y 18 del Decreto-ley 2733 de 1959 no podría ser objeto de acción jurisdiccional.—(Auto de febrero 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero sustanciador, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 02549 y 03280, proferidas por la Superintendencia de Sociedades. Actor, Aserradero Covadonga, Limitada, expediente 2577) 244

21. CONSULTA.

Se decretó la nulidad del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, "por el cual se reglamentan los Decretos-leyes números 528 y 1819 de 1964, 1722 de 1956 y la Ley 167 de 1941 en lo relacionado con la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 3º, cuando dice: 'El grado de consulta a que se refieren los artículos 36 y 134 de la Ley 167 de 1941 y el 7º del Decreto 1722 de 1956 solo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso' ".—El punto fundamental del presente negocio ya fue fallado por esta corporación al pronunciarse sobre el juicio 2587 del que fue actor Iván Amaya Villegas, dentro del cual, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, se dijo :"La Sala verifica que, en el caso sub júdice, no es procedente la consulta de la sentencia, por las siguientes razones: 1ª Como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia proferida el 28 de octubre de 1971, de conformidad con el artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, por regla general la competencia para conocer de las acciones de plena jurisdicción de carácter nacional, exceptuadas las laborales y las que tienen un régimen especial, corresponde a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado según la cuantía, a saber: en *única instancia* conocen los Tribunales hasta la cuantía de $ 30.000.00 y, *en la primera,* hasta la de $ 100.000.00; el Consejo de Estado es competente para conocer, en única instancia, de las acciones de cuantía superior a esa suma.—2ª El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta, en subsidio del recurso de apelación, en beneficio exclusivo de la entidad de derecho público, si, además, como dispone el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, fue condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00 de donde se deduce que, para que sea procedente el grado de consulta, es necesario que se trate de un juicio del conocimiento del Tribunal en *primera instancia* y que la entidad de derecho público condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00 no haya interpuesto el recurso de apelación.—3ª En el caso sub júdice se declaró, como se pidió, la nulidad de los actos por los cuales se multó a la parte demandante con el de $ 10.000.00 que, por lo mismo, no está obligada a pagarlo o, en el caso de que se hubiren hecho efec-

Páginas

tivos, que tiene derecho a exigirse devolución. Lo que indica que se trata de una sentencia proferida por el Tribunal en juicio del que conoció en *única instancia,* que por definición excluye tanto el recurso de apelación como el subsidiario de jurisdicción por consulta. (Sentencia marzo 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. Con salvamento de voto del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives.—Acción de nulidad contra el artículo 3º del Decreto 2061 de 1966. Actor, Pedro Claver Doria D., expediente 2489). (Ver número 22 del índice) 136

22. CONSULTA.

Como el actor acusa el artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, solo en cuanto dice relación con el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, cabe analizar si la norma citada en último lugar está vigente, o ha sido modificada o derogada. Dispone ese precepto: "Decreto legislativo 1722 de 1956.—Artículo 7º 'Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos o más a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta' ".—El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 contiene dos exigencias para que sea procedente la consulta: 1ª Que se trate de una sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo. — 2ª Que esa sentencia imponga a cargo de una entidad de derecho público una obligación de dos mil pesos o más.—No tuvo en cuenta esta norma para efectos de la consulta, las cuantías señaladas en el C. C. A. artículos 35, 52 y 54.—La consulta se establecía en dos casos: 1º Cuando se tratara de *sentencias* proferidas por un Tribunal Administrativo en *primera instancia,* esto es, que fueran apelables ante el Consejo de Estado y contuvieran una condena que impusiera una obligación a cargo de una entidad de derecho público, *si no se apelaba* del respectivo fallo (artículo 134).—2º En el caso de un reconocimiento administrativo de recompensa, pensión, jubilación u otro de la misma naturaleza (artículo 157 del C. C. A.), si la resolución o providencia que pusiera fin a la respectiva actuación gubernamental, no se apelaba ante el Consejo (artículo 159).—Como puede observarse, la consulta se otorgaba sin consideración a otra cuantía que la necesaria para la propiedad del recurso de apelación.—En el año de 1953 se dictó el Decreto 270, artículo 28, que dispuso: "Los fallos de los Tribunales Administrativos que ordenen devoluciones por concepto de impuestos nacionales en cuantía superior a dos mil pesos, deberán ser consultados con el Consejo de Estado, si el Agente del Ministerio Público no interpusiere el recurso de apelación".—Luego vino el Decreto 1722 de 1956, cuyo artículo 7º se transcribió anteriormente. Los Decretos de 1953 y 1956 fijaron una cuantía específica para casos especiales, que ninguna relación tenía con las cuantías contempladas por el C. C. A. para que un proceso tuviera dos instancias. Es más, el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 concedió la apelación sin exigir que la sentencia fuera apelable y no se interpusiera el recurso y fijó la cuantía de dos mil pesos en todo caso de condena, aunque la cuantía de la apelación fuera superior o inferior.—Por tanto, el decreto reglamentario de esta norma la excede, cuando dispone que la *consulta* solo tendrá lugar "cuando no se interponga apelación de los negocios

Páginas

que por su cuantía sean susceptibles del recurso", condición ésta que, se repite, no contiene la norma reglamentada, por lo cual es claro el exceso del poder reglamentario por parte del Gobierno.—Se ha sostenido en el curso del proceso que el artículo 7º del Decreto 1722 fue modificado por los artículos 30 y 32 del Decreto-ley 528 de 1964. El artículo 7º del Decreto 1722 es norma especialísima encaminada a defender a la Administración Pública en TODA condena en materia contencioso-administrativa que imponga una obligación de dos mil pesos o más, a cargo de una entidad de derecho público.—El artículo 130 del C. C. A. no había fijado cuantía para la consulta.—El Decreto 1722 (artículo 7º) señaló la de dos mil pesos, sin que esta suma tuviera nada que ver con las cuantías para interponer la apelación.—Consecuente con esto, no exige esta norma "que la sentencia no sea apelada" pues concede la consulta aun en casos en que la apelación no procede, con tal de que contenga una condena a la Administración en cuantía de dos mil pesos o más.—Los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964, nada dicen sobre *consulta,* por lo cual no han modificado el artículo 7º del Decreto 1722, norma especial, en virtud del aforismo: "legi speciali per generale non derogantur", consagrada en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.—Por tanto, la parte del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966, acusado en este proceso, en cuanto dice: "El grado de consulta a que se refieren los artículos... y 7º del Decreto-ley 1722 de 1956, solo se surtirá cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso", excede la norma reglamentada, o sea, el citado artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, por las razones anteriormente aducidas y debe ser anulada.—(Salvamento de voto del Consejero, doctor Alvaro Pérez Vives, a la sentencia de marzo 25 de 1977 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de que fue ponente el Consejero doctor Alfonso Arango Henao. Actor, Pedro Claver Doria D.—Acción de nulidad contra el artículo 3º del Decreto 2061 de 1966. Expediente 2489). (Ver número 21 del índice) 139

23. CONSULTA.

El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 no exige "que la sentencia no sea apelada", pues concede la consulta aun en casos en que la apelación no procede con tal de que contenga una condena a la Administración en cuantía de $ 2.000.00 o más.—Dispone el precepto: Decreto legislativo 1722 de 1956.—Artículo 7º "Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de dos mil pesos o más, a cargo de una entidad de derecho público, deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta".—El artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 contiene dos exigencias para que sea procedente la consulta: 1ª Que se trate de una sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo.—2ª Que esa sentencia imponga a cargo de una entidad de derecho público una obligación de dos mil pesos o más.—No tuvo en cuenta esta norma para efectos de la consulta, las cuantías señaladas en el C. C. A., artículos 35, 52 y 54.—Antes de 1956, en el C. de P. C.—La consulta se establecía en dos casos: 1º Cuando se tratara de *sentencias* proferidas por un Tribunal Administrativo en *primera instancia,* esto es, que fueran apelables ante el Consejo de Estado y contuvieran una condena que impusiera una obligación a cargo de

Páginas

una entidad de derecho público, si no se apelaba el respectivo fallo (artículo 134).—2º En el caso de un reconocimiento administrativo de recompensa, pensión, jubilación u otro de la misma naturaleza (artículo 157 del C. C. A.), si la resolución o providencia que pusiera fin a la respectiva actuación gubernamental, no se apelaba ante el Consejo (artículo 159).—Como puede observarse, la consulta se otorgaba sin consideración a otra cuantía que la necesaria para la prosperidad del recurso de apelación.—En el año de 1953 se dictó el Decreto 270, cuyo artículo 28 dispuso: "Los fallos de los Tribunales Administrativos que ordenen devoluciones por concepto de impuestos nacionales en cuantía superior a dos mil pesos deberán ser consultados con el Consejo de Estado, si el Agente del Ministerio Público no interpusiere el recurso de apelación".—Luego vino el Decreto 1722 de 1956, cuyo artículo 7º se transcribió anteriormente.—Los Decretos de 1953 y 1956 fijaron una cuantía específica para casos especiales, que ninguna relación tenía con las cuantías contempladas por el C. C. A. para que un proceso tuviera dos instancias. Es más, el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956 concedió la apelación sin exigir que la sentencia fuera apelable y no se interpusiera el recurso y fijó la cuantía de $ 2.000.00 en todo caso de condena, aunque la cuantía de la apelación fuera superior o inferior.—Por tanto, el decreto reglamentario de esta norma la excede, cuando dispone que la consulta solo tendrá lugar, "cuando no se interponga apelación de los negocios que por su cuantía sean susceptibles del recurso", condición ésta que no contiene la norma reglamentada, por lo cual es dado el exceso del poder reglamentario por parte del Gobierno.—Se ha sostenido en el curso del proceso que el artículo 7º del Decreto 1722 fue modificado por los artículos 30 y 32 del Decreto-ley 528 de 1964.—Como puede verse, el artículo 7º del Decreto 1722 es norma especialísima encaminada a defender a la Administración Pública en TODA condena en materia contencioso-administrativa que imponga una obligación de dos mil pesos o más, a cargo de una entidad de derecho público.—El artículo 130 del C. C. A. no había fijado cuantía para la consulta. El Decreto 1722 (artículo 7º) señaló la de dos mil pesos, sin que esta suma tuviera nada que ver con las cuantías para interponer la apelación. Consecuente con esto, no exige esta norma "que la sentencia no sea apelada", pues concede la consulta aun en casos en que la apelación no procede, con tal de que contenga una condena a la Administración en cuantía de dos mil pesos o más.—Los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964 nada dicen sobre *consulta,* por lo cual no han modificado el artículo 7º del Decreto 1722, norma especial en virtud del aforismo: "Legi speciali per generale non derogantur", consagrada en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.—(Salvamento de voto del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives, al auto de fecha febrero 2 de 1977, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en que fue sustanciador el doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Iván Amaya V.—Acción de nulidad contra las Resoluciones 0824 de 1975 y 04170 de 1975 proferidas por la Superintendencia de Sociedades, expediente 2587). (Ver número 33 del índice) 237

24. CONTADOR PUBLICO.

Inscripciones como contador público titulado y autorizado.—Requisitos para ejercer la profesión.—Título académico otorgado por insti-

Páginas

tución docente nacional o extranjera.—La ley colombiana que regula el ejercicio de la contaduría contempla dos clases de inscripciones como contador público, el titulado y autorizado (artículos 5º y 6º de la Ley 145 de 1960).—Para obtener la primera, se requiere un título académico otorgado por una institución docente debidamente autorizada por el Gobierno colombiano, o un título de la misma naturaleza expedido también por una institución extranjera de la misma índole. Cuando se trate de un país con el cual tenga celebrado Colombia un convenio sobre reciprocidad de títulos. El diploma o título solo tendrá validez, si ha sido refrendado por el Ministerio de Educación.—Cuando no haya convenio, la refrendación del título requiere concepto previo y favorable de la Asociación de Universidades (hoy de la Universidad Nacional, en virtud de la Ley 65 de 1963, artículo 14, ordinal e).—De todas suertes el diploma o título académico, vale decir, el expedido por una entidad docente debidamente acreditada es condición "sine qua non" para obtener la inscripción que habilite para el ejercicio de la profesión de contador público, en la categoría de titulado.—De todo lo dicho se viene en conclusión de lo siguiente: Que tanto en Colombia como en los Estados Unidos el título o diploma académico, por sí mismo, no habilita para ejercer la profesión, pues para ello se precisa de un acto de autorización o licencia del Poder Público que se concede previa comprobación de ciertos requisitos, variables según sea la legislación de cada país.—(Sentencia de junio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de nulidad contra las Resoluciones número 248 de 1975, proferida por el Ministerio de Educación y la número 44-T de 1975, proferida por la Junta Central de Contadores. Actor, Academia Colombiana de Contadores Públicos, expediente 2298) 218

25. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La declaración administrativa de caducidad y el contrato de seguro. Cómo se determina el valor del siniestro y hasta dónde y cuando debe concurrir la compañía aseguradora a cumplir con las obligaciones derivadas del incumplimiento del contratista.—Forma como debe proferirse la declaración de caducidad y sus efectos, de conformidad con el Decreto-ley 150 de 1976.—Requisitos que debe reunir el título ejecutivo en estos casos, para iniciar el juicio de cobro por jurisdicción coactiva.—El literal a) de la cláusula 6ª de la póliza de seguro señala que la aseguradora pagará el valor del siniestro hasta el monto de la suma asegurada, pero dicho giro gramatical no se puede entender en el sentido de que ocurrido cualquier siniestro, con este tipo de póliza el valor del mismo sea el equivalente al monto total de las sumas aseguradas, puesto que antes de ese concepto existe en la misma frase el del "valor del siniestro", lo que está indicando que ese es un factor que se debe determinar y que la obligación de la compañía aseguradora no puede ir más allá del monto total de las sumas aseguradas. La anterior interpretación está de acuerdo con la definición que da la misma póliza oficial de seguro en su cláusula primera y con lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio con las variantes sobre la forma de demostrar la ocurrencia del mismo.—En efecto, en la cláusula 1ª de la póliza se dice textualmente: "La aseguradora responderá a la Nación por el pago de todas las sumas que sean exi-

Páginas

gibles al contratista por razón del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato". Ello está indicando que es necesario determinar cuáles son las sumas exigibles al contratista al ocurrir el siniestro, por aplicación de la cláusula exorbitante en los contratos administrativos de declarar su caducidad por incumplimiento de las obligaciones del contratista.—A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio establece que: "corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso".—Con relación a la demostración de la ocurrencia del siniestro la póliza oficial de seguro indica cuándo ha ocurrido y cómo se demuestra su ocurrencia en el literal a) de la cláusula 6ª que dice: "Se entiende causado el siniestro en contratos por administración delegada cuando la aseguradora sea notificada de las resoluciones administrativas que declaren el incumplimiento parcial o total del contrato o de la imposición de las multas y sanciones estipuladas en el mismo".—De suerte que tanto la ley como la resolución reconocen claramente que en este tipo de contratos de seguro como en todos los demás, ocurren dos fenómenos diferentes pero consecuentes para determinar el monto de las obligaciones de la aseguradora: 1. La ocurrencia del siniestro y su demostración, y 2. La determinación del valor del daño o perjuicio causado y como consecuencia la determinación de las obligaciones, que se deriven a la compañía de seguros por razón de la ocurrencia del siniestro.—En las pólizas de seguros corrientes, el asegurado debe informar del siniestro a la compañía aseguradora y demostrar su ocurrencia: en la póliza oficial, el asegurado debe obrar en la misma forma pero ya está señalado cómo se informa y se demuestra la ocurrencia de ese siniestro.—Es importante, por lo tanto, estudiar cómo se determina el valor del siniestro y hasta dónde y cuándo debe concurrir la compañía aseguradora a cumplir con las obligaciones derivadas del incumplimiento del contratista.—El apelante, en el numeral 2º de su literal b), sostiene que los contratos de seguro tienen una naturaleza meramente indemnizatoria y a ello le replica la apoderada del Incora, manifestando que en este tipo de contratos no se persigue una "indemnización" sino el cumplimiento de un contrato, ya que la póliza se ha extendido para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de esos contratos. Las dos afirmaciones son en cierta forma valederas, pues estando otorgada la póliza de seguro con el objeto de garantizar a la Nación el cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, si éste incumpliere tiene la aseguradora la opción de continuar en la ejecución del contrato y cumplir así las obligaciones que el contratista no entendió como lo menciona a este efecto el literal i) de la cláusula 6ª de la póliza oficial que dice: "cesión del contrato. Si por incumplimiento del contratista la aseguradora resolviere continuar con la ejecución del contrato y la entidad asegurada estuviere de acuerdo con ello, el contratista y la entidad asegurada aceptan, desde ahora, la cesión del contrato a favor de la aseguradora". Si esto no ocurriere, obviamente la garantía de cumplimiento se traduce en indemnizar los perjuicios recibidos por la entidad por causa del incumplimiento del contratista, los que deben ser liquidados y determinados con fundamento en la decisión de caducidad decretada.—Ahora bien, el literal e), numeral 1º de la misma póliza oficial dispone cómo deberá la aseguradora pagar el siniestro una vez ocurrido y comunicado: "Si se trata del incumplimiento de una o alguna de las obligaciones pac-

Páginas

tadas en el contrato que motiven la imposición de multas por infracción a sus estipulaciones, declarado por medio de resoluciones de la entidad contratante asegurada, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento escrito que con tal fin ésta haga a la aseguradora, acompañado de una copia auténtica de la respectiva resolución ya ejecutoriada. Si la aseguradora deja de efectuar la consignación dentro del término señalado, la entidad asegurada enviará copia auténtica de la resolución al Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales para que le adelante el juicio ejecutivo, salvo en el caso de que el contratista haya pagado directamente el valor del siniestro".—De acuerdo con lo anterior y según los documentos que obran en el expediente y que fueron relacionados al comienzo de esta providencia, el siniestro por incumplimiento a las obligaciones por parte del contratista derivadas del contrato número 132 ocurrió y fue demostrado por cuanto se dictó resolución que fue debidamente notificada a las partes interesadas.—El valor de ese siniestro, realmente no fue determinado en forma expresa y clara por la resolución de caducidad y tan solo su guarismo vino a ser determinado en la cuenta de cobro que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria formuló contra la Aseguradora Colseguros, pero en esa cuenta de cobro se habla de un "valor de garantías de cumplimientos y multas" que en ningún acto administrativo debidamente dictado y notificado consta, pues las dos pólizas de seguros que se mencionan, tanto en la resolución como en el acto de mandamiento de pago están cubriendo riesgos diferentes, así: la póliza número 49676 tiene por objeto garantizar el cumplimiento del contrato número 132 de agosto 19 de 1971, celebrado con Ingenieros Contratistas del Llano, INCOLL, Limitada, y al cual se le aplicó la cláusula de caducidad que tiene como efecto la liquidación del contrato, pero en ésta no aparece efectuada ni determinada la indemnización correspondiente por razón de su liquidación. La póliza número 49677 tiene por objeto garantizar la correcta inversión del anticipo suministrado al contratista, que según la cuenta de cobro fue amortizado parcialmente hasta por un valor de $ 282.111.39. Pero las sumas exigibles a cargo del contratista no están determinadas, puesto que como consecuencia de la declaratoria de caducidad es necesario proceder a la liquidación del contrato para determinar los valores o las sumas exigibles a cargo del contratista, tanto por su incumplimiento como por las sanciones a que se hubiera hecho merecedor previo el levantamiento del acta en que se configure dicha liquidación y mediante las resoluciones administrativas necesarias que fijan ese valor y el de las multas correspondientes, de acuerdo con las cláusulas pertinentes del respectivo contrato.—En casos similares al presente, el Consejo de Estado ha revocado los respectivos mandamientos de pago precisamente porque de acuerdo con las disposiciones legales vigentes es necesario proceder a efectuar la liquidación del contrato cuando la Administración unilateralmente ha decretado su caducidad, para determinar las sumas que corresponda pagar al contratista y las cuales están garatizadas con las pólizas de garantía correspondiente.—El Decreto 150 de 1976 es explícito en señalar la forma como debe proferirse la declaración de caducidad y sus efectos, y aun cuando su vigencia es posterior al caso en estudio, vale la pena mencionarlo porque allí se recoge sistemáticamente lo que tanto la ley como la jurisprudencia han establecido.—Dice así el artículo 51: "Artículo 51. 'De la declaratoria de caducidad. La declaración de caducidad deberá

Páginas

proferirse por el Jefe de la entidad contratante, mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieran lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere del caso.—La resolución que declara la caducidad se notificará personalmente a los interesados. Si ello no fuere posible, se publicará un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva.—Contra dicha providencia cabe el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación o de su publicación' ".—En concordancia con el artículo anterior el mismo decreto trae los artículos 191 y 193 que a la letra dicen: Artículo 191. "De los casos en que procede la liquidación. Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: 'a) Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad; 'b) Cuando se haya aceptado la renuncia que del contrato hizo el contratista; 'c) Cuando se haya ejercido la providencia judicial que lo declaró nulo; 'd) Cuando la autoridad competente lo declare terminado conforme al artículo 11 del presente estatuto' ".—Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministro y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos".—Artículo 193. "Del contenido de la liquidación. Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la presentación a su cargo.—Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.—El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su gerente en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo".—Es cierto que el artículo 2º de la parte resolutiva de la Resolución 171 del Incora dispone hacer efectivas las pólizas de seguros mencionadas, pero es entendido que dentro de las condiciones, limitaciones y circunstancias legales y contractuales siendo el monto total de las mismas tan solo el límite de responsabilidad para la compañía aseguradora en función de las obligaciones que resulten exigibles a cargo del contratista como fruto de la liquidación correspondiente de su contrato.—Como en dicha resolución ni se hace mención de multas o sanciones por el incumplimiento tal como lo exije el numeral 1º del literal a) de la cláusula 6ª de la póliza oficial de seguro y en cambio la cuenta de cobro que podia asimilarse al requirimento a que se refiere el mismo numeral habla de multas sin que en ningún acto administrativo anterior se mencionen, el título ejecutivo con que se ha iniciado el juicio de cobro por jurisdicción coactiva, no reúne las condiciones necesarias para la acción ejecutiva por cuanto que las obligaciones del contratista garantizadas por la compañía de seguros no son claras ni expresas ni están concretadas en un guarismo determinado en la resolución que decretó la caducidad del contrato.—(Auto de mayo 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, la Nación contra Aseguradora Colseguros y otro.—Jurisdicción coactiva, expediente 3853) 479

26. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—CLAUSULA DE CADUCIDAD.

Páginas

De conformidad con el artículo 255 del C. C. A., se deben especificar clara y concretamente los hechos y circunstancias que configuran la causal de caducidad alegada.—La simple afirmación genérica de incumplimiento no constituye la motivación requerida por la norma citada, ni exigida por los más elementales principios de lógica y equidad.—El artículo 255 del C. C. A. ordena, perentoriamente, que la declaración de caducidad *"deberá proferirse por el Gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella"*, lo que implica, como resulta natural y obvio, que se deben especificar clara y concretamente los hechos y circunstancias que configuran la causal de caducidad alegada, entre otras cosas, para que el otro contratante conozca los cargos que se le hacen y pueda contradecirlos al hacer uso de los recursos existentes en el procedimiento gubernativo.—Si tan imposible de probar resulta la negación indefinida como la afirmación indefinida, de nada serviría al contratante particular la utilización de un recurso frente a la simple afirmación de que no ha cumplido, máxime cuando se trata de un contrato complejo y que abarca productos diversos y difíciles.—La simple afirmación genérica de incumplimiento no constituye la motivación requerida por la norma citada, ni exigida por los más elementales principios de lógica y equidad.—Por tanto, bastarían las anteriores razones para declarar la nulidad de la resolución de caducidad y de la que decidió la reposición impetrada, pero hay, además, otras razones para despachar favorablemente esta petición del libelo. — Lo anterior, es todavía más ostensible, si se tiene en cuenta que la causal para la caducidad, según el contrato, era "el notorio descuido", o "notorio incumplimiento", o "incumplimiento de obligaciones fundamentales". (Sentencia de mayo 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actores: Metalúrgica Grancolombiana y otros. — Responsabilidad contractual, expediente 1320). (Ver número 85 del índice) 414

27. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—LICITACION PUBLICA.

Quien ha sido postor en la licitación, y no necesariamente el mejor, tiene interés jurídico para demandar el acto de adjudicación y el contrato mismo.—La licitación deberá declararse desierta, pero no adjudicar a la que se considere que se acerca más al cabal cumplimiento de las normas del concurso.—Para la Sala es evidente que no le asiste razón a la Fiscalía cuando deduce la falta de interés para obrar por parte de los demandantes en el hecho de no ser a ellos a quienes se hubiera adjudicado el contrato por contener la propuesta que presentaron enmendaduras o borrones, y tener la Administración facultad para analizar otros factores para adjudicar, distintos del numérico. Como lo dijo el Consejo en providencia de 16 de julio de 1966, el interés para obrar radica en la creencia de tener un derecho, mas no en la real existencia del mismo, de ahí que el artículo 67 del C. C. A. diga que "la persona que se CREA lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo..." El interés jurídico para obrar emana de la condición, en el presente caso, de postor en una licitación; luego, para demostrar la aptitud para demandar simplemente debe probarse haber interve-

nido en la licitación como uno de los postores y no necesariamente tener la condición de mejor postor.—No puede confundirse el presupuesto de interés para obrar necesario, para poder proferir una sentencia de mérito y la condición de ser titular de un derecho vulnerado (presupuesto necesario para un fallo favorable a las pretensiones de la demanda). El primero es necesario que se presente en toda persona que acude a la jurisdicción contencioso-administrativa haciendo uso del contencioso de plena jurisdicción y el segundo es presupuesto indispensable para obtener un fallo favorable.—Como de las pruebas que obran en autos se demuestra que los actores participaron en la licitación C-17-027 para la construcción del INEM de Armenia, y que estiman o crean que sus derechos fueron desconocidos con la expedición del acto de adjudicación y con la celebración del contrato posterior, y ello podría ser así, precisamente por haber presentado propuestas para esa construcción, no puede el Consejo de Estado declararse inhibido para entrar a estudiar el fondo del negocio por falta de interés jurídico para obrar en la parte demandante.—Por esa razón, y si todas las propuestas no se ceñían a los pliegos por contener nmendaduras, borrones, etc., la obligación del ICCE debió ser la de declarar desierta la licitación, y no adjudicar a la que consideraba que más se acercó al cabal cumplimiento de las normas del concurso. De ahí que tenga razón el señor Fiscal Segundo cuando expresa que, aunque era cierto que no debió adjudicarse el contrato a la firma que a la postre resultó favorecida, tampoco podía, por razón de las enmendaduras, adjudicarse a los demandantes, ya que si la licitación no hacía distinción en cuanto a aquéllas no puede el juez aplicar la ley, distinguir. Porque no debe olvidarse, como lo ha expresado esta corporación en otras oportunidades, el hecho de permitir participar en el proceso de selección a proponentes cuyas propuestas no reúnen los requisitos exigidos por la ley o por los pliegos de cargos, esto no puede generar derechos para ello en el caso de haberse otorgado el contrato en forma ilegal, ya que de una situación ilegal no pueden emanar derechos.—En otras palabras: es procedente la anulación del acto de adjudicación por cuanto es cierto que ella fue hecha en forma violatoria de las normas de licitación (los pliegos de cargos), y por ende transgresora de la ley sustantiva, como igualmente es viable la declaratoria de nulidad del contrato celebrado posteriormente, aunque se haya vencido el plazo fijado, pues es consecuencia de la nulidad de la adjudicación. En relación con el restablecimiento de su derecho pedido por los actores, tiene que concluirse que no es del caso acceder a ello, por cuanto aunque fueron postores en la licitación, y estaban en un segundo lugar en la selección, su presencia en el proceso administrativo se debió a la no aplicación por parte del ICCE de lo establecido en el numeral c) de la condición segunda de los pliegos, ya que tampoco debieron ser incluidos en la selección de la propuesta ganadora por haber presentado una propuesta que no reunía los requisitos de las normas de la licitación. Se decretará la nulidad de la adjudicación, aunque se denieguen los intereses económicos de los actores, porque la Sala entiende que su obligación es la de corregir los yerros administrativos, recordando a las autoridades que su obligación es cumplir y hacer cumplir las leyes u obrar con lealtad y pulcritud en los asuntos que les sean encomendados y riñe contra estos principios el hecho de establecer unas reglas y luego desconocerlas la entidad que las dictó.—(Sentencia de

Páginas

mayo 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor, Sociedad Wiesner Durán y Cía. Limitada - Contratos, expediente 1422) 407

28. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Hasta la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964, toda controversia contractual en que fuera parte el Estado, era de competencia de la justicia ordinaria, tratárese de acciones rescisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo, bien que la discusión versara sobre nulidad relativa o absoluta, la competencia estaba determinada por el artículo 40 de la Ley 105 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936.—Prescripción de las acciones bajo ese régimen.—Caducidad y prescripción.—La acción contractual administrativa no tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida al Código Civil; la nulidad absoluta, 20 años (Ley 50 de 1936, artículo 2º); la rescisoria del particular, 4 años y la del Estado 8 años (artículo 1750 C. C.).—En resumen, hasta la vigencia del Decreto-ley 528 de 1964, era claro que toda controversia contractual en que fuera parte el Estado, era de competencia de la justicia ordinaria, tratárase de acciones rescisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo, bien que la discusión verse sobre nulidad relativa o absoluta la competencia estaba determinada por el artículo 40 del anterior C. de P. C., Ley 50 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936.—Bajo este régimen, la prescripción de las acciones estaba sujeta a las reglas del C. C., 20 años para la acción de nulidad (artículo 2º, Ley 50 de 1936) y 4 años u ocho, según el artículo 1750 del mismo C. C. para la acción rescisoria.—Esto en relación con la prescripción de la pretensión, fenómeno de derecho sustancial, bien distinto al fenómeno procesal de la caducidad, que no existía para esta clase de acciones mientras fueran de conocimiento de la jurisdicción ordinaria y que, mal podía aplicárseles normas especiales del C. C. A., cuando expresamente los excluía, en forma total, del gobierno de dicho estatuto el artículo 73, ordinal 1º del mismo, al incluirlas entre las controversias de las que no podía conocer la jurisdicción contencioso-administrativa.—"Es oportuno deslindar las nociones de caducidad y prescripción, porque si bien el C. C. A. emplea indistintamente esos términos cuando se trata del primero de estos fenómenos jurídicos, ello contribuye a aclarar la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio. La prescripción se predica propiamente de los derechos subjetivos y la caducidad, de las acciones que se instituyen para impetrar ante la jurisdicción competente su protección y efectividad; la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Y es obvio que los términos para el ejercicio de las acciones civiles deducibles ante la jurisdicción ordinaria rijan lo concerniente a ellas, en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinen a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado, cuando con un acto, hecho u omisión suyos, actuando en función de autoridad o de servicio oficial, lesio-

na un derecho particular. En cualquiera de estas hipótesis se trata de que se declare responsable a la persona administrativa y se le condene a indemnizar el perjuicio consiguiente. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º de octubre de 1946 (G. J., tomo LXI, páginas 583-608), cuya doctrina prohija el Consejo, estableció las diferencias esenciales que existen entre los dos fenómenos jurídicos, así: 1º Mientras que la prescripción solo tiene cabida por la vía de las excepciones, es decir, que debe ser siempre alegada, pues el juez no puede declararla de oficio, la caducidad opera siempre ipso jure, esto es, que el juez puede y debe declararla de oficio. 2º Al paso que la prescripción puede ser renunciable expresa o tácitamente, en las condiciones previstas por la ley, la caducidad no lo es nunca, porque es una institución de orden público. 3º Los términos de la prescripción, salvo algunas excepciones, siempre admiten suspensión y pueden ser interrumpidos; los de caducidad, en cambio, no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben cumplirse rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extinga irrevocablemente. 4º La prescripción supone siempre la preexistencia de una obligación, pues sus términos comienzan a correr después que la obligación deviene exigible; la caducidad, en cambio, no la supone necesariamente, porque la ley la consagra de manera objetiva para la realización de un acto o hecho".—(Sentencia, 11 de octubre de 1963, tomo LXVII, números 403 a 404, página 286).—Tanto los artículos 67 y 68 del C. C. A. como el artículo 83 del mismo estatuto, al hablar de la caducidad hacen referencia a actos administrativos, hechos u operaciones administrativas, fenómenos que tienen en común la unilateralidad de la actuación del Estado, el ejercicio de su potestad administrativa, de su imperio, distinto a los actos o hechos, realizados para perfeccionar un contrato administrativo, para cumplirlo o hacerlo cumplir, para terminarlo o declarar su incumplimiento, gestiones en las cuales, aunque utilice cláusulas exorbitantes, siempre actúa la Administración en virtud de derechos u obligaciones contractuales, actos bilaterales, o en función de los mismos.—Dispuso el artículo 30 del Decreto legislativo 528 de 1964: "La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que señala la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce: '1º en una instancia: a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos; b) De las controversias sobre responsabilidad de la Administración Nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos' ".—Distingue la norma para efectos de la atribución de competencia entre controversias contractuales en que sea parte el Estado y controversias extracontractuales en que actúe el mismo Estado y para los segundos exclusivamente para ellas, dados los antecedentes ameritados y la forma en que está concebida la norma, dispuso el artículo 28 ibidem: "Artículo 28. La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente". Por tanto, frente al acto administrativo, la acción de plena jurisdicción (nulidad y restablecimien-

Páginas

to del derecho) tiene una caducidad de 4 meses (artículo 83 del C. C. A.).—La acción indemnizatoria extracontractual, por hechos u operaciones administrativas, tiene una caducidad de 3 años, conforme al artículo 28 del Decreto legislativo 528 de 1964.—En cambio, la acción contractual administrativa, no tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida, como ya se vio, al C. C.; la nulidad absoluta, 20 años (Ley 50 de 1936, artículo 2º); la rescisoria del particular, 4 años, y la del Estado 8 años, según el artículo 1580 del C. C.—Y es que frente a las controversias surgidas u originadas en un contrato administrativo, lo único que hizo el Decreto legislativo 528 de 1964 fue cambiar la competencia, mejor, la jurisdicción y el procedimiento, sin que hubiera estatuido sobre caducidad y prescripción de las acciones y pretensiones. Es bien sabido, que las normas exceptivas son de interpretación restrictiva, sin que quepa, en tal caso, la aplicación analógica o extensiva.—(Sentencia de febrero 17 de 1977, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Instituto Colombiano de Seguros Sociales - Contratos, expediente 1775) 391

29. CONTRATOS DE ADQUISICION DE BIENES INMUEBLES RURALES Y URBANOS.

Si se trata de compra directa de inmuebles urbanos por entidades de derecho público, debe aplicarse el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, ya que las normas del 2895 de 1963 en nada contradicen, ni derogan o modifican, ni expresa ni tácitamente, su disposición sobre el requisito del avalúo del instituto, porque son normas específicas y exclusivamente aplicables a compra de bienes rurales. Y si se refiere a éstos, la compra debe hacerse de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2895.—Generalizando, el problema que plantea la consulta es el de si los establecimientos públicos del orden nacional, deben cumplir en los contratos de adquisición de bienes inmuebles, rurales o urbanos, con el requisito de ajustarse al avalúo que haga el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2927 de 1954, o si, en virtud de lo que dispone el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, para estas adquisiciones solo obliga el avalúo en tratándose de predios rurales, como parece afirmarlo en uno de los apartes de su comunicación el despacho consultante.—Con el fin de determinar el régimen legal de estos contratos, debe anotarse que el artículo 32 del Decreto 3130 de 1968 estatuye que los contratos de los establecimientos públicos deberán contener las cláusulas que la ley exige para los del Gobierno, en lo tocante a garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas. Disposición que ha hecho deducir que tales contratos son administrativos por la aplicación en ellos de esas prerrogativas propias del Poder Público, conclusión reforzada por la adscripción de las controversias que en su ejecución surjan al conocimiento de la Justicia Administrativa, como lo prescribe el artículo 36 del mismo Decreto, cuando se haya pactado la cláusula de caducidad.—Todo esto corresponde bien a la definición del establecimiento público como entidad descentralizada que desarrolla sus actividades conforme a las reglas del Derecho Público, según el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968 y a la naturaleza de su actividad ordinaria que, de acuerdo con la misma definición, es pri-

Páginas

mordialmente ejercicio de funciones administrativas.—De manera que si la tendencia legislativa observada en las normas que se citan es la de asimilar los actos de los establecimientos públicos a los de la Administración Central, en cuanto a su régimen de derecho, en principio, no hay duda sobre la aplicación del artículo 6º del Decreto 2927 a los contratos a que se refiere la consulta, tanto más si se tiene en cuenta el carácter absoluto de sus términos, que no da lugar a excepción alguna, por razón de la naturaleza del ente contratante, ni por la del inmueble que se adquiere, ya que el texto no distingue sujetos ni tampoco la clase de bienes objeto de compraventas.—Pero la duda surge cuando se advierte que la norma posterior y especial, contenida en el artículo 7º del Decreto 2895 de 1963, podría haber modificado la del 6º del Decreto 2927, en el sentido de excluir la forzosidad del avalúo hecho por el mencionado Instituto para la compra directa de bienes urbanos, por entidades de derecho público, reservando tal requisito por los rurales.—Para dilucidar este punto ha de tenerse en consideración que, mientras el Decreto 2927 es un decreto que regula aspectos generales propios de contratos administrativos y dentro de ellos, los de adquisición de inmuebles, sin diferencia los rurales de los urbanos, el Decreto 2895 se refiere exclusivamente a bienes rurales, en cuanto al efecto de sus avalúos inciden en aspectos tributarios y expropiaciones, y, finalmente, compraventa de los mismos por entidades de derecho público, subordinándola a su precio catastral.—O sea que, este segundo decreto tiene el carácter de un estatuto especial en cuanto a su materia que es la de los fundos rurales en los aspectos anotados, y por ser especial y posterior prima en tales aspectos sobre las normas del Decreto 2927, siguiendo las reglas sobre interpretación dadas por la Ley 153 de 1887, artículo 2º, en aquellos puntos en que sus disposiciones sean distintas o incompatibles con las del primeramente citado, pero deja vigentes las normas que no pugnan con las de la nueva ley al tenor del artículo 72 de la misma ley.—Integrando, pues, los dos estatutos en el tema de la consulta se tiene que, si se trata de compra directa de inmuebles urbanos por entidades de derecho público debe aplicarse el artículo 6º del Decreto 2927 ya que las normas del 2895 en nada contradicen, ni derogan o modifican, ni expresa ni tácitamente, su disposición sobre el requisito del avalúo del Instituto, porque son normas específica y exclusivamente aplicables a compra de bienes rurales. Y si se refiere a éstos, la compra debe hacerse de conformidad con el artículo 7º del Decreto 2895.—(Concepto de febrero 4 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica.—Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones y autorizada su publicación mediante oficio 578 de junio de 1977 de ese Ministerio) 9

30. CONTRATOS DE APARCERIA.

Se declara la nulidad del literal c) del artículo 7º y el literal a) del artículo 21 del Decreto 2815 de 1975, "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 6ª de 1975".—La simple comparación de la norma contenida en el artículo 6º de la Ley 6ª de 1975, con las disposiciones de los literales c) del artículo 7º y a) del artículo 21 del Decreto reglamentario 2815 de 1975, demuestra, sin necesidad de mayor análisis, que mientras el legislador creó para las partes una simple fa-

Páginas

cultad, una posibilidad, de que se entregue al aparcero, además de la parcela contratada, una porción adicional de tierra, a título gratuito, para su explotación, el reglamento convierte esa facultad en obligación.—Surge lo anterior de la simple consideración del sentido natural y obvio de los términos usados por el legislador "PODRAN" y del reglamento "ENTREGARA", "SON OBLIGACIONES...". — Reiteradamente ha dicho esta corporación que la potestad reglamentaria solo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, pero el Gobierno so pretexto de su ejercicio, no puede ni ampliar, ni restringir, ni contrariar el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley o contrariándolas, porque ello no sería reglamentar, sino legislar. El decreto reglamentario debe estar contenido implícitamente dentro de la ley reglamentada, so pena de que se viole el artículo 120, ordinal 3º de la Carta Fundamental, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y, obviamente, la misma ley reglamentada, que es, precisamente, lo que ha ocurrido en el asunto *sub júdice* y por ello, la demanda prospera.—(Sentencia de abril 15 de 1977.—Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Hernando Carvajal O.—Acción de nulidad contra los literales c) del artículo 7º y a) del artículo 21 del Decreto reglamentario número 2815 de 1975. Expediente 2034) 162

31. CONTRATOS DE COMPRA Y PERMUTA DE INMUEBLES A NOMBRE DE LA NACION.

Titular actual de la facultad para celebrar esta clase de contratos. De conformidad con la Constitución y el Decreto-ley 150 de 1976, es competente el Presidente de la República para celebrar los contratos administrativos a que ese decreto se refiere, conforme a la respectiva ley de autorizaciones y a la ley de apropiaciones y el lleno de los demás determinados requisitos, contratos entre los cuales están la adquisición y permuta de los bienes inmuebles: El Presidente de la República está autorizado, constitucional y legalmente, para delegar, dentro de los límites indicados, en forma permanente o para casos concretos, la facultad de celebrar esos contratos, en los Ministros, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Gobernadores. Esta delegación está concretada en el Decreto ejecutivo 496, de marzo 12 de 1976.—En discrepancia con lo anterior está el Decreto-ley 154 de 1976, reestructura del Ministerio de Obras Públicas, que expidió también como el 150 de 1976, con base en las facultades de la Ley 28 de 1974, porque atribuye en forma directa la competencia a dicho Ministerio para "adquirir, diseñar y construir los inmuebles que requiere la Nación para su servicio..." y adscribe al mismo Ministerio el Fondo de Inmuebles Nacionales, creado por la Ley 47 de 1971, como organismo ejecutor de la política de obras públicas, que es un establecimiento público que tiene como representante legal al Ministerio de Obras Públicas, y que ejerce, por conducto de la Dirección General de Inmuebles Nacionales, Oficina del Ministerio, sus señaladas atribuciones de "construir y adquirir los inmuebles que requiera la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento", con excepción de "los inmuebles

Páginas

nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, los hospitales y aquellos cuya adquisición y administración corresponden al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores".—Cuál, así planteado el conflicto de normas, podría ser la interpretación adecuada.—La Sala aprecia, en principio y por vía de análisis, que el Decreto-ley 154 de 1976 parece contrario a la disposición constitucional que atribuye al Presidente de la República la facultad de celebrar contratos administrativos o la respectiva autorización legal, bien en forma directa, con sujeción o por conducto de dichos Ministerios, Departamentos Administrativos y los Gobernadores, pero mediante la delegación autorizada en nuestro orden jurídico, sujeta a ésta en su ejercicio a los requisitos legales.—De otra parte, parece que el indicado decreto-ley rebasó la ley de facultades —la 23 de 1974— porque concede la atribución en estudio al Ministerio de Obras Públicas y Transporte por fuera de las autorizaciones, que, en lo pertinente, están circunscritas a "modificar la estructura de los Ministerios y Departamentos Administrativos, suprimiendo cargos y redistribuyendo funciones".—Así mismo es notorio que el Decreto 154 de 1976 quebranta la definida estructuración contractual para la Nación que se propuso el Gobierno Nacional, cuando como legislador extraordinario expidió el Decreto-ley número 150 de 1976. — Podría pensarse, por lo anterior, que la indicada incompatibilidad con la Constitución haría inaplicable el Decreto-ley 154 de 1976, en lo que concierne a la adquisición que sobre inmuebles se contempla, al tenor del artículo 215 de dicha Carta cuando establece que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Consecuencia sería, desde luego, la aplicación de los contratos en alusión de las normas del Decreto-ley 150 de 1976. — Estatuto contractual, los decretos ejecutivos que se han dictado en su desarrollo, y tenerse de presente que ese decreto-ley "por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre los contratos de que trate...". Sin embargo, aparecen también para la Sala otras razones de especial consideración que permiten afirmar, como en efecto lo hace, la aplicación en lo pertinente, del Decreto-ley 154 de 1976. Se trata de una regulación especial para los contratos de adquisición de inmuebles. El decreto empezó a regir el 25 de febrero de 1976, con vigencia posterior al 150 de 1976, que la inició el 18 de los mismos mes y año. El citado decreto-ley derogó "las disposiciones que le sean contrarias", contenidas incluso en el reciente Decreto 150 de 1976 y sus desarrollos correspondientes. El decreto, en definitiva, está vigente y por su naturaleza, tiene jerarquía equivalente a la ley dictada directamente por el Congreso Nacional. Así mismo, no parece impropio creerse que, el legislador extraordinario quiso, al dictar el decreto en referencia, aprovechar la experiencia y especialidad en obras públicas del Ministerio del Ramo, centralizando en el mismo la adquisición de los inmuebles que ya se han indicado para el buen servicio público.—Es importante anotar, que aunque aparezca por la Ley 47 de 1971, concedida la facultad de celebrar algunos contratos de adquisición de inmuebles al establecimiento público Fondo de Inmuebles Nacionales, cuando, como se dijo, es atribución, según la Constitución Nacional concedible al Presidente de la República y delegable por éste en un Ministro, Jefe de Departamento Administrativo y

Gobernadores, esa situación resulta meramente formal y aparente porque es lo real y cierto que, por mandato de la misma ley, el Ministerio de Obras celebre los contratos como representante legal de dicho Fondo, éste tiene que realizar sus funciones por conducto de la Dirección General de Inmuebles Nacionales de ese Ministerio, al que está también adscrito y constituye uno de los organismos ejecutores de la política del mismo. Estas últimas circunstancias indican una innegable dependencia jerárquica del Fondo al Ministerio, y hacen que sea el Ministerio el que, en definitiva, dirige, encauza y ejerce las funciones del mencionado Fondo, cuestiones a las que concede la Corte Suprema de Justicia especial énfasis y relievancia, en sentencia de enero 22 de 1970, cuando al analizar el alcance de la adscripción acepta la dependencia de la Superintendencia al respectivo Ministerio a que la ley le ha adscrito.—Aceptado que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte es el competente para celebrar contratos de adquisición de inmuebles para la Nación, cabe precisarse que éstos tienen que celebrarse con sujeción a la respectiva autorización legal, porque es sabido que en nuestro Derecho Público una persona o entidad no puede realizar sino lo que expresamente le esté permitido o encomendado por la Constitución o la ley. En cuanto se carezca de esa facultad legal no existe la competencia especial para esos contratos, que deberán regirse por el Decreto-ley 150 y sus decretos complementarios.—Como respecto del contrato de permuta del inmueble nada dispone el Decreto-ley 154 de 1976 sobre la persona o entidad facultada para celebrar a nombre de la Nación, en tal situación habrá de estarse a lo establecido en el Decreto 150 de 1976. De la misma aplicación del Decreto-ley 154 de 1976 surge que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte puede, con base en la Ley 47 de 1971, que es de autorización general y permanente, y su decreto reglamentario 369 de 1972, como representante legal del establecimiento público Fondo de Inmuebles Nacionales, celebrar contratos por conducto de su Oficina la Dirección General de Inmuebles Nacionales, para "construir y adquirir los inmuebles que requieran la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento". El indicado decreto precisa la existencia del Fondo, lo adscribe al Ministerio de Obras Públicas y prescribe que sus funciones las realiza por conducto de ese Ministerio, Oficina Dirección General de Inmuebles Nacionales.—Con base en lo anterior, la Sala responde: 1. En la actualidad tiene el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por atribución legal directa, la facultad de celebrar los contratos de adquisición de inmuebles a nombre de la Nación, según el Decreto-ley 154 de 1976, y con sujeción a la autorización y prescripciones legales.—2. Subsiste la existencia legal del Fondo de Inmuebles Nacionales, y está vigente la función atribuida al mismo en el literal b) del artículo 1º de la Ley 47 de 1971; en consecuencia, tiene el Ministerio de Obras Públicas y Transporte la facultad, en representación de dicho Fondo y con base en esa misma ley de autorizaciones, los contratos de adquisición de inmuebles con destino a la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento, "CON EXCEPCION de los inmuebles nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, los hospitales y aquellos cuya adquisición y administración

Páginas

correspondan al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores".—Como consecuencia del numeral anterior, para la adquisición de los inmuebles comprendidos en las citadas excepciones, habrá de observarse, respecto de la persona o entidad competente para celebrar los contratos, lo que establezca el Decreto-ley 150 de 1976 y sus decretos de desarrollo, en armonía con la respectiva ley de autorizaciones.—En relación con la persona o entidad competente para celebrar los contratos de permuta de inmuebles a nombre de la Nación, debe cumplirse lo prescrito en el Decreto-ley 150 de 1976 y los decretos dictados para su realización.— (Concepto de mayo 3 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas.—Consulta formulada por el Ministro de Justicia, y autorizada su publicación mediante oficio 151 de ese Ministerio) ... 47

32. CUENTA DE COBRO POR SERVICIOS PUBLICOS. PROCESO EJECUTIVO.

Naturaleza del proceso.—Significación de la expresión "título ejecutivo o mérito ejecutivo".—La cuenta que en desarrollo de un contrato pase cada determinado lapso de tiempo una entidad pública a un particular y en la que conste la suma que éste debe pagar por razón del servicio que aquélla le prestó, no puede, en manera alguna, prestar mérito ejecutivo para iniciar contra el usuario acción ejecutiva.—El juicio o proceso ejecutivo, en oposición al ordinario, tiene o está sometido a tramitación especial mucho más breve, precisamente en razón de los fines que mediante él se persiguen y que no son otros que hacer efectiva una determinada obligación clara y precisa, proveniente del deudor y que tiene carácter de exigible. No se trata de promover una controversia judicial para establecer o definir quién tiene el derecho. Dentro del proceso ejecutivo el derecho está declarado de antemano en el título que proviene del deudor, en el cual está establecida claramente la obligación a su cargo y, como antes se dijo, su carácter de exigible. Las prestaciones encontradas que las partes someten en un momento dado a la decisión de los jueces para que éstos, en nombre de la República y por autoridad de la ley, declaren quién tiene la razón y a cuánto asciende la correspondiente prestación, son controversias propias del juicio ordinario, que no se compadecen con la índole del proceso ejecutivo. En éste no se trata de definir el derecho, sino de hacer efectivo o hacer cumplir el que ya está definido por el mismo deudor.—Como tesis general, el título que sirve de fundamento al juicio ejecutivo debe provenir del deudor. Por esto tiene excepciones, obvias y muy lógicas por lo demás; una sentencia ejecutoriada, por ejemplo, presta mérito ejecutivo y con ella puede iniciarse el correspondiente juicio. — Y esto porque esa providencia contiene precisamente la declaración de un derecho hecha por la autoridad judicial correspondiente y no se trata, por lo mismo, de entablar una controversia para establecerlo. Resta tan solo ejecutarlo, o hacerlo cumplir, que es exactamente el fin que se persigue dentro del juicio ejecutivo.—También, con base en las obligaciones de impuestos, puede adelantar el Estado ejecución especial contra los particulares, sujetos pasivos de las mismas. Lo anterior es suficiente para concluir que la cuenta que en desarrollo de un contrato, pasa cada determinado lapso de tiempo una entidad pública a un particular y en la que conste la suma que éste debe pagar por razón del servicio

Páginas

que aquélla le prestó, no puede en manera alguna prestar mérito ejecutivo o constituir título del mismo carácter para iniciar contra el usuario acción ejecutiva; ese documento, cuenta o recibo, no proviene del deudor, condición esencial para la viabilidad de la acción ejecutiva.—La cuenta de que se trata ha sido formulada y proviene exclusivamente del acreedor y no establece, por lo mismo, una obligación aceptada expresamente por el supuesto deudor. Es igual a la que cualquier persona puede pasar a otra en razón de cualquier clase de servicios y así, es susceptible de reclamar y puede dar lugar a una serie de objeciones y controversias que no solo no se compadecen, sino que están en abierta contradicción con la significación y con la índole de lo que en la ciencia del procedimiento civil se denomina proceso ejecutivo.—La cuenta que se pasa al particular por servicios del tipo de los de que se trata, puede estar equivocada, como de hecho lo está frecuentemente: puede haberse formulado por servicios que, no se han prestado en el tiempo a que la cuenta se refiere; la obligación de pagarla puede no ser de la persona a quien está dirigida, etc. En estas condiciones, mal puede la Justicia, por los trámites del proceso ejecutivo, ordenar el cumplimiento o la ejecución de una obligación configurada unilateralmente, precisamente por la parte acreedora. Se repite: esa presunta obligación no proviene del deudor. Las cuentas de que se trata no prestan mérito ejecutivo.—(Concepto de mayo 2 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes.—Consulta formulada por el Ministro de Agricultura y autorizada su publicación mediante oficio 2933 de ese Ministerio). (Ver número 42 del índice) 42

33. CONSULTA.

El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta, en subsidio del recurso de apelación si la entidad de derecho público fue condenada en primera instancia a pagar una suma superior a $ 2.000.00, según el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956.—Como expresó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia proferida el 26 de octubre de 1971, de conformidad con el artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, por regla general la competencia para conocer de las acciones de plena jurisdicción de carácter nacional, exceptuadas las laborales y las que tienen un régimen especial, corresponde a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado, según la cuantía, a saber: *en única instancia* conocen los Tribunales hasta la cuantía de $ 30.000.00 y, *en primera,* hasta la de $ 100.000.00.—El Consejo es competente para conocer en única instancia, de las acciones de cuantía superior a esa suma.—El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta, en subsidio del recurso de apelación, en beneficio exclusivo de la entidad de derecho público si, además, como dispone el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956, fue condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00. De donde se deduce que, para que sea procedente el grado de consulta, es necesario que se trate de un juicio del conocimiento del Tribunal en *primera instancia* y que la entidad de derecho público condenada a pagar una suma superior a $ 2.000.00 no haya interpuesto el recurso de apelación.—(Auto de febrero 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero sustanciador, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Iván Amaya V.--Acción de nulidad contra las Resoluciones 0824 de

Páginas

1975 y 04170 de 1975, proferidas por la Superintendencia Nacional de Sociedades, expediente 2587, con salvamento de voto del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives). (Ver número 23 del índice) 236

D

34. DECRETOS DEL GOBIERNO.

El Consejo de Estado no es competente para conocer de la acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 140 de 1975, sino la Corte Suprema de Justicia, porque es un decreto especial.—De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, esta corporación no es competente para conocer de la acción de nulidad promovida contra el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, sino la Corte Suprema de Justicia, a causa de que es un decreto especial, dictado con base en la Ley 7ª de 1943 y, en consecuencia, debió declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de mérito, por los siguientes motivos: 1º El Consejo de Estado, por auto del 2 de marzo de 1971 que fue confirmado por el proferido el 5 de junio siguiente, consagró la doctrina según la cual el Decreto 1246 de 1969, por el cual el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo Subregional Andino, expedido con base en las *facultades ordinarias* que le otorgara el artículo 2º de la Ley 86 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 convenientes para el desarrollo" del Tratado de Montevideo, tiene por fundamento el artículo 76, ordinal 11 de la Constitución conforme al cual el Congreso puede autorizar al Presidente, mediante ley, para ejercer, fuera de las atribuciones que el precepto menciona por vía de ejemplo, otras dentro de su "órbita constitucional". (*Anales*, tomo XXX, páginas 136 a 141, 161 a 166). Este criterio fue reiterado por la Sección Primera, en sentencia de fecha 19 de agosto y 29 de noviembre de 1971, por las cuales, respectivamente, se declaró inhibida para conocer de las acciones de nulidad promovidas contra los Decretos números 46 de 1965 y 1095 de 1970 (*Anales*, tomo XXXI, páginas 92 a 97), porque consideró que fueron expedidos por el Gobierno con base en las *facultades especiales* que le dieron las Leyes 7ª de 1943 y 105 de 1953, hasta el punto de que la Corte los declaró inexequibles, respectivamente, por sentencias proferidas el 3 de marzo de 1971 (Foro Colombiano, número 22, página 372) y el 23 de enero de 1974 (Foro Colombiano número 56, páginas 48 a 51). De manera que es jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado que estos decretos, *los expedidos por el Gobierno con base en las facultades que le diera la Ley 7ª de 1943*, son especiales, tienen fuerza de ley y están comprendidos en la categoría a que se refiere el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución.—2º La Corte afirma el criterio. Así, por sentencia del 3 de marzo de 1971 *únicamente* declaró la exequibilidad del Decreto 46 de 1965, "por el cual se dictan disposiciones especiales sobre el control de precios", tras considerar, en cuanto a su competencia, que "el Decreto 46 de 1965 fue dictado por el Presidente de la República 'en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las autorizaciones que le confiere la Ley 7ª de 1943', *autorizaciones éstas comprendidas en*

las que contempla genéricamente el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, cuando versan sobre ejercicio de 'funciones de la órbita constitucional' por parte del Gobierno, y en virtud de facultades expresamente concedidas por la ley. Por esta razón la Corte es competente para conocer de la presente demanda, a tenor de la atribución segunda del artículo 124 de la Constitución". (Foro Colombiano número 22, página 372) (subrayo). Nótese que este Decreto, el número 140 de 1976, objeto de la sentencia que no comparto, se dictó con base en la Ley 7ª de 1943, lo que demuestra *que son de idéntica naturaleza jurídica.* Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 26 de julio de 1971 y del 30 de enero de 1972, respectivamente, se abstuvo de resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1º y declaró exequibles los artículos 2º y 3º del Decreto 1245 de 1971, "por el cual se pone en vigencia el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros", expedidos con base en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución, por lo mismo de la competencia de la Corte (Foro Colombiano, número 25, páginas 5ª a 22 y número 31 páginas 25 a 34). Estas dos sentencias se profirieron por mayoría, pero las discrepancias se debieron a aspectos de fondo, *no a la competencia de la Corte, sobre la cual, como en la sentencia del 3 de marzo de 1971, antes referida, hubo unanimidad de criterio.*—3º Demanera que, según lo expuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado coincidía con el de la Corte Suprema de Justicia, *"en cuanto a considerar que los decretos dictados con base en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 7ª de 1943* son especiales, de los que puede expedir el Gobierno, dentro de su órbita constitucional" con base en el artículo 76, ordinal 11, de la Carta, porque se fundan en un mandato legal que cumplen teniendo en cuenta su finalidad, con fuerza de ley, y por lo mismo, son de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, según lo prescrito por el artículo 214 de la Constitución. Pero la sentencia que motiva mi discrepancia contraría la expuesta jurisprudencia de las dos corporaciones, Consejo y Corte, para afirmar que aquél también es competente para conocer de la acción de nulidad promovida contra el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, con la obvia consecuencia consistente en que éste también afirme, y con razón, en la suya existía la posibilidad de que como el mismo acto se puede acusar de inconstitucional ante las dos entidades, o ante cualquiera de ellas, pese a que, como la Constitución constituye un todo, una unidad lógica jurídica, por definición no es posible que coexistan dos idénticas competencias en los dos máximos organismos jurisdiccionales, con todas las consecuencias injurídicas que de ello deriven y con claro desconocimiento del artículo 214 de la Carta que las diferencia e impide confundirlas. Por el contrario, al instituir el artículo 217 de la Constitución el Tribunal Disciplinario, entre otras finalidades para "dirimir los casos de competencias que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa", buscó evitar el conflicto que podría promoverse, a pesar de esos dos muy claros preceptos de la Carta, entre las dos jurisdicciones. De ahí que sorprenda la afirmación del señor Fiscal Primero de la corporación, al conceptuar que el Consejo de Estado es competente de la acción propuesta, en el sentido de que tal aserción tiende a corregir las contradicciones del Consejo de Estado sobre la materia: *La verdad es la contraria: la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia era reiterada, uniforme y armónica con la de la Corte Suprema de Justicia, pero la sentencia de que di-*

Páginas

siento quebrantada esa unidad y crea la posibilidad del conflicto entre los dos máximos organismos jurisdiccionales.—4º En consecuencia, ante la expuesta jurisprudencia de la Corte, la sentencia que motiva mi discrepancia, por este aspecto, debió someter el conflicto de competencias que creaba a la decisión del Tribunal Disciplinario, como prescriben los artículos 217 de la Constitución y 7º, ordinal 3, de la Ley 20 de 1972. Pero, *como no obró así, creó un conflicto latente de competencia entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que ni siquiera trató de resolver, con violación de los mencionados preceptos y de los artículos 214 y 216 de la Carta, éste porque aplicó, sin ser del caso, y aquél porque no lo observó, como correspondía.*—5º La sentencia que origina mi discrepancia afirma que las expuestas decisiones de la Corte no son pertinentes al caso, porque atañe a la aprobación del Pacto Andino, al Estatuto de Capitales y a una zona franca, pero como aspecto de fondo, como las materias de que versan, pero *en todos ellos existe, como aspectos comunes, que se expidieron por el Gobierno con base en facultades ordinarias conferidas por la ley y que, por esta causa, la Corte Suprema de Justicia a todos consideró como especiales, dictados con fundamento en el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución.*—6º Es verdad, que, antes de que se expidiera el artículo 4º del Acto Legislativo número 1 de 1945, el cual, con la reforma que le hiciera el artículo 6º del Acto Legislativo número 1 de 1968, corresponde al actual artículo 32 de la Constitución, la intervención en la economía solo se podía efectuar por medio de leyes; pero, por una parte, ello no implicaba que el Gobierno no pudiera ejercer las funciones ordinarias que tales leyes le atribuyeran, como las prescritas por los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 7ª de 1943, de conformidad con la atribución constitucional, prescritas por el artículo 120, ordinal 2º, de la Carta, de "promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento". Además, expedida la Reforma Constitucional de 1945, ratificada en este aspecto por la de 1968 —en cuya vigencia se expidió el Decreto 140 de 1975—, el Gobierno debe efectuar la intervención económica que incumba al Estado "por mandato de ley"; el mandato implica un mandatario, el Gobierno, que lo debe ejecutar. Así lo entendió la Corte al declarar exequible, por sentencia proferida el 30 de noviembre de 1948, el parágrafo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943, mediante el análisis de su contexto en directa y conexa relación con los artículos 1º y 2º ibidem (G. J., tomo LXV, páginas 34 a 43).—De este modo, y habida consideración de la unidad lógica jurídica de la Constitución, el actual artículo 32 de la Carta amplió las atribuciones constitucionales del Gobierno, las cuales, por lo mismo, también por este aspecto, son de su "órbita constitucional".—7º La jurisprudencia y la doctrina, que la sentencia cita, no son pertinentes al caso, que versa sobre la naturaleza jurídica del Decreto 140 de 1975, porque exclusivamente atañen al sentido y al alcance de la potestad reglamentaria, sobre la base de que la materia objeto de la reglamentación está contenida en la ley reglamentada. Pero, en el caso sub júdice, el Decreto 140 de 1975, dictado, como reza su enunciado, con base en la Ley 7ª de 1943, no está contenido en ésta, porque su artículo 2º, que es pertinente al caso, simplemente autoriza al Gobierno para dictar "las medidas del control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue la ley".—8º La sentencia de que discrepo invoca la proferida por la Sala Plena el 21 de julio de 1976, por la cual negó la petición para que declare la nulidad

Páginas

del artículo 8º del Decreto 140 de 1975. Pero, esta sentencia no verificó la existencia de la expuesta jurisprudencia de la corporación para decidir, *motivadamente,* si mantenía o cambiaba la jurisprudencia. No lo hizo así, pero afirmó su competencia para conocer de la acción no obstante reconocer que el Decreto 140 de 1975, expedido por el Gobierno, con base en la Ley 7ª de 1943 y en el Decreto legislativo número 3082 de 1966, es de los calificados de "especiales" y no de los "propiamente reglamentarios", para concluir, contradictoriamente, que "tampoco es de los comprendidos en los ordinales 11 y 12 del artículo 76, ni en los artículos 80, 121 y 122 de la Constitución *si, según la sentencia, se trata de un decreto 'especial, diferente de los decretos-leyes y de los 'propiamente reglamentarios', expedido por el Gobierno con base en la Ley 7ª de 1943 y en el Decreto legislativo 3092 de 1966, no puede ser sino de los comprendidos por el artículo 76, ordinal 11, de la Constitución y, por lo mismo, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución, de la exclusiva competencia de la Corte Suprema de Justicia".—En conclusión:* De todo lo expuesto, considero que la Sala debió declararse inhibida para conocer de la acción de nulidad propuesta contra el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en los artículos 32 y 76, ordinal 11, de la Constitución, y 2º de la Ley 7ª de 1943, porque su juzgamiento, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución, corresponde a la Corte Suprema de Justicia.—(Salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, a la sentencia de marzo 22 de 1977 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de que fue ponente el Consejero Alvaro Pérez Vives. Actor, Fernando Londoño.—Acción de nulidad contra el Decreto 140 de 1975, expediente 2314). (Ver números 1 y 65 del índice) 132

35. DESTITUCION.

En toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe forzosamente determinarse un periodo de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, el cual puede oscilar entre un día y un año.—De acuerdo con el artículo 160 del Decreto 1950 de 1973, citado por el señor Ministro en su consulta, el Jefe o autoridad nominadora a quien corresponde imponer la sanción de destitución cuando a ella hubiere lugar (artículos 13 del Decreto 2400 y 142 del Decreto 1950), debe determinar en la providencia respectiva el tiempo de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos.—De aquel texto es forzoso concluir que la sanción principal, la de destitución, debe ir acompañada de la accesoria de inhabilidad. Esto es obligatorio y no simplemente potestativo de la autoridad encargada de imponer las sanciones. En concepto de la Sala, la aplicación forzosa de la sanción accesoria a que antes se aludió, es consecuencia obvia de lo dispuesto en el literal c) del artículo 4º del Decreto 2400 de 1968, reformado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año. En esta última disposición se establece que para ejercer un empleo en la Rama Ejecutiva del Poder Público se requiere, entre otras cosas, "no haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción, se determinará el tiempo de la inhabilidad, que no podrá ser mayor de un año". Y apunta aquí la Sala: si para desempeñar un cargo en la Rama Ejecutiva del Poder

Páginas

Público se requiere no haber sido retirado del servicio por destitución, esto último no quiere decir cosa distinta de que la sanción en referencia lleva aneja la accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos, inhabilidad que va de un día, hasta un año como máximo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2400 y en el 160 del Decreto 1950.—Para los efectos indicados anteriormente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 146 y 166 del Decreto 1950 varias veces mencionado, las sanciones disciplinarias de multa, suspensión y destitución, cuando no pudieren hacerse efectivas por cesación definitiva de funciones del empleado, se anotarán en la hoja de vida del sancionado para que surtan sus efectos como antecedente para el ejercicio de empleos públicos, según se lee en la primera de las disposiciones últimamente citadas. Y copias de las providencias mediante las cuales se impongan sanciones disciplinarias, se archivarán con la hoja de vida del empleado para efecto de registro de antecedentes e información, según dispone el artículo 166.—De lo dicho antes es forzoso concluir que cuando la autoridad nominadora, a quien corresponde imponer la sanción disciplinaria de destitución, como ya se dijo, dicte la correspondiente providencia, debe forzosamente imponer la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos. Esto constituye mandato inequívoco de la ley y, como antes se anotó, es consecuencia obvia de lo dispuesto en las disposiciones legales que establecen los requisitos para ingresar al servicio público en la Rama Ejecutiva del Poder.—Así, pues, a la primera parte de la pregunta del señor Ministro de Hacienda se responde que en toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe imponerse la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y determinarse, igualmente, la duración de dicha inhabilidad. Como ya se insinuó, esto no es facultativo de la autoridad a quien compete imponer la sanción: es imperativo legal. En cuanto hace a la segunda parte de la pregunta, observa la Sala que por las faltas disciplinarias, enumeradas en el artículo 132 del Decreto 1950, no es posible aplicar sanciones distintas de las contempladas en el artículo 140 del estatuto en mención. Por lo mismo no se ve cuál pueda ser la sanción "equivalente" a destitución, a que se refiere la segunda parte de la cuestión en estudio. A menos que pudiera considerarse "equivalente" alguna otra de las sanciones previstas en el artículo 140. Pero si se tratare de esto último, no puede hablarse propiamente de equivalencia. Se habría aplicado sencillamente sanción distinta de la de destitución, caso en el cual no habría lugar a la sanción accesoria de inhabilidad, que no está prevista en la ley sino para los casos de destitución.—Es obvio que las faltas disciplinarias son susceptibles de calificación en cuanto se refiere a su gravedad y de acuerdo con ellas deban graduarse las sanciones. Y para ello los funcionarios a quienes tal función corresponde y la Comisión de Personal, deben tener en cuenta las disposiciones contenidas en los Capítulos III, IV, VI y VII del Decreto 1950 de 1973, en donde se establecen normas y se fija el criterio que debe presidir aquella calificación y la determinación de las correspondientes sanciones. Y es claro que ahí puede jugar con cierta amplitud el sentido del de justicia el funcionario a quien el mismo Decreto 1950 atribuye la facultad de imponer las sanciones dentro del proceso disciplinario. Así puede concluir que la sanción para determinado caso no debe ser la de destitución sino otra de las enumeradas en el artículo 140. Y como

Páginas

ya se dijo, si la aplicable no es la de destitución, no hay lugar a la accesoria de inhabilidad. En síntesis: en toda providencia que disponga la destitución de un funcionario, debe forzosamente determinarse un período de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, el cual puede oscilar entre un día y un año. No puede darse, dentro de la técnica del Decreto 1950, el caso de una sanción equivalente a destitución. Pueden aplicarse sanciones distintas a esta última, según el caso y de acuerdo con la gravedad de la falta, sin que entonces haya lugar a imponer la inhabilidad, pues como se ha dicho y repetido, esta no está prevista en la ley sino como sanción accesoria a la de destitución.—(Concepto de junio 1º de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes.—Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y autorizada su publicación mediante oficio número 348 de ese Ministerio, radicación número 1139) 55

E

36. EMPLEADOS DEL CONGRESO.

El beneficio de la relativa estabilidad, consagrado por la Ley 54 de 1968, es aplicable también a los empleados del Congreso que se encuentren en interinidad.—De suerte que el problema jurídico a dilucidar es el de si el beneficio de la relativa estabilidad que consagra la norma antes citada es aplicable también a aquellos empleados del Congreso que se encuentren en interinidad, o si solo ampara a quienes hayan sido designados en propiedad, tal como lo sostiene la sentencia apelada.—La Sala considera conveniente transcribir, para un mejor entendimiento, los artículos 2º y 5º de la Ley 54 de 1968, que dicen: "Artículo 2º Sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo anterior, a partir de la sanción de la presente Ley, los empleados que elijan las Cámaras Legislativas y las Comisiones Constitucionales Permanentes tendrán, respectivamente, el mismo período de éstas y aquéllas y no podrán ser removidos sino en caso comprobado de mala conducta o justa causa, debidamente motivada en las resoluciones respectivas, acordes con las normas reglamentarias internas expedidas por las correspondientes Comisiones de las Mesas Directivas de cada Cámara. Parágrafo. Al igual que los empleados contemplados en este artículo, los designados por las Comisiones de las Mesas Directivas de las Cámaras tendrán el mismo período que aquéllos y solo podrán ser removidos por causales de mala conducta o justa causa.—Artículo 5º Los empleados de las Comisiones Constitucionales Permanentes podrán ser removidos por éstas, de acuerdo con el artículo 2º de esta Ley, cuando la Mesa Directiva de la respectiva Comisión presente ante sus miembros justas causas motivadas para la destitución".—Como puede observarse, las normas arriba transcritas se refieren, en forma general, a los empleados que elijan las Cámaras Legislativas y las Comisiones Constitucionales, sin hacer distinción ninguna entre empleados en propiedad y en empleados en interinidad, por lo cual no ve la Sala razón valedera para afirmar, como lo hizo el a quo, que el beneficio de la relativa estabilidad solo ampara a los empleados que se encuentren en propiedad. Además, si se aceptara la tesis del Tribunal y de la Fiscalía de la corporación, se destruiría la finalidad de la ley, no tendría ella eficacia, puesto que bastaría a las Cámaras Legislativas

Páginas

y a las Comisiones Constitucionales, designar a sus empleados en interinidad, para luego removerlos a su antojo, con el argumento de que, por no encontrarse en propiedad, no les es aplicable el artículo 2º de la Ley 54 de 1968. Habrá, por tanto, de revocarse la sentencia apelada para en su lugar, acceder en parte a las súplicas de la demanda.—(Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo S. Actor: Juan A. Alvarado C., expediente 3603).... 319

37. ENSEÑANZA.

Sentido y alcance de los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la C. N. Como se expuso en el auto del 24 de julio de 1975, que resolvió la solicitud de suspensión provisional en el expediente 2320, la interpretación de los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución ha originado controversias en la doctrina y en la jurisprudencia. De ahí que sea pertinente definir su alcance, ya que, según su propio enunciado, el acto impugnado se dictó con base en esos preceptos: a) El artículo 120, ordinal 15, de la Constitución de 1886, atribuyó al Presidente, "como suprema autoridad administrativa", "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". Este precepto armonizaba con el artículo 41, ibídem, según el cual "la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica", reconocida como "la de la Nación" por el artículo 38 de la misma Constitución. Se trataba, inequívocamente, como afirman los demandantes en el expediente 2320, de la enseñanza oficial, excluida únicamente la primera a cargo de los Departamentos (artículo 185 de la Constitución de 1886), que el Gobierno debía orientar con base en los principios programáticos enunciados por la Carta. La enseñanza privada, que no fue regulada por la Constitución, podía, en principio, ejercerse libremente, a condición de que no contrariara la "moral cristiana" y sin perjuicio de que pudiera ser objeto de reglamentación legal, con base en las atribuciones ordinarias del Congreso, como lo fue, por ejemplo, por los artículos 41 de la Ley 39 de 1903 y 12 de la Ley 56 de 1927, que la sometieron, en los casos a que se refirieron, a la inspección y vigilancia del Gobierno. Pero éstos, en la práctica, fueron excepcionales, porque, por regla general, los establecimientos de enseñanza privada, solo se sometieron a la vigilancia e inspección del Gobierno al ser incorporados, por petición propia, a una institución oficial, como la Universidad Nacional, o subsidiados por el Estado, o si, con el objeto de poder otorgar diplomas oficiales, se comprometieron a observar, a este respecto las prescripciones legales y a aceptar la inspección y vigilancia del Gobierno (ver artículo 9º del Decreto 596 de 1886, 5º, ordinal 1º, de la Ley 92 de 1888, 1º del Decreto 1672 de 1926, 1º del Decreto 268 de 1936 y 1º del Decreto 620 de 1936); b) Pero el artículo 14 del Acto legislativo número 1 de 1936, correspondiente al actual artículo 41 de la Constitución, efectuó un cambio fundamental sobre la materia porque, a la vez que garantizó, como principio esencial, "la libertad de enseñanza", dispuso que "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". Además, si ni esta reforma constitucional,

Páginas

ni las posteriores, se ocuparon específica y expresamente del artículo 120, ordinal 15, de la Constitución de 1886, cuyo texto corresponde al artículo 120, ordinal 12, de la actual codificación, su sentido y alcance, en rigor lógico, fueron modificados por el artículo 41 de la Constitución que implicó una sustancial transformarción, a saber: 1. Consagró la libertad de enseñanza, sin ningún condicionamiento ideológico o religioso. 2. Prescribió que el Estado tendrá "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", con el objeto de "procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos"; el precepto involucró no solo a la enseñanza privada, sino también a la oficial, que ya era objeto de regulación constitucional, *con la clara finalidad de hacer que los nuevos principios comprenden a toda la educación.*—3. Definió, en la forma indicada, los objetivos del precepto: individuales, relativos a la formación de los educandos, y sociales, referentes a la cultura general del país.—4. Como la inspección y vigilancia se atribuyó al Estado, cuyo órgano político es el Congreso, el Gobierno debe ejercerlas mediante ley;— c) Esto implica que, como la Constitución es una unidad lógico-jurídica, un todo unitario y armónico, el artículo 41 de la Constitución —14 del Acto legislativo número 1 de 1936— modificó el artículo 120, ordinal 12, de la misma Carta, sobre todo, en cuanto a que "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", debe efectuarse por el Estado, *en idéntica forma, mediante ley* que defina o señale las opciones políticas fundamentales con base en las cuales el Presidente, como "suprema autoridad administrativa", ejerza las que le corresponden en relación con la educación, específicamente las prescritas por el artículo 120, ordinal 12, de la Constitución. De manera que, según los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la Constitución, el Estado debe adoptar, *mediante ley que defina los principios u opciones políticas fundamentales,* los principios con base en los cuales el Gobierno debe ejercer la inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados.—d) Este criterio fue sustentado, en materia similar, por la sentencia, invocada por el señor Fiscal Primero, proferida por esta Sala el 14 de junio de 1974 y por la dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 6 de octubre pasado, en el sentido de considerar que los llamados reglamentos autónomos o constitucionales implican el ejercicio de la función administrativa sobre la base de las opciones políticas fundamentales definidas por la ley. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha prohijado esta interpretación, como en la sentencia del 10 de octubre de 1966, reiterada por otras posteriores (sentencias de noviembre 16 de 1966 G. J., tomo CXVIII, páginas 27 y 29) y del 5 de febrero de 1970 (Foro Colombiano, tomo II, número 8, página 138).—(Sentencia de mayo 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de nulidad contra el Decreto 554 de 1975, dictado por el Gobierno Nacional, expedientes acumulados números 2310, 2320 y 2342. Actores: Carlos Holguín H. y otros). (Ver números 38, 62 y 90 del índice) 185

38. ENSEÑANZA.

Páginas

Evolución constitucional del sentido y alcance de los artículos 41 y 120, ordinal 12, de la C. N. — El Estado tiene la suprema vigilancia de todos los establecimientos de educación públicos y privados, la que ejerce, dentro de los marcos trazados por el legislador, el Presidente de la República.—La Constitución de 1886, inspirada en el más puro confesionalismo, había dispuesto que "la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica" (artículo 41).—Armónico con este precepto, el numeral 15 del artículo 119 de la Carta del 86 ordenó al Presidente de la República "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".—Al modificarse en 1936 el citado artículo 41 de la C. N. en el sentido de garantizar la libertad de enseñanza (artículo 14 del Acto legislativo de 1936), se dejó intacto el transcrito numeral 15 del artículo 119, el cual figuró en la codificación constitucional de ese año como numeral 13 del artículo 115.—De esta manera, a partir de 1936, las normas constitucionales vigentes dispusieron: CODIFICACION CONSTITUCIONAL de 1936: "Artículo 35. 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...". Este precepto es hoy el artículo 41 de la codificación constitucional de 1968.—"Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ...13. Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". Se ha dicho que la reforma de 1936 derogó tácitamente este numeral del artículo 115 de la codificación constitucional de ese año. No obstante, él aparece textualmente reproducido en las posteriores codificaciones y en la vigente se reitera bajo el número 12, del artículo 120 de la Carta. No es aceptable la tesis de la derogatoria del citado numeral, pues más acertado es sostener que el actual artículo 41 de la Constitución (artículo 14 Acto legislativo 1 de 1936). MODIFICO el que hoy aparece como numeral 12 del artículo 120, en el sentido de que ya no puede el Presidente dirigir la educación pública conforme a los dogmas de la Iglesia Católica, sino que su acción debe atemperarse al principio de la libertad de enseñanza.—Por tanto, cabe elucidar dos cosas: la primera, cuál ha sido el alcance de la expresión "instrucción pública nacional" que desde 1886 contiene el que es hoy numeral 12 del artículo 120 de la Constitución. La segunda, cuál es el alcance de las facultades presidenciales en la materia. La expresión "instrucción pública nacional" no tiene el sentido de "oficial", por oposición a la "privada" o impartida por los particulares, sino que se contrapone ese concepto de NACIONAL a la *departamental*, o sea a la costeada con fondos de los departamentos.—Tan cierto es lo anterior, que el párrafo final del señor Samper, que se acaba de transcribir, dice claramente cómo la inspección y vigilancia de que trata el artículo 119, numeral 15, de la Carta del 86 (hoy numeral 12 del artículo 120), puede ejercerla el Presidente de la República respecto de aquellos establecimientos de educación que, sin ser oficiales, reciban auxilio pecuniario del Tesoro Nacional.—Y es que resultaría un contrasentido pretender ese auxilio y, además, el reconocimiento oficial de los títulos de estudio que tales establecimientos expidan, y al mismo tiempo negarle al Estado toda injerencia en la calidad de la enseñanza que ellos imparten. Pues a lo menos quienes refren-

Páginas

dan dichos títulos deben tener la facultad de cerciorarse de la idoneidad de quienes los reciben y del establecimiento que los expide.—Y quien otorga un auxilio debe saber si éste será bien empleado para los fines que con él se persiguen.—En cuanto al segundo punto, es bueno repetir que la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 41 de la Carta es la filosófica o de credo, y en manera alguna significa que cualquiera persona pueda montar un establecimiento de enseñanza reconocido por el Estado, sin que éste tenga manera de fiscalizar su funcionamiento.—Por tanto, al hablar el artículo 41 de la Constitución de que el Estado tendrá 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, precisa saber cuál es el alcance que hoy tiene el numeral 12 del artículo 120, frente a la reforma de 1936.—Ante todo, hay que decir que esa norma aparece modificada en cuanto al establecerse la libertad de enseñanza, ya no cabe hablar de facultad del Presidente para "dirigir" la instrucción privada o particular, sino únicamente para inspeccionarla y vigilarla.—Esta "dirección" tenía su fundamento en la educación confesional estatuida por la Carta de 1886; bajo el régimen de libertad consagrado en 1936, carece en absoluto de sentido.—De otra parte, al conservar el constituyente de 1936 el que es hoy numeral 12 del artículo 120 de la Constitución, puso de presente que, dentro de la inspección y vigilancia predicada por el artículo 141, como función del Estado, el Presidente de la República tenía la parte ejecutiva, en tanto que al legislador le correspondía dictar las normas "marcos" o "cuadros" que fijarán cuáles serían los fines sociales de la cultura.—En esta forma, corresponde al Presidente, como "suprema autoridad administrativa", dictar aquellas normas encaminadas al desarrollo de los "cuadros" trazados por el legislador. Este, por lo tanto, no puede ni debe inmiscuirse en los detalles, como serían, por ejemplo, los planes de estudio, la intensidad horaria de cada materia y otras cosas porque es atribución del Ejecutivo el hacerlo. Absurdo sería que los programas y su desarrollo fueran determinados por el legislador y se requiera de una ley cada vez que se considere conveniente su modificación. En resumen: el Estado tiene la suprema inspección y vigilancia de todos los establecimientos de educación, públicos y privados, la que ejerce, dentro de los marcos trazados por el legislador, el Presidente de la República.—(Aclaración de voto del Consejero Alvaro Pérez Vives a la sentencia de mayo 31 de 1977 de que fue ponente el Consejero doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Carlos Holguín H.—Acción de nulidad contra el Decreto 554 de 1975 del Gobierno Nacional, expedientes 2320, 2342, 2310). (Ver números 37, 62 y 90 del índice) 181

39. ELECTORALES.

Nulidad de lo actuado por falta de notificación del auto admisorio de la demanda al titular de la credencial impugnada.—Como puede verse, se persigue, en forma concreta y precisa, la declaratoria de nulidad de los actos electorales mediante los cuales se invistió al señor Ortigoza con la calidad de Diputado a la Asamblea del Tolima y, según los hechos del libelo, la *causa petendi* de las prestaciones deducidas no es otra que la inhabilidad del señor Ortigoza por haber ejercido

Páginas

cargo en la División Administrativa del Fondo Nacional Hospitalario hasta seis días antes de las elecciones verificadas el 18 de abril de 1976.—En tales circunstancias, el señor Ortigoza debía ser citado y notificado como demandado, como titular de la credencial impugnada so pena de violar flagrantemente el artículo 26 de la Constitución Nacional desarrollado precisamente, en cuanto a este aspecto, por el ordinal 3º del artículo 113 del C. C. A.—El demandante afirma en memorial visible al folio 150 de los autos que el señor Ortigoza intervino en el proceso, durante la fijación en lista, para pedir y practicar pruebas y que, igualmente, presentó alegato de conclusión. Empero, revisado cuidadosamente el expediente, la única actuación en que aparece el señor Ortigoza, es en la diligencia de notificación del auto que ordenó poner en su conocimiento la causal de nulidad que hoy es materia de esta providencia.—(Sentencia de junio 1º de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango.—Acción de nulidad contra la elección de Diputado del Departamento del Tolima. Actor, Miguel González R., expediente 256 electoral). (Ver número 40 del índice) 453

(Nota de Relatoría). Rectificada por sentencia de octubre 26 de 1977. Sala Plena. Ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Raúl Guerrero, expediente 317.

40. ELECTORALES.

En los procesos de nulidades en elecciones las únicas "partes" son el demandante y la sociedad representada por el Ministerio Público y estas "partes" han sido bien notificadas.—Como salvamento de hoy reproduzco el que escribí para los procesos 267, 275 y 256.—Aunque el auto tiene la apariencia de ser de mero trámite, en el fondo supone la profesión de doctrina tan sustancial que puede afectar todo el proceso, hasta el extremo de hacerlo desaparecer desde el auto admisorio, porque acepta la existencia de una causal de nulidad.—Por la sentencia citada en el auto, se adoptó doctrinas propuestas de tiempo atrás y hasta ese entonces siempre rechazadas, encaminadas a resolver la dificultad de la prueba de hechos negativos indefinidos, cuando la demanda se funde en que el candidato no cumple con las condiciones legales o constitucionales para desempeñar el encargo. El escollo provenía precisamente del tradicional reconocimiento de la naturaleza de la acción electoral, que es pública y popular, sin contradictor individualizable, instituida para que los colombianos puedan velar por la pureza de la fuente del poder democrático. En estos procesos no puede reconocerse contradictor con interés particular vulnerado que merezca ser protegido. El único interés es el de la sociedad, de naturaleza política y objetiva.—La excepción no puede convertirse en regla so pena de hacer inane el juicio que la ley ha estructurado como de excepcional rapidez y sencillez para que la sentencia pueda producir sus efectos oportunamente, es decir, antes de vencer el período para el que se eligió a la persona o personas cuya elección se controvierte. En el presente caso basta revisar la fecha de la elección, verificar que el período de los electos es de un año y mirar la fecha de la sentencia de primera instancia y la del auto de hoy, para concluir experimentalmente, que es lo científico, como cualquiera que sea la decisión última, será extemporánea.—Muchas veces en el pasado, siguiendo a Couture, me he atrevido a advertir que con las nulidades

Páginas

se debe proceder con cautela, si se aspira a que el proceso no se transforme en irrisión.—(Salvamento de voto del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro, a la sentencia de junio 1º de 1977, de la Sala Plena. Actor, Miguel González R., expediente 256). (Ver número 39 del índice) 453

41. ESTUPEFACIENTES.

Se declara la nulidad de la palabra "personal" contenida en el artículo 2º del Decreto 701 de 1976, reglamentario del Decreto-ley 1188 de 1974, texto que quedará así: "la dosis de quien está bajo tratamiento con droga que produzca dependencia física o síquica, corresponderá a la dosis terapéutica que se registre en la respectiva receta médica del paciente o que sea certificada bajo juramento por el correspondiente médico tratante".—Se declara la nulidad del artículo 4º del mismo Decreto reglamentario 701 de 1976.—Tanto los demandantes como el señor Agente del Ministerio de Justicia y el señor Agente del Ministerio Público, estiman que esta norma contraría los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974.—Considera la Sala que como de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 1188, "la determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso segundo del artículo anterior DEBERA HACERSE POR PERITACION MEDICA LEGAL, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia y la historia y situación clínicas del sindicado" y la norma acusada establece otra forma de determinación para la misma, no permitida por el citado estatuto, debe declararse su nulidad por violación del mentado artículo 39, de la palabra "PERSONAL" y que esta palabra implica una confusión entre las dosis personal y terapéutica; además, no debe olvidarse que la posesión de sustancias alucinógenas que constituyen para un individuo dosis terapéutica, no es una conducta punible, luego no puede confundirse con la dosis personal que sí constituye una infracción penal tipificada en el inciso 2º del artículo 38 del Decreto 1188.—Artículo 4º Sostienen los demandantes que esta norma viola los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974, porque establece una dosis personal presuntiva.—De la misma manera estima el señor Agente del Ministerio Público que "como la cantidad señalada, en la norma acusada para la fijación de dosis personal, no se encuentra autorizada en las normas reglamentarias, sino que por lo mismo, con ellas se busca llenar 'la ausencia de un precedente legal', lo cual precisamente indica que ello ha debido ser objeto del decreto-ley que se expidió en uso de las correspondientes facultades legales, pero no de su reglamentación. Con el Decreto reglamentario no se puede ni ampliar, ni restringir la norma reglamentada. Tampoco se puede, por consiguiente, llenar sus ausencias o vacíos... De acuerdo con lo anterior también debe prosperar la nulidad del artículo 4º acusado".—Para la Sala es innegable que según el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, la determinación de la denominación "dosis personal" cuya posesión tipifica la conducta descrita en el inciso 2º del artículo 38 ibidem debe hacerse POR PERITACION MEDICA LEGAL, en todos los casos, pues la norma no establece distinciones, y que para esa determinación se tendrán en cuenta no solo la cantidad y la calidad de la sustancia encontrada al sindicado sino también la "historia y situación clínicas" de éste. Luego, no puede aceptarse que como desarrollo o desenvolvimiento de las normas reglamentadas se pueda establecer una dosis personal presuntiva, que ciertamente es lo que consagra

Páginas

el artículo 4º del decreto demandado. Y tampoco puede admitirse la legalidad de la misma como una instrucción dada por el señor Presidente de la República a sus funcionarios de Medicina Legal, pues esta facultad o mejor la función pericial dada a tales empleados administrativos no ha sido atribuida por la ley al Gobierno, ni ella surge del artículo 120 de la Carta o del Decreto 1188 de 1974, sino que es función propia de los empleados de Medicina Legal.—Si en realidad las dosis máximas consagradas en la norma acusada son criterio científico, con seguridad serán adoptadas por quienes se presumen personas idóneas para desempeñar el delicado encargo de determinar "dosis personales", mas en la actualidad y ante la existencia del artículo 39 del Decreto 1188, la mencionda "dosis personal" en cada caso deberá establecerse de conformidad con los criterios señalados en esa norma.—Aunque parece que, en muchos casos podrían presentarse situaciones aberrantes como sería la de que se lograra en un momento dado la incautación de la sustancia mas no se aprehendiera al poseedor, y resultare éste una persona sin antecedentes en el consumo, y por ello tuviera que procesarse por la conducta atenuada un delito mayor como es el tráfico de estupefacientes, tales situaciones son aparentes, pues aunque la ley exija que para la determinación de la "dosis personal" deba tenerse en cuenta no solo la calidad y la cantidad de la sustancia sino también la historia y situación clínicas del sindicado, no ata a los peritos médicos legales en su dictamen, en el cual están en la obligación de sacar conclusiones producto de sus conocimientos científicos; luego si esos conocimientos les permiten concluir en casos en que no tengan a la vista ni al sindicado ni su historia o antecedentes clínicos que existe una dosis personal promedia, deberán dar como tal ese promedio.—De todas formas, si los estudios llevados a cabo por las autoridades administrativas son serios y sus conclusiones científicas, debe el Gobierno proponer al legislador la adopción de las "dosis personales" máximas presuntivas, porque indudablemente los casos de imposibilidad de peritación con intervención personal de los sindicados serán más frecuentes en los criminales que se lucran con la destrucción de la juventud a la que quieren acostumbrar en el consumo de las sustancias alucinógenas o que producen dependencia física o síquica, dado que, por su experiencia y, por qué no decirlo, por el poder económico que tengan, más fácilmente podrán eludir la acción de las autoridades.—(Sentencia de marzo 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao—Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 701 de 1976. Actor, Abel Berdejo V. y otro, expediente 2443) 105

42. EXACCIONES.

Qué son.—Su finalidad.—Impuestos, tasas o tarifas y contribuciones. En general las exacciones son prestaciones en dinero que las entidades de derecho público perciben de los particulares y que están destinadas a atender los gastos de la Administración. El cuidado de la comunidad le implica al Estado cuantiosas erogaciones, y los particulares que disfruten de los beneficios de la vida en sociedad, tienen obligación de contribuir para esos fines.—Aparte de lo que se pudiera considerar servicios de carácter general, la acción del Estado se ha ido extendiendo y tomando a su cargo actividades que antes se ejer-

cian por particulares, pero que dada su importancia, se sustraen hoy del dominio de los negocios privados para convertirlos en función de algunas entidades públicas.—Entre los primeros, o sea entre los servicios generales que el Estado presta a la comunidad, pueden mencionarse los de justicia, policía, asistencia social, etc. Y entre los segundos, o sea aquellos destinados a satisfacer necesidades públicas de suma importancia, pero que en rigor de concepto no eran propios del Estado, dentro de la concepción primitiva de éste, pueden citarse los servicios de agua, energía eléctrica, teléfonos, etc. Como antes se insinuó, estos últimos se habían dejado tradicionalmente en manos de particulares, quienes explotaban en su propio beneficio. Pero a medida que las complejidades de la vida contemporánea reclaman e imponen mayor intervención del Estado en beneficio general de la comunidad, entidades públicas han tomado a su cargo esos servicios a fin de mejorarlos y de hacer más equitativa su prestación, eliminando de ellos su antiguo carácter de negocio particular.—Cabe distinguir también otro tipo de exacción, cual es el que se establece a cargo de los particulares que en un momento dado se beneficien directamente de la construcción de una obra pública.—Los tres tipos de exacciones antes mencionados, se denominan generalmente impuesto, tasas o tarifas o contribuciones.—En el concepto de impuesto no entra ni juega papel alguno una contraprestación expresa en favor del particular, a cambio de la suma o sumas que éste deposita en las cajas oficiales.—Ese gravamen es de carácter general y obligatorio, se determina unilateralmente por el Estado en consideración a la capacidad económica del individuo y está destinado a atender los gastos generales de la Administración, de lo cual se beneficia, también en forma general, quien está incorporado a la comunidad. Pero el particular no recibe contraprestación concreta alguna de parte del Estado.—Al contrario de lo que ocurre con el impuesto, la tasa o tarifa se establece para atender al costo de determinados servicios, que se prestan directamente a los asociados en particular. Esa tarifa corresponde o debe corresponder a un servicio y debe ser proporcionada o acomodarse estrictamente al costo real del mismo. El particular paga la tarifa establecida para el servicio de energía eléctrica, por ejemplo, que la entidad pública le presta. Pero puede exonerarse de ella, si en cualquier momento decide voluntariamente prescindir de ese servicio. A cambio de la tarifa establecida, el particular recibe un beneficio determinado y expreso.—Por lo que hace a la exacción que se conoce con el nombre de contribución, ella se da o tiene lugar por una sola vez, en los casos de construcción de determinada obra pública, con la cual se benefician directamente y en mayor grado que los miembros restantes de la comunidad, determinados propietarios situados en las proximidades de la obra. Se ha considerado justo que quienes se benefician más que el común de los individuos, contribuyen en forma especial a pagar los costos de la obra.—(Sobre esto puede verse sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de noviembre de 1946, "Anales", tomo LVI, páginas 267 y siguientes). La tarifa corresponde a un determinado servicio que la entidad pública le presta a los particulares. Si éstos no la utilizan, no están obligados a pagarla. Ella es la base de una cuenta que se pasa en oportunidad previamente acordada y que hace relación al servicio que se prestó en determinado lapso de tiempo. Sencillamente, la cuenta expresa el valor del agua suministrada, por ejemplo. Pero para completar el concepto,

Páginas

acaso no esté de más observar en este punto que solicitado el servicio por el particular y aceptada por éste, por el mismo hecho de solicitarlo, la tarifa establecida, al iniciarse la prestación surge entre la empresa respectiva y el usuario una relación contractual: la primera se obliga a suministrar al particular determinado elemento, energía eléctrica, por ejemplo, en su casa de habitación, y el segundo se compromete a pagar, cada cierto tiempo, el valor de dicho suministro a la tasa establecida previamente. Es esto un contrato de adhesión y de él emanan para cada una de las partes, obligaciones y derechos.—(Concepto de mayo 2 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes.—Consulta formulada por el Ministro de Agricultura y autorizada su publicación mediante oficio 2933 de ese Ministerio). (Ver número 32 del índice) 42

43. EXENCIONES DE LOS IMPUESTOS ADICIONALES.

Para la financiación de "PROEXPO" y regulación del mercado de café, establecidas por el Decreto 444 de 1967 y el Decreto-ley 688 de 1967, dentro del sistema comercial de los países miembros de la ALALC.—El Decreto-ley 340 de 1968, artículo 4º y el Decreto-ley 68 de 1967.—Como lo hace notar el despacho consultante, evidentemente lo que se quiso con estas exenciones fue liberar de tributos adicionales las importaciones de mercancías objeto de las negociaciones que para conceder rebajas arancelarias celebró Colombia, en cumplimiento del Tratado de Montevideo, o sea, para otorgar esos privilegios a los productos de la llamada "lista nacional colombiana", rebajas aplicables a los países de la ALALC, como también a los comprendidos en las listas adicionales aplicables a Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay, siempre que se acreditaran los requisitos de origen establecidos en las resoluciones dictadas al efecto por la Conferencia de las Partes Contratantes y en las Decisiones del Comité Ejecutivo Permanente de la ALALC.—Pero es indudable, así mismo, que el artículo 19 del Decreto 688 de 1967 al emplear respecto de las importaciones la expresión "provenientes" amplió las exenciones, pues dicha expresión es comprensiva no solo de los productos originarios, según las definiciones transcritas atrás, sino de toda mercancía procedente de los países de la ALALC, sea o no originaria de dichos países.—Viene luego el Decreto 340 de 1968, "por el cual se consolidan unas rebajas arancelarias para las mercancías originarias y procedentes de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio y se conceden otras", enunciación que reitera el criterio extensivo que al régimen de exenciones de los impuestos de PROEXPO y del café dio el artículo 19 acabado de citar, y que hace parte del régimen general aplicable a las importaciones hechas entre países de la Zona. Pero no solo reitera el requisito general de procedencia de los productos exportados por países de la ALALC a Colombia, sino que exije, además, que tales productos sean originarios de esos países. En el mismo sentido, se advierte que en el texto de los artículos 1º y 2º del Decreto 340 se habla reiteradamente de "productos originarios y provenientes", con lo cual también resulta acogido el mismo criterio extensivo del artículo 19.—4. A su vez el artículo 4º del Decreto 340, en relación con el interrogante de la consulta, dispone: *"la importación de los productos incluidos en las listas* de que tratan los artículos 7º, 8º, 9º, 10 y 11 estarán sujetos al pago del impuesto

del uno por ciento (1%) sobre legalización de facturas consulares de que trata el artículo 332 del Decreto-ley 444 de 1967, con excepción de las importaciones del papel periódico de la partida Nabalalc números 48.01..0.01, pero estarán exentos del impuesto del uno y medio por ciento (1½%) establecido por el artículo 229 de este mismo decreto-ley y del impuesto del uno y medio por ciento (1½%) de que trata el artículo 20 del Decreto-ley número 688 de 1967".—Al interpretar esta disposición, la Sala debe tener en consideración, en primer término, la filosofía misma del sistema creado en el Tratado de Montevideo, como resulta de la lectura de la parte motiva del mismo y del concepto de "mercado común" que se creó. Estima, así, que las disposiciones que exoneran de los dichos impuestos las importaciones de los países de la Zona, deben referirse a las mercancías originarias y procedentes de ellos, producidas integralmente por ellos, y por ellos exportadas, pues el logro del desarrollo económico dentro de un sistema de mercado común, debe alcanzarse con base en la producción nacional de cada uno, y no en un simple paso de la comercialización de productos no procedentes de la Zona. De lo que debe colegirse que las listas de los productos exonerados han sido elaboradas sobre la base de que son originarios de tales países, y solo son objeto de comercio entre los mismos, especificaciones que no es preciso expresar, porque son de la naturaleza del sistema comercial de la Zona.—Igualmente, debe considerarse que el *régimen de mercado común es un régimen de privilegio y,* por lo mismo, *de aplicación excepcional y restrictiva.* Y que, además, se trata de exenciones tributarias, esto es, de excepciones a la regla de la tributación, a la obligación tributaria y por ello da aplicación estrictisima y limitada a los actos y objetos exentos.—Y siendo que el Tratado de Montevideo de 1960 indicó precisamente la necesidad de determinar los caracteres específicos de los productos que podían catalogarse como originarios para los efectos del mismo, y que la Resolución 82 en referencia, en una interpretación que se diría hecha por vía de autoridad, entendió que en materia de rebajas arancelarias entre los países de la ALALC tales rebajas se debían referir únicamente a productos totalmente originarios de cualquiera de los países de la Zona, con materiales enteramente zonales, es decir, implícitamente provenientes de dichos países.—De modo que cuando el artículo 4º del Decreto 430 habla simplemente de "productos" para efectos de los impuestos adicionales y rebajas arancelarias, sin hacer discriminación alguna, debe ser entendido en relación directa con el texto del Tratado de Montevideo y el de la Resolución 82, textos que consignaron los principios expuestos.—Parece, en consecuencia, que dicho artículo 4º no solo comprende a los productos originarios sino también a los provenientes, aunque no hace uso de ninguna de tales expresiones. Por ello, se repite, al hacer la interpretación del concepto "productos", con el objeto de saber cuáles son los exentos de los impuestos para PROEXPO y del café, hay que entenderlo referido a las mercancías que dan derecho a esas exenciones en el derecho comunitario y no en la legislación interna, la cual es simple desarrollo y cumplimiento de compromisos derivados de aquél.—Nótese, finalmente, que esta disposición del artículo 4º del Decreto 340 forma parte de un sistema normativo que resume y sistematiza el régimen tributario especial aplicable a las mercancías del mercado interregional. Esto indica que el Decreto 430 regula íntegramente la materia y, por tanto, es subrogatorio y

Páginas

derogatorio de todas las disposiciones anteriores. De esta manera que, por esto, hay que tomarlo como un estatuto que consolida parte de la legislación anterior, pero que también establece disposiciones nuevas, enteramente desligadas de las anteriores, porque es desarrollo de facultades especiales dadas al Gobierno por la ley aprobatoria del Tratado creador de la ALALC. Precisamente, al no reproducir el artículo 4º la especificación "provenientes", utilizada en el artículo 19 tantas veces citado, permite al intérprete retrotraer el sentido de las normas de exención tributaria a su sentido original, inadecuada y transitoriamente modificado por dicho artículo 19.—Y todo lo anterior es así porque en el Tratado de Montevideo se atribuyó la competencia para determinar los criterios sobre el origen de los productos del mercado común a los organismos de la ALALC y no a las autoridades de los países miembros, los cuales solo tienen la atribución privativa de derecho interno de determinar la cuantía de las rebajas y exenciones, atribución que corresponde al cumplimiento de las obligaciones del Tratado o de las decisiones de los organismos de la ALALC.—Cabe finalizar lo hasta aquí considerado, para mayor precisión, que esta interpretación del texto del Decreto 430 lleva a concluir que donde dice "originarias y procedentes" indica que las exenciones solo se aplican a las mercancías que tengan origen y, a su vez, proceden de uno de los países de la ALALC o de cualquiera de ellos. Es decir, que la importación de un producto procedente de cualquiera de los países de la ALALC, pero no originario de alguno de ellos, no está exento. En cambio, si es originario de un país miembro de la ALALC y procede de otro que también lo sea, sí goza de la exención.—(Concepto de marzo 29 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica.—Consulta formulada por el Ministro de Desarrollo Económico y autorizada su publicación mediante oficio número 965 de ese Ministerio) 31

44. EXPROPIACION DE PREDIOS URBANOS.

Los Concejos de los municipios, a que se refiere la Ley 1ª de 1943, artículos 1º y 2º y el Decreto legislativo 237 de 1967, artículo 1º y con las finalidades allí previstas, pueden declarar de utilidad pública o de interés social un fundo para ser expropiado.—El artículo 1º de la Ley 1ª de 1943 dispone que "son motivos de utilidad pública o interés social para decretar la expropiación de predios urbanos fuera de los determinados en las leyes vigentes, las obras de ornato, embellecimiento, seguridad, saneamiento, construcción, reconstrucción o modernización de barrios, apertura o ampliación de calles, edificios para mercados, plazas, parques y jardines públicos en las ciudades capitales de departamentos y en aquellas otras cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes".—El artículo 2º de la misma Ley agrega que "para los efectos del artículo anterior podrán los expresados municipios decretar la expropiación de los bienes raíces que requieran para las obras allí indicadas, entendiéndose de utilidad pública o interés social la expropiación de toda el área general de la cual haga parte la porción en que haya de ejecutarse la respectiva obra".—El artículo 1º del Decreto legislativo 237 de 1957 hizo extensivas las facultades de la Ley 1ª de 1943 a los municipios "cuyo presupuesto sea o exceda de $ 300.000.00".—De manera que, según las disposiciones transcritas, los concejos de los municipios a que se refieren, pueden declarar de

Páginas

utilidad pública o de interés social un fundo, entre otras finalidades, para "apertura y ampliación de calles", hasta comprender "toda el área general de la cual haga parte la porción en que haya de ejecutarse la respectiva obra".—No obstante, para la procedencia de la decisión adoptada por el concejo municipal, que el predio no se encuentre en el perímetro urbano de la ciudad del mismo nombre, sino en la zona rural, como reza en el enunciado del Acuerdo número 05 de 1975, porque se trata, por una parte, de terreno contiguo a aquélla y, por otra, de cumplir con una de las finalidades, la apertura de una calle, prescrita por el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943, la cual, por su misma índole, puede comprender terrenos situados fuera del perímetro urbano. De lo contrario, en muchos casos, en la mayoría de ellos, sería imposible cumplir la finalidad del mencionado precepto, que inequívocamente consiste en favorecer la ampliación y mejoramiento de las ciudades, entre las cuales están comprendidas las de muy alto índice de crecimiento, como la capital de la República y varias de los departamentos.—Además, el artículo 9º de la Ley 36 de 1918, que prevalecientemente comprende la posibilidad de expropiar predios rurales, corrobora lo expuesto, porque dispone que "las disposiciones contenidas en los artículos 13 a 27 de la Ley 35 de 1915 serán aplicables en cuanto se trate de expropiaciones para construcción de todas las vías públicas de comunicación, sean nacionales, departamentales o municipales, y ya se trate de construcciones directas, delegadas o por contrato de ejecución".—(Sentencia de abril 22 de 1977. Sección Primera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de plena jurisdicción contra el Acuerdo número 05 de 1976 del Concejo Municipal de Garagoa. Actor, Jesús M. Daza B., expediente 2521) 348

F

45. FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS DEL TRABAJO.

Solo tienen funciones de vigilancia, protección, control y prevención, pero no pueden declarar derechos individuales o definir controversias. A los funcionarios administrativos que dictaron las providencias acusadas solo les correspondían funciones de vigilancia, protección, control y prevención preferencialmente en cuanto respecta a las condiciones de trabajo, pero les está prohibido declarar derechos individuales o definir controversias y no pueden hacer uso de funciones que les están atribuidas a los jueces.—(Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho Rodríguez.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 019 de 1975, proferida por el Ministerio de Trabajo. Actor, Cía. Frutera de Sevilla, expediente 1721) 226

I

46. IDEMA.

Naturaleza jurídica. — Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.—El Idema nació como Instituto Nacional de Abastecimientos —INA— por virtud de la Ley 5ª de 1944, la que, aunque expresamente no lo dijo, lo organizó como una empre-

Páginas

sa industrial y comercial del Estado, que debía ser "administrado con un criterio de servicio público, pero con sujeción a las reglas y prácticas de los institutos de crédito a fin de que obtenga una razonable ganancia" (artículos 1º y 13). La misma conclusión surge del análisis de las funciones que se le atribuyeron y de sus objetivos, "facilitar la producción, distribución, importación y exportación de los artículos de consumo mayor y de las mercancías de primera necesidad, con el fin de regular el precio de los mismos, de apoyar la agricultura y de aumentar la producción nacional, evitando la especulación". Para cumplir tales objetivos, se le autorizaba realizar numerosas operaciones entre las que se pueden mencionar el fomento de la mayor producción de artículos de primera necesidad; la defensa de los intereses económicos de los agricultores, organizando almacenes generales de depósito y construcción de ellos; adquirir abonos, semillas, maquinarias agrícolas; procurar por medio de sus operaciones que los precios de venta de los productos agrícolas se sostengan en un nivel justo; ayudar a la distribución nacional de las cosechas para lo cual podía comprar, conservar, importar y exportar artículos (artículo 2º).—Por el artículo 31 del Decreto-ley 3130 de 1968 se dijo: "De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas de Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia.—Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos".—Por lo que, no queda duda, la regla general, para las empresas industriales y comerciales del Estado, es la sujeción al Derecho Privado en sus actos y en la forma jurídica de vincular a sus trabajadores.—Ciertamente el Decreto-ley 2420 de 1968, artículo 19, enumera los organismos descentralizados vinculados al Ministerio de Agricultura, y cita entre los establecimientos públicos el Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA—, pero en su parágrafo dispuso: "Parágrafo. Teniendo en cuenta el origen de los aportes, la cuantía de la participación oficial, la naturaleza de las actividades que desarrollen y las reglas de derecho a las cuales están sometidas, se adopta para los organismos del sector agropecuario la clasificación hecha en este artículo, sin que esto constituya derogatoria de los principios generales establecidos en los artículos 5º y 8º del Decreto 1050 de 1968".—Y por su artículo 43, cambió la denominación del Instituto Nacional de Abastecimientos —INA— por la de Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— y en cuanto a funciones, dijo el artículo 44 del mismo decreto: "Artículo 44 —Funciones—. Además de las funciones señaladas en la Ley 5ª de 1944 y en el Decreto legislativo 0040 de 1958, el Instituto de Mercadeo Agropecuario cumplirá las siguientes: "a) Regular el mercado de los productos agropecuarios, para lo cual establecerá los precios mínimos de exportación de los mismos, y vigilará el cumplimiento de las disposiciones al respecto; 'b) Acumular existencias reguladoras de productos agropecuarios con el fin de regularizar los precios en los mercados nacionales y garantizar un conveniente aprovisionamiento para los mercados externos. Para estos efectos, el Instituto podrá organizar almacenes generales de depósito, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 20 de 1921, el Decreto legislativo

Páginas

de 1957 y demás normas concordantes; 'c) Asumir directamente el mercadeo exterior de productos agropecuarios cuando las circunstancias económicas, a su juicio, lo hagan aconsejable; 'd) Otorgar préstamos exclusivamente a las cooperativas de producción y mercadeo de productos agrícolas y pecuarios, a los organismos de 2º grado que agrupan este tipo de cooperativas y a las asociaciones de campesinos que tengan las finalidades indicadas, con sujeción a los requisitos señalados en el artículo 99 de la Ley 135 de 1961.—'El Banco de la República abrirá al Instituto de Mercadeo Agropecuario un cupo especial para el redescuento de los préstamos de que trata este literal. 'e) Hacer cumplir las normas que se dicten sobre comercialización de los productos agropecuarios; 'f) Organizar y promover la organización de sociedades de economía mixta que tengan por objeto el procesamiento de tales productos o desarrollar directamente estas labores".— Igual previsión a la contenida en el artículo 19 que se deja comentado, incluyendo su parágrafo 1º, es repetida por el artículo 19 del Decreto-ley 3120 de 1968.—Atendidas las funciones del IDEMA según las normas legales analizadas, aunque para determinados efectos debiera tenérsele como establecimiento público (Decretos 2420 y 3120 de 1968), dada la no derogatoria de los principios generales contenidos en los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto-ley 1050 de 1968, la conclusión que se impone es la de que el IDEMA continúa sujeto, por regla general, a las normas del Derecho Privado en el desarrollo de sus operaciones industriales, comerciales y crediticias y en lo atinente a la naturaleza y régimen de la vinculación de sus servidores.—Doctrina, jurisprudencia y derecho positivo, hacen diferencia entre establecimiento público y empresa industrial y comercial del Estado, a la vez que hacen resaltar sus semejanzas.—Ambas entidades, establecimientos y empresas, son creadas o autorizadas por la ley, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio o capital independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes y con el producto de impuestos, tasas o contribuciones e inversiones forzosas.—Difieren, en cambio, en que mientras los establecimientos públicos atienden funciones administrativas conforme a las reglas del Derecho Público, las empresas desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conformándose al Derecho Privado, salvo las excepciones legales (Decreto-ley 1050 de 1968, artículos 5º y 6º). La aparición de las empresas comerciales e industriales dentro del Derecho Público, obedece a la necesidad del Estado moderno de intervenir en actividades comerciales e industriales, una veces en competencia con los particulares, otras supliendo o completando la iniciativa particular, y, por lo mismo, el Estado tiene que colocarse hasta cierto punto, en el mismo plano de los particulares, abandonando algunas de sus prerrogativas para mantener cierto equilibrio y dándole a su facultad de actuar en estos campos económicos, mayor libertad de acción, con menos trabas, menos controles, en forma de quedar en condiciones de competir con los particulares en los mercados comerciales e industriales y laborales.—Por Decreto-ley 133 de 1976, se mantienen, en lo esencial, las funciones del IDEMA y se configura íntegramente, como empresa industrial y comercial del Estado. (Sentencia de marzo 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actora, Rita Porto de Arévalo.—Indemnizaciones, expediente número 1415) 375

47. IMPUESTOS.

Páginas

Competencia de la Dirección General de Impuestos para resolver los recursos de reclamación contra las liquidaciones de revisión que estuvieran cursando ante tal dependencia a tiempo de la expedición del Decreto 2821 de 1974.—Sistemas de doble liquidación del Decreto 1651 de 1961 y de una sola liquidación del Decreto 2821 de 1974 y recursos contra ellas.—El Consejo no comparte el raciocinio del a quo que lo llevó a considerar que el Decreto 2821 de 1974 extinguió la competencia de la Dirección General de Impuestos para resolver los recursos de reclamación contra las liquidaciones de revisión que ante tal dependencia estuvieran cursando a tiempo de expedirse el mencionado estatuto, por las siguientes razones: El Decreto 1651 de 1961 autoriza dos tipos de liquidaciones de impuestos a saber: la liquidación oficial, sustitutiva de la liquidación privada y la liquidación de revisión que a su vez sustituye la oficial. Este sistema de doble liquidación fue modificado por el artículo 15 del Decreto 2821 que establece una sola liquidación que denomina de revisión y que se practica "para modificar liquidaciones privadas de declaraciones de renta presentadas en 1974 y años posteriores". "Las presentadas con anterioridad a 1974 podrán ser objeto tanto de liquidación oficial inicial como de revisión", conforme lo dispone el penúltimo inciso de la citada disposición.—Contra la liquidación de revisión prevista en el Decreto 1651 de 1961, que como se ha visto, difiere de la que estatuye el Decreto 2821 así le dé esta misma denominación, el contribuyente interpuso el recurso de reclamación ante la Dirección General de Impuestos que es el único establecido en estos casos, según el artículo 35 del citado decreto, el cual debe ser decidido por tal entidad por ser la que emitió el acto acusado y mal puede entenderse que el Decreto 2821 sustrajo de esta entidad la competencia para atribuirla a la Sección de Recursos Tributarios de la Administración. Esta errada interpretación de las normas de este último decreto, conduce a que un inferior revise un acto (la liquidación de revisión) producido por su superior jerárquico, lo cual no es lógico, a más de lo cual tal interpretación pierde de vista el hecho de que la reforma conservó la doble liquidación prevista en el Decreto 1651 para las liquidaciones privadas presentadas con anterioridad a 1974, lo cual, como es obvio, significa que tales liquidaciones continúan sostenidas al régimen establecido en el Decreto 1651. Por último, cabe anotar que del recurso de reposición previsto en el artículo 19 del Decreto 2821 conoce la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que *hubiere practicado la liquidación,* de donde mal pueden estas secciones conocer de recursos contra liquidaciones de revisión no practicadas por ellas, sino por su superior jerárquico.—(Sentencia de junio 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila Hernández. Revisión de Impuestos. Actor, Abel Ramírez H., expediente 4270) 468

48. IMPUESTOS.—LIQUIDACION OFICIAL Y DE REVISION.

Plazo para practicarlas (artículos 24 y 29 del Decreto legislativo 1651 de 1961).—Cómo se cuentan los términos (artículo 67 C. C. y artículo 59 de Código de Régimen Político y Municipal).—Requisitos que debe contener la liquidación (artículo 18, Decreto legislativo 1651 de 1961). El artículo 24 del Decreto legislativo número 1651 dispone que la

Páginas

liquidación privada queda en firme si la oficial no se ha expedido ni notificado dentro del mismo plazo que se señala para practicar la liquidación de revisión; y el artículo 29 del mismo decreto dispone que se podrán revisar las liquidaciones de los impuestos "dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de presentación de cada declaración de renta y patrimonio...".—La forma como está estipulado el plazo en este artículo indica que los dos años empezarán a contarse al día siguiente de la fecha de presentación de cada declaración y como en este caso esa fecha fue la del 31 de marzo, hay que entender que los dos años empezaron a contarse desde el 1º de abril.—Pero aun, partiendo del supuesto de que el término de los dos años empiece a contarse desde el 31 de marzo de 1971, fecha de la presentación de la declaración de renta, el plazo fijado por la ley venció el 31 de marzo de 1973, de acuerdo con disposición muy precisa del artículo 67 del C. C., cuyo primer inciso fue subrogado por el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, y que a la letra dice: "Artículo 67. Todos los plazos de días, meses o años, de que haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común; por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal.—*"El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses.* El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 a 366 días, según los casos.—'Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo y si el plazo desde alguno de los días en que el primero de dichos meses exceda al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.—'Se aplicarán estas reglas y las prescripciones, a las clasificaciones de edad, y en general a cualesquiera el plazo o términos prescritos en las leyes o en las actos de las autoridades nacionales, salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa".—(Lo subrayado es de la Sala).—Siendo el texto de la ley suficientemente claro, sobra cualquier otro argumento para concluir que la decisión del Tribunal no se halla acorde con los términos legales y debe revocarse.—En cuanto a la observación del demandante de que la notificación de la liquidación está mal hecha por no aparecer en el texto de la misma los recursos a que tiene derecho el notificado, debe observarse que los requisitos que debe contener dicha liquidación están señalados en el artículo 18 del Decreto 1651 de 1961 y que las normas a que se refiere el demandante tienen aplicación para las providencias que ponen fin a una actuación administrativa tal como reza el artículo 74 del mismo Código, lo que no corresponde al caso en estudio.—(Sentencia de mayo 26 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Gabriel González S.—Revisión de Impuestos, expediente 4178) 465

49. IMPUESTOS.

Procedimiento gubernativo tributario.—El Decreto 1651 de 1961 y el Decreto 2821 de 1974.—El Decreto 1651 de 1961, en su artículo 31, disponía que contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios existían los recursos de reclamación ordinaria y

Páginas

reclamación extraordinaria.—En el artículo 32 fijó un término de tres (3) meses posteriores a la fecha de la notificación de la liquidación oficial del impuesto, para interponer el recurso de reclamación ordinaria y en los artículos 36 a 40 reglamentó la forma y las condiciones, así como los plazos para interponer el recurso de reclamación extraordinaria.—El artículo 19 del Decreto 2821 de 1974 suprimió la terminología consagrada en el Decreto 1651 y estableció como simple recurso de reposición la denominada reclamación, el cual puede interponerse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la correspondiente liquidación de impuestos.—El artículo 26 del mismo decreto dispuso que en los casos de reclamación extraordinaria previstos por el artículo 36 del Decreto 1651 con relación "a liquidaciones notificadas con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, en lugar del mencionado recurso deberá interponerse el de reposición, lo cual podrá hacerse hasta seis (6) meses después de la vigencia del presente Decreto".—Los dos artículos anteriores ponen de presente que dentro del sistema establecido por el Decreto 2821 las reclamaciones ordinarias y extraordinarias establecidas por el Decreto 1651 de 1961 se reemplazaron por el recurso de reposición el cual puede interponerse solo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la liquidación.—La modificación, por lo tanto, en cuanto a los términos para reclamar y en cuanto a la terminología aplicable a esos reclamos es notoria.—Los artículos 41 a 46 del Decreto 1651 reglamentaban los recursos procedentes contra las providencias que decidían las reclamaciones y que eran el de reposición y el de apelación, pero limitaban la reposición exclusivamente para los reclamos contra liquidaciones cuyo valor no excediera de $ 500.00 y las dictadas por la División de Impuestos Nacionales, cuando fijaran un gravamen superior al determinado en la providencia apelada o consultada o cuando resolvieran puntos nuevos no discutidos en la primera instancia.—El artículo 20 del Decreto 2821 de 1974 consagra el recurso de apelación contra las providencias dictadas por las Secciones de Recursos Tributarios, pero solo cuando el monto de la liquidación impugnada o el valor de la reclamación sea superior a $ 10.000.00 y su interposición debe hacerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto-ley 1651 de 1961.—Como se ve, en el Decreto 1651 las providencias dictadas por la Administración de Impuestos Nacionales eran susceptibles de recursos de reposición en unos casos y de apelación ante la Dirección General de Impuestos en otros, porque el criterio que informaba ese sistema era el de que el pronunciamiento de los funcionarios correspondientes tenía carácter de fallos de fondo y por lo tanto eran susceptibles de ser recurridos por el interesado—En el Decreto 2821 las reclamaciones ordinarias o extraordinarias establecidas por el Decreto anterior se convirtieron en recursos de reposición contra el acto administrativo de liquidación del impuesto y las providencias dictadas por la Sección de Recursos Tributarios al decidir esa reposición son susceptibles de apelación cuando el monto de la liquidación o del reclamo sea superior a $ 10.000.00.—Aquí también se observa claramente que hay un criterio totalmente diferente en el manejo del procedimiento para resolver las inconformidades del contribuyente con el acto administrativo de liquidación de sus impuestos de renta y complementarios.—Acorde con el nuevo sistema, el artículo 32 del Decreto 2821 estableció que se agota la vía gubernativa según los casos al

Páginas

ejecutoriarse la providencia dictada por la Sección de Recursos Tributarios o la dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de apelación o de consulta.—El artículo 33 del Decreto 1651 establecía los requisitos que debe llenar el contribuyente al interponer su reclamación y expresamente manifestaba que si éste no cumpliere con cualquiera de esos requisitos o lo hace fuera de tiempo, el funcionario producirá un fallo de mérito negando las peticiones formuladas por el contribuyente.—El texto reza así: "Artículo 33. El contribuyente que interponga el recurso de reclamación ordinaria contra la liquidación inicial o de revisión, debe llenar los siguientes requisitos: 'a) Expresar en el memorial por medio del cual interpone el recurso los motivos de inconformidad con la liquidación impugnada, e indicar la dirección a la cual debe enviarse el aviso de notificación de la providencia que resuelva la reclamación, y 'b) Acreditar, antes de que se reparta el expediente para fallo de fondo, que ha satisfecho, dentro del término que tenga para reclamar, el valor total de la liquidación privada o el de la que se haya practicado para reclamar.—'Si no se cumple cualquiera de estos requisitos, o si el recurso se interpone extemporáneamente, el funcionario del conocimiento negará las peticiones de la reclamación y la providencia que dicte se tendrá como fallo de fondo.—'Cuando en la liquidación para reclamar se hayan tenido en cuenta los errores que el contribuyente considera haber cometido en su declaración, se dictará fallo desfavorable si él no demuestra tales errores".—El artículo 24 del Decreto 2821 consagra también los requisitos que debe llenar quien formula el recurso de reposición y que sustancialmente son los mismos del Decreto 1651 con la única adición de que el interesado debe presentar una liquidación privada que incluya los factores no discutidos de la oficial y la prueba del pago correspondiente a esa nueva liquidación. Pero si todos los factores de la liquidación oficial que modifique la privada estuvieren impugnados, basta con acreditar el pago de la liquidación privada.—En el artículo 33 del Decreto 1651 solo se exigía acreditar el pago de la liquidación privada aunque estuvieren discutidos o no todos los factores que hubiera modificado la liquidación oficial.—En la parte final del mencionado artículo 24 del Decreto 2821 se dice textualmente: "...Cuando no se cumplen cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo, el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa".—Este último inciso es una evidente novedad en el procedimiento conocido y establecido por el Decreto 1651, puesto que de acuerdo con el análisis hecho hasta el momento, al desecharse el recurso por incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, la Sección de Recursos Tributarios se limita a no darle curso al proceso de reclamación y por lo tanto a no abrir la etapa gubernativa que permita discutir las razones de hecho y de derecho del contribuyente para solicitar la modificación de la liquidación oficial.—Al establecer el mencionado inciso que queda agotada la vía gubernativa al ser negada la reposición del auto que desechó el recurso no hace cosa distinta que reiterar lo previsto por el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, que dice: "Artículo 18. Para todos los efectos legales a que haya lugar, se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando las providencias o actos respectivos no son

Páginas

susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero, o estos recursos se han decidido, ya se trate de providencias o actos definitivos, o de trámite si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan fin o hagan imposible la continuación.—'Parágrafo. Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".—En esta forma las nuevas normas de procedimiento eliminan la segunda instancia para los reclamos que hayan sido formulados sin el lleno de los requisitos exigidos para su prosperidad y establece una nueva forma de agotamiento de la vía gubernativa, dejando al interesado únicamente la opción de recurrir a la vía jurisdiccional para que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto.—Naturalmente, al ocurrir ese fenómeno como es el planteado en esta demanda, la acción de revisión de impuesto debe orientarse no solamente a demostrar que no le asiste razón a la Administración para haber modificado los factores de liquidación de sus impuestos sino que el reclamo fue formulado con el cumplimiento cabal de esos requisitos.—Es cierto que mediante el auto que niega la reposición, la Administración se abstiene de estudiar las razones de fondo del reclamo quedando para la jurisdicción el correspondiente estudio; pero también es cierto que si aquél no ha sido formulado con el lleno total de los requisitos establecidos por la ley para su formulación, tampoco puede la jurisdicción entrar a resolver en el fondo, por cuanto el interesado no ha agotado debidamente la vía gubernativa por su culpa y obviamente no le ha nacido el derecho para ejercitar la acción, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.—La vía natural y lógica para reclamar ante la jurisdicción contra los actos administrativos que denegaron el recurso, es el de la acción de revisión de impuestos, puesto que de una vez, si se demuestra que el reclamo sí fue formulado con el lleno de los requisitos exigidos pueden los Tribunales entrar a revisar la operación administrativa de liquidación de sus impuestos con una notoria economía de tiempo para decidir en forma definitiva la situación del contribuyente enfrente al fisco.—La tesis contraria, que plantea el demandante en este negocio, produce un desperdicio de jurisdicción y una pérdida de tiempo perjudicial tanto para los intereses del contribuyente como para los intereses del fisco, pues si se pudiera mover la jurisdicción para que se limite a definir judicialmente si le asistía razón o no a la Administración para desechar el recurso, la consecuencia de esa decisión favorable sería la de regresar el negocio a la Administración para que empiece a tramitarse la vía gubernativa, en las dos instancias, con un desperdicio más o menos largo de tiempo, al final del cual si las decisiones de la Administración no le son favorables volver a comenzar un proceso jurisdiccional a nivel de Tribunal con la segunda instancia ante el Consejo de Estado, lo que llevaría por lo menos 5 años para llegar a una conclusión definitiva que consolide la situación del contribuyente ante el fisco.—Si por el contrario, enfrente de los autos que desechan el recurso y que de acuerdo con la normación legal es una forma de agotamiento de la vía gubernativa, el contribuyente puede en una sola demanda ejercitar la acción de revisión de impuestos, previa demostración de que cumplió debidamente con los requisitos establecidos por la ley para

Páginas

formular el recurso de reposición dentro de la vía gubernativa, eliminando una segunda instancia en el proceso administrativo y entrando de una vez a buscar la decisión final sobre sus obligaciones para con el fisco en el respectivo año gravable.—Este procedimiento fundado en una razonable y equitativa interpretación de las normas comentadas representa indiscutiblemente una utilidad favorable al contribuyente en el tiempo y una evidente economía procesal que elimina desperdicio en el uso de la jurisdicción. Es por lo tanto claro, que el legislador estableció para estos negocios de impuestos el agotamiento normal de la vía gubernativa si se cumple el proceso de las etapas de reposición y apelación ante la Administración y un agotamiento de la vía gubernativa extraordinario si la reposición original no cumple con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, quedando abierto el camino para que el contribuyente interesado recurra ante la jurisdicción para que se decida sobre todas sus peticiones y se defina cuanto antes su situación.—(Auto de marzo 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Inversiones La Capilla González Holguín y Cía. Limitada. Impuestos, expediente 4003) 459

50. IMPUESTOS.

Prohibición del doble gravamen contenida en el artículo 171, ordinal 9, del Código de Régimen Político y Municipal.—Elementos del concepto de impuesto, contribución o gravamen. — Impuesto al alojamiento en hoteles y similares.—La prohibición de gravar objetos ya gravados por la Nación, contenida en el artículo 171, ordinal 9º, persigue una finalidad de orden y armonía en la tributación pública, como presupuesto de un desarrollo normal de la actividad privada. — Se trata, pues, de evitar el caos impositivo con su secuela de inseguridad y desestímulo de la iniciativa de los particulares.—En el concepto de impuesto, contribución o gravamen están implicados, además del beneficiario que es el Estado (Nación, departamento, municipio), otros dos elementos, a saber: el sujeto pasivo, o sea la persona sobre quien pesa la carga u obligación de pagarlo y el objeto imponible o la materia que da lugar al tributo. Este último elemento ofrece características diversas, pues unas veces lo gravado es un objeto en particular, como determinado inmueble (impuesto predial); otras veces el conjunto de los bienes de una persona (impuesto sobre el patrimonio); en ocasiones, es cierta actividad de las personas como el tránsito (peajes) y otros casos el rendimiento producido por la actividad humana o, por el capital (impuesto sobre la renta).—El Decreto legislativo número 272 de 1957 (artículo 12), y el Decreto reglamentario 2542 de 1957, artículo 5º, establecen un impuesto nacional que grava el *alojamiento* de las personas en hoteles y establecimientos similares. El objeto gravado es, pues, una actividad bien determinada, el alojamiento u hospedaje que deberá ser recaudado de los usuarios del servicio por la entidad que lo presta y liquidado sobre el valor total de la cuenta de permanencia o consumo con base en una tasa del 5%. Dice el parágrafo del artículo 12, lo siguiente: "Parágrafo. Los hoteles estarán obligados a girar mensualmente y en los primeros cinco (5) días siguientes al mes vencido, el producto de este impuesto al Gobierno, y serán responsables del monto total de

Páginas

los gravámenes que debieran recaudar". (Decreto legislativo 1957, página 739).—(Sentencia de mayo 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de nulidad contra el Acuerdo número 40 de 1975, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta. Actor, Humberto Espinel E., expediente 2497) 351

51. IMPUESTO A LAS VENTAS.

Ni en el antiguo régimen ni en el actual se ha consagrado legalmente la exención de este impuesto a favor de agentes diplomáticos y consulares colombianos por el hecho de la importación directa de vehículos.—Se levanta la suspensión provisional de la circular número 09410 del 5 de junio de 1975, expedida conjuntamente por los Directores de Aduanas e Impuestos Nacionales.—Para la Sala resulta claro que la exención de un impuesto no puede ser establecida por un simple decreto reglamentario, de la misma manera que por tal medio no es posible crearlo, comoquiera que se trata de materias reservadas a la ley o al Gobierno cuando ejerza las facultades que constitucionalmente lo habiliten para expedir normas con fuerza de ley.—Pero, así se acepte en gracia de discusión la presunta inconstitucionalidad del artículo 5º del Decreto 1920 de 1971 resulta clara su contrariedad —y por ende, su derogatoria—, con el Decreto de emergencia 1988 de 1974, reorgánico del impuesto a las ventas, cuyo artículo 8º contempla expresamente la exención del impuesto sin incluir la contenida en el decreto primeramente citado y cuyo artículo 9º estatuye perentoriamente que las personas exentas de pagar impuestos nacionales, departamentales o municipales, no están exentas del impuesto sobre las ventas.—Por lo anterior, cabe concluir con el señor Agente del Ministerio Público: "Ni en el antiguo régimen ni en el actual se ha consagrado legalmente la exención de impuesto a las ventas a favor de agentes diplomáticos y consulares colombianos por el hecho de la importación directa de vehículos y, en consecuencia, no es violatoria de ninguna norma la afirmación contenida en la circular 09410 de 5 de junio de 1975 expedida por el Director General de Aduanas y el Director General de Impuestos Nacionales sobre el particular".—(Sentencia de enero 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Orlando García H.—Acción de nulidad contra la circular número 09410 de 1975, expedida conjuntamente por los Directores de Aduanas e Impuestos Nacionales, expediente 3299) 231

52. IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS.

Se declara la nulidad de la circular número 11 de 1975 (noviembre 10), originaria del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte—COLDEPORTES.—El señor Agente del Ministerio Público, doctor Jorge Dangond Flórez, tras de reseñar y comentar la legislación en materia de gravámenes a los espectáculos públicos y lo atinente al fomento de la industria cinematográfica, concluye así: "De la relación hecha en el punto tercero de este escrito se desprende que el impuesto del diez por ciento sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos, se le dio una destinación específica

Páginas

y transitoria por virtud de la Ley 1ª de 1967; después se restringió su fuerza en el espacio y en el tiempo, pues se redujo al territorio del Valle del Cauca y al del Tolima, con destino diferente y durante el término comprendido entre 1968 y 1972; posteriormente se extendió a todo el territorio nacional y se cambió su destinación y, finalmente se dispuso su vigencia indefinida. Pero siempre como gravamen del 10% sobre el valor de cada boleta personal de entrada a espectáculos públicos.—"Ahora bien: Como el Decreto 879 de 1971, expedido con fundamento en la autorización otorgada al Gobierno Nacional por la Ley 9ª de 1942, estableció una 'exención de todos los impuestos nacionales que graven los espectáculos públicos, a favor de las películas colombianas que exhiban y del 25% del valor de esos impuestos respecto de los cortometrajes de duración mínima de siete minutos, no se ve la razón para sostener que tal exención no opera respecto al gravamen contemplado en las Leyes 1ª y 49 de 1967 y 47 de 1968". La Sala comparte las anteriores apreciaciones de su Fiscal, para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, y observa que los espectáculos son siempre públicos.—(Sentencia de mayo 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila Hernández. Actor, Jorge H. Botero, expediente 3574) 277

53. IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Se suspenden provisionalmente los efectos de la frase "aunque se destinen a territorios distintos de éste", contenida en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto reglamentario 950 de 1975 del Alcalde de Bogotá.—A fin de determinar en forma objetiva si la violación señalada por el actor es flagrante y manifiesta, se transcriben a continuación el artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974 del Concejo Distrital de Bogotá y el artículo 5º del Decreto 950 de 1975, dictado por el Alcalde Mayor del Distrito Especial y que es reglamentario del Acuerdo anterior.—Dicen textualmente esos artículos: "Artículo 17. Para determinar el gravamen correspondiente a un establecimiento en donde se ejerzan actividades comerciales, se tomará como base el promedio mensual de ventas u operaciones brutas realizadas en Bogotá y se ponderará por la tarifa que pertenezca a dicho establecimiento, de acuerdo con la establecida en el artículo 16.—'Para los efectos de este artículo podrá descontarse del promedio mensual, las realizadas para territorios distintos del Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con el movimiento de su contabilidad en libros legalmente registrados".—Artículo 5º Ocurre el fenómeno de la doble tributación, cuando a cargo de un solo sujeto pasivo se determine dos veces el mismo impuesto, produciéndose una triple identidad: de unidad de sujeto activo, de sujeto pasivo y de causa o hecho imponible.—"En todos aquellos casos contemplados en los artículos 17 y 18 del Acuerdo número 10 de 1974, siempre que no incurran en la figura descrita en el inciso anterior, las ventas que se realicen en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, aunque se destinen a territorios distintos de ésta, serán sujetos del gravamen de industria y comercio".—Como la razón que tuvo el Tribunal para negar la suspensión o mejor dicho para entender que no hay violación objetivamente manifiesta de la norma reglamentada, consiste en la interpretación del giro verbal "podrá descontarse" que utiliza el artículo 17 del Acuerdo, es valedera la

argumentación formulada por el demandante de que esa facultad opcional que entiende el Tribunal como otorgada por el Concejo al Alcalde para imponer o no gravámenes sobre determinada parte de la actividad comercial de los contribuyentes, es abiertamente inconstitucional, pues dicha facultad no es delegable y es de competencia exclusiva de los Concejos Municipales, con fundamento en las atribuciones legales correspondientes. De suerte que dicho giro gramatical no puede en ninguna forma entenderse como una facultad opcional otorgada al ejecutor del régimen impositivo y recaudador del impuesto, porque ello es contrario a la Constitución y a la ley como repetidamente lo ha sostenido el Consejo en oportunidades anteriores.—Habría, pues, que encontrarle un sentido lógico a ese giro facultativo de poder descontar las ventas hechas para territorios distintos del Distrito Especial, el cual surge fácilmente del sistema establecido en el mismo Acuerdo número 10 de 1974 y consagrado en sus artículos 23, 24 y 25, los que a la letra dicen: "Artículo 23. Entre el 1º de enero y el 30 de abril de cada año, los contribuyentes gravados con impuesto de industria y comercio deberán presentar por triplicado, ante la División de Impuestos, la declaración descrita y jurada, correspondiente a sus actividades en el año inmediatamente anterior, que contenga las informaciones que dicha dependencia señale en desarrollo del presente Acuerdo".—"Artículo 24. Los contribuyentes sujetos al impuesto de industria y comercio, deberán acompañar con la declaración de que trata el artículo anterior, la liquidación privada del impuesto en los formularios por triplicado que suministre, para tal efecto, la División de Impuestos".—"Artículo 25. El funcionario que reciba la declaración y la liquidación privada, deberá firmar, sellar y enumerar en orden riguroso cada uno de los ejemplares, con anotación de la fecha de recibo y devolverá uno de ellos al contribuyente". Como se observa, el sistema para obtener la información y efectuar la liquidación del impuesto de industria y comercio establecido para el Distrito Especial de Bogotá, es similar al del impuesto de renta y complementarios, por medio del cual el contribuyente formula una declaración correspondiente a sus actividades en el año inmediatamente anterior y elabora una liquidación privada de acuerdo con esos guarismos que servirán de base para que el funcionario correspondiente verifique la veracidad de esos datos y confirme o modifique la liquidación que de su propio impuesto ha hecho el contribuyente. Se trasladó, por lo tanto, en principio, la facultad de fijar la base impositiva al propio contribuyente quien deberá declarar bajo juramento los datos que sirven para su propia liquidación y entonces de allí resulta claramente que la frase empleada en el artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974 de: "podrá descontarse del promedio mensual", no se refiere a una facultad opcional que le da el Concejo al Alcalde para gravar o no determinadas actividades comerciales, lo cual es abiertamente inconstitucional e ilegal, sino una atribución al contribuyente para que en el cálculo de la base impositiva que debe hacer en su respectiva declaración pueda descontar del promedio mensual las ventas realizadas dentro del Distrito, pero con destino a territorios distintos del mismo.—Entendida, pues, en esa forma, la norma del inciso 2º del artículo 17 del Acuerdo número 10 de 1974, resulta flagrantemente violada al disponer el artículo 5º del Decreto 950 de 1975 que las ventas que se realicen en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, aunque se destinen a territorios distintos de éste, se-

Páginas

rán objeto del gravamen del impuesto de industria y comercio.—(Auto de enero 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Luis Fernando Lloreda, expediente 3913) 358

54. IMPUESTO PREDIAL.

Inmuebles por destinación.—Debe excluirse del avalúo catastral, únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial, el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente.—Para los demás fines del Catastro Nacional podrá computarse el valor de dichas maquinaria e instalaciones.—(Sentencia de abril 19 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Malterías de Colombia, S. A.)—(Ver número 7 del índice) 246

55. IMPUESTO SOBRE LAS MERCANCIAS EXTRANJERAS QUE INGRESEN AL TERRITORIO NACIONAL Y QUE HAYAN IMPORTADO LOS COMERCIANTES DE LA INTENDENCIA DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA.

Se declara la nulidad de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto reglamentario 1014 de 1976.—Para decretar la suspensión provisional del artículo 1º acusado, el Consejero sustanciador razonó de la sigiuente manera, en auto de 19 de julio de 1976: "El artículo 31 de la Ley 1ª de 1972 grava con impuesto de 15 centavos por cada peso o fracción a las mercancías extranjeras que ingresen al territorio nacional y que hayan importado los comerciantes de la Intendencia de San Andrés y Providencia, gravamen establecido en favor del fisco de la misma Intendencia.—'En tanto que el artículo 1º del decreto reglamentario acusado dispone que el referido gravamen lo percibirá la Intendencia 'en la misma oportunidad y mediante el mismo sistema establecido para cobrar el impuesto de consumo de que tratan los artículos 4º de la Ley 127 de 1959 y 6º de la Ley 78 de 1960'.—"Las normas invocadas por el decreto reglamentario establecen un impuesto de consumo, de diez centavos sobre las mercancías extranjeras 'que se importen del territorio de San Andrés y Providencia'.—'Se trata, por tanto, de dos impuestos diferentes: El de las Leyes 127 de 1959 y 78 de 1960 es impuesto que grava el consumo de mercancías extranjeras que se importen a las Islas, mientras que el de la Ley 1ª de 1972 es impuesto que recae sobre las mercancías extranjeras que ingresen al resto del territorio nacional, pero que se hayan importado a través del puerto libre de San Andrés y Providencia. En consecuencia, el primer impuesto se causa en el momento de la nacionalización de la mercancía en el referido puerto, en tanto que el segundo, en el momento de ser despachada la mercancía para el territorio continental o en el momento de su introducción en éste.—'Resulta, entonces, que al disponer el Gobierno en el artículo 1º del decreto acusado que el segundo impuesto lo percibirá la Intendencia de San Andrés y Providencia 'en la misma oportunidad y mediante el mismo sistema establecido para cobrar el impuesto de consumo' incurrió en violación del artículo 31 de la Ley 1ª de 1972, puesto que se cobraría el gravamen antes de que se cause, excediendo la facultad reglamentaria. No

Páginas

ocurre lo propio con las demás normas del Decreto número 1014 de 1976".—La Sala considera que la anterior motivación es suficiente para decretar la nulidad de la norma suspendida. Por lo que hace a los artículos 3º y 4º en cuanto ellos se limitan a prescribir disposiciones complementarias del artículo 1º y no pueden subsistir sin éste, se impone decretar, igualmente, su nulidad. No ocurre lo mismo respecto del artículo 5º que debe mantenerse, ya que es necesario saber en qué momento entró a regir la norma del artículo 32 del Decreto acusado, que se mantiene, por no haber sido demandada.—(Sentencia de marzo 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actores: Francisco E. Gómez G. y otro, expediente 3819) 96

56. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. — RENTA POR COMPARACION DE PATRIMONIOS.

Se declara la nulidad de las palabras "RECARGOS Y SANCIONES" contenidas en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto 187 de 1975. — El texto completo de cuyas palabras se pide anulación es el siguiente: "Artículo 91. Para efectos de la determinación de la renta por comparación de patrimonios, a la renta gravable se adicionará el valor de la ganancia ocasional neta, las rentas cedidas por el contribuyente y las rentas exentas. De esta suma se sustrae el valor de la renta de goce, los impuestos de renta y complementarios, *recargos y sanciones* pagados durante el año gravable incluyendo retención y anticipo efectivamente pagado y, en su caso, la renta recibida del cónyuge" (el subrayado no es del texto).—La norma reglamentada por su parte consagra lo siguiente: "Artículo 74. Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considerará renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.—'Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes: '1. En lo concerniente a la renta: a) Por renta de goce; b) Por rentas cedidas entre cónyuges, y c) Por impuestos de renta y complementarios ya pagados.—'2. En lo concerniente al patrimonio, los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales.—'Cuando de las informaciones de la declaración no apareciere la explicación completa del aumento patrimonial, deberá requerirse por escrito al contribuyente, para que explique y demuestre las causas del aumento, dándole para hacerlo un plazo mínimo de quince días hábiles.—'Parágrafo. La determinación de la renta líquida gravable por el sistema establecido en este artículo no da lugar a sanción por inexactitud, pero sí a la sanción por omisión de bienes o inclusión de pasivos inexistentes".—Como se puede observar el problema radica en establecer si el literal c) del numeral 1º del artículo 74 del Decreto legislativo 2053 de 1974, que se refiere a los ajustes que se deben hacer a la renta para calcular la diferencia patrimonial que dé lugar a la liquidación del impuesto de renta por comparación patrimonial, y que dice: "Por impuesto de renta y complementarios ya pagados", incluye en esa noción los recargos y sanciones que expresamente establece como materia deducible el decreto reglamentario.—Tanto el

abogado de la Dirección General de Impuestos como el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado consideran que dicha noción se halla implícita en la denominación hecha en el decreto legislativo y especialmente el último menciona para reforzar su tesis, los artículos 8º, 13, 15, 30, 35 y 36 del Decreto legislativo 2821 de 1974 en donde se establece una serie de sanciones, bien por extemporaneidad en la presentación de la declaración, en la facultad que tiene la Administración para modificar la liquidación privada, fijando en dicha modificación los recargos y las sanciones, así como los intereses que se causen por la obligación tributaria y expresamente dice que el contribuyente "debe pagar los mayores impuestos que resulten a su cargo junto con los intereses y sanciones". Igualmente el abogado de la Dirección de Impuestos sostiene que los cargos y sanciones se hallan entrelazados con los impuestos a que se refiere por medio de un nexo de carácter causal que necesariamente presupone su existencia y que aquéllos están incluidos implícitamente al mencionar los impuestos, "debido al fatal nexo causal que los correlaciona".—Las nociones anteriores están indicando con claridad que los impuestos son sustancialmente distintos de los recargos y sanciones, pues mientras el Fiscal sostiene que el contribuyente debe pagarlos juntos, lo que ya implica que son distintos, el abogado de la Dirección de Impuestos sostiene que existe una relación causal entre ellos lo que también está indicando su diferencia sustancial.—La íntima correlación de unos y otros no modifica el que sean diferentes en su naturaleza, y el hecho de que en un mismo acto se incluyan, bien en la declaración privada o bien en la liquidación oficial unos y otros, no desvirtúa esta noción, sino que por el contrario, la confirma máxime si se tiene en cuenta, como se mencionó en el auto de suspensión provisional, el artículo 1º del Decreto legislativo 2053 de 1974 que define y concreta lo que se debe entender por impuesto sobre la renta y complementarios sin que en los títulos a que se refiere dicho artículo haya una sola norma en que se establezcan o consagren los recargos y sanciones.—Por el contrario solo en el Título VII del decreto legislativo, que no está mencionado en el artículo 1º del mismo, se hace referencia a intereses y sanciones, para decretar una amnistía tributaria para los declarantes del año gravable de 1974 y para los que pagaren antes del 1º de enero de 1975 sus obligaciones para con el fisco (artículos 140 y 141).—Podría pensarse que los recargos y sanciones son más bien obligaciones accesorias que se derivan de obligaciones principales como la oportuna declaración de renta de la finalidad en el denuncio de los bienes y de las rentas, la de la acertada liquidación del impuesto y la de su oportuno pago o del cumplimiento de determinados requisitos que la ley exige al contribuyente.—Por último, el Decreto legislativo 2821 de 1974 que sí se refiere a sanciones y al cual corresponden los artículos mencionados por el Fiscal para sostener su tesis, es precisamente el que consagra las normas procedimentales en materia tributaria que tiene indudablemente una íntima correlación con la materia sustantiva, pero no por ello participa de su naturaleza, ya que en ese decreto simplemente se fijaron los recursos y las guías para hacer efectivas las obligaciones tributarias de los contribuyentes o sancionarlos por el no cumplimiento de esas mismas obligaciones.—No se puede tampoco perder de vista que en materia tributaria, como reiteradamente lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, las normas son de carácter restrictivo y no puede ampliarse

Páginas

su aplicación a casos diferentes de los señalados expresa y claramente por ellos.—(Sentencia de marzo 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Alvaro Macías Ordóñez, expediente 3621).—Acción de nulidad contra el artículo 91 del Decreto reglamentario número 187 de 1975 100

57. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.

Se declara la nulidad de la posición 87-02-05-29 del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2810 de 1974, solo en cuanto por ella se incluyeron como sujetos del gravamen los vehículos de diez mil libras americanas.—La fuerza de los argumentos del demandante más las pruebas que adujo conducen a concluir que evidentemente se causaría daño al permitir que subsista el equívoco gramatical que podrá crear el impuesto del 15% para los vehículos que pesan 10.000 libras americanas, cuando la disposición sustancial evidentemente excluye del gravamen a tales vehículos. Como lo advierte el demandante, la norma principal es lo suficientemente clara como para que pueda aplicarse sin necesidad de la existencia de un reglamento, que, infortunadamente, en este caso realmente origina ambigüedad.—(Sentencia de enero 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Jaime Quintero A., expediente 3860) 61

58. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS.

Vinculados económicos.—Queda sin efecto la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 1975 del Gobierno Nacional.—Aunque se accedió el decreto de suspensión provisional, después de escuchar a los interesados el Consejo llega a la conclusión de que evidentemente las razones expuestas por el representante de la Dirección de Impuestos, convencen en el sentido de que lo que se propone el acto acusado es evitar que valiéndose de un tercero no vinculado pueda soslayarse la obligación que establece el precepto sustancial sobre la causación del impuesto o cuando intervienen en las operaciones de compraventa personas vinculadas económicamente entre sí. En otras palabras, el decreto reglamentario simplemente aclara lo que ya está establecido en el decreto legislativo o sea que si la transferencia se hace entre vinculados económicos, el impuesto se causa en el momento de tal transferencia aunque ella ocurra por interpuesta persona que es lo que el diccionario llama testaferro, o sea aquella persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.—Muy bien lo resumió el señor representante del Ministerio de Hacienda durante la audiencia cuando explicó: "1º De acuerdo con la legislación anterior a la de emergencia económica, Decreto 3288 de 1963, se dispuso que entre los sujetos pasivos del impuesto sobre las ventas quedaran incluidos los vinculados económicos de los productores e importadores.—'El reglamento, artículo 3º del Decreto 377 de 1965, introdujo como uno de los elementos de vinculación económica, la venta directa del bien entre el productor o importador y el vinculado.—'2º La legislación de emergencia en lo referente al impuesto sobre las ventas (artículo 11, Decreto 1988 de 1974), no establece como condición para

Páginas

que exista vinculación económica, que el bien se transfiera directamente, sin interpuesta persona, entre productor o importador y el vinculado económico. No es, por lo tanto, elemento de vinculación la enajenación entre las personas previstas por tal artículo.—'3º Lo que exige la ley, para que el impuesto se genere cuando un vinculado económico enajena, es: 'I. Que el artículo, producto, mercancía o bien corporal mueble procesado, objeto del negocio del vinculado, sea el mismo que haya producido o importado su vinculado.—'II Que se sucedan los demás elementos del hecho generador con respecto al vinculado".—(Sentencia de febrero 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Guillermo Gómez T., expediente 3620) 67

59. IMPUESTOS SUCESORAL Y DE GANANCIAS OCASIONALES.

Se declara la nulidad del inciso 1º del artículo 1º, del Decreto reglamentario número 1227 de 1975, en la parte que reza: "Para efectos de los artículos 11 y 41 de los Decretos 2143 y 2821 de 1974, respectivamente, se entiende por última declaración de renta del causante la correspondiente al año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso".—"Al comparar las disposiciones acusadas con las transcritas que se indican como vulneradas, surge a primera vista y sin dificultad que la remisión que hace la ley a la declaración de renta de la que depende la partición y que sustituye la antigua diligencia de inventarios y avalúos es la que *hizo el causante antes de morir* o sea la última anterior a su muerte. El proceso de sucesión puede demorarse mucho tiempo y la demanda puede ser presentada varios años después de la muerte del de cujus, pero como los derechos y deberes de los sucesores surgen en el momento mismo de la muerte del causante, según lo prescribe el Código Civil, los bienes y las rentas que se obtengan con posterioridad a dicho momento no son objeto del proceso de sucesión salvo cuando hayan de distribuirse los frutos obtenidos después del fallecimiento por actos de administración de los herederos. Pero esos nuevos bienes no son objeto del juicio para fijar los derechos del fisco ni determinar los valores de quienes tengan derecho a suceder. 'La advertencia que hace la demanda sobre las palabras usadas en el inciso 2º del artículo 10 del Decreto 2143 de 1974 es suficiente para que salte a primera vista la contradicción entre la norma acusada y la de ese artículo en el que se alude a la declaración de renta y patrimonio presentada antes de su muerte". Después del auto de suspensión provisional nada nuevo se ha expresado ni por el demandante ni por el Fiscal. El Ministerio de Hacienda no se hizo parte. Solo debe agregarse, como aclaración, que las rentas que se obtengan por los administradores de los bienes relictos, desde la muerte del causante hasta el día del registro de la partición, y los bienes que se adquieran o se enajenen durante el mismo lapso, son objeto del impuesto de renta y complementarios que pagará el administrador de la herencia, que es sujeto tributario mientras no se liquide o reparta. Esta única aclaración, más las razones ya transcritas, basta para decidir.—(Sentencia de febrero 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Julio Ortiz Márquez, expediente 3897) 92

Páginas

60. INESCINDIBILIDAD LEGAL. — APLICACION INTEGRAL DE LAS NORMAS QUE RIGEN UNA INSTITUCION JURIDICA Y DE LOS RECURSOS EN ELLAS CONSAGRADOS.

El procedimiento para liquidar las condenas en abstracto no aparece consagrado en el C. C. A., por lo que resulta imperioso ocurrir a disposiciones que sobre tal materia trae el C. P. C., en sus artículos 307 y siguientes, con aplicación del artículo 282 del C. C. A., que prevé esta manera de llenar los vacíos de sus propias regulaciones.—Estimada así la regulación o liquidación de la condena en abstracto ha de tomarse tal institución en su integridad sin pretender desarticularla con injertos de disposiciones de otros códigos, porque ello implicaría violación flagrante del conocido principio de hermenéutica jurídica de la "inescindibilidad legal".—Por tanto, la forma de dictar providencia que ponga fin al incidente de regulación, la determinación de los recursos que contra ella procede, ha de hacerse con vista en normas pertinentes del C. P. C. y leyes que lo reforman y adicionan, que no son otras, para el caso sub júdice, que las contenidas en el artículo 7º del Decreto-ley 1265 de 1970, 29 y 348 del C. P.C., a falta, se repite, de normas especiales del C. C. A.—Por ello, no obstante que conforme al C. C. A. no hay una sola norma que autorice la apelación de esta clase de providencias, cuando son dictadas en primera instancia, ellas resultan apelables al tenor del artículo 351, numeral 4º, del C. P. C.— (Auto de junio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Osvaldo Abello Noguera. Actor, Gladys Díaz de Orozco). (Ver número 78 del índice) 385

61. INHABILIDADES ELECTORALES.

Artículos 108 y 114 C. N. y artículo 1º Ley 17 de 1969.—Proyecto de Acto legislativo número 4 de 1976, artículo 14, sobre cambio y separación de fechas para las elecciones de Presidente de la República y de miembros del Congreso.—Dice el artículo 114 de la C. N. que "el Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos y para un periodo de cuatro años, en la forma que determine la ley.—'La elección de Presidente de la República y de miembros del Congreso se hará en un mismo día, en la fecha que determine la ley, la de las corporaciones a que se refiere el inciso 3º del artículo 83 se efectuará el mismo día, cuando su renovación coincida con las del Congreso".—Por su parte, el artículo 108 de la misma Constitución señala las personas inelegibles así: "El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones. Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o diputados, los gobernadores, los alcaldes de capitales de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los contralores departamentales y los secretarios de gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido juris-

Página

dicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva.—Dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido senador y representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones.—A su vez el artículo 1º de la Ley 17 de 1969 dice: "En desarrollo del artículo 114 de la C. N., señálase, a partir de 1970, el tercer domingo del mes de abril para elección de Presidente de la República, senadores, representantes a la Cámara, diputados a las asambleas departamentales, consejeros intendenciales y concejales.—'Parágrafo. En las elecciones para consejeros intendenciales regirá lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 172 de la C. N. sobre asambleas y concejos".—El aparte del Acto legislativo número 4 de 1976 es un proyecto que, es de dominio público, apenas ha sido aprobado en su primera tramitación —llamada primera vuelta— y falta asimilar trámite —segunda vuelta—. Así, pues, como es un mero proyecto, no hay normas definidas por el constituyente, es apenas una situación de expectativa, es una mera iniciativa, no ha nacido el contenido a la vida constitucional del Estado.—En tales circunstancias aparece la confrontación, para su aplicación, de textos constitucionales y legales ciertos, válidos, vigentes, con meras situaciones de expectativa, de iniciativa, de normas en trámite de contenido reformatorio, pero aún sin su definitiva aprobación por el órgano competente que es el CONSTITUYENTE.—¿Qué sucede entonces? La respuesta es obvia: tienen su plena aplicación las normas constitucionales transcritas y la Ley 17 de 1969, porque todavía conservan su existencia constitucional y legal, sin que por norma de igual categoría, emanada de la entidad competente, se le haya quitado del actual ordenamiento jurídico.—Es de observarse, que si llegare a darse aprobación al proyecto de acto legislativo a que se refiere la consulta, las fechas de las elecciones separadas serán las que se señalaren en la ley que se expida en su desarrollo y SUBSIDIARIAMENTE lo serán las indicadas en el parágrafo transitorio, en caso de que no se alcance a dictar la dicha ley. El texto de esa iniciativa en esto es sumamente claro.—En consecuencia, en la actualidad, y en relación con la consulta, conservan plena aplicación los artículos 114 y 108 de la C. N., así como el artículo 1º de la Ley 17 de 1969.—En el supuesto de aprobarse el proyecto del acto legislativo número 4 de 1976, las fechas separadas de elecciones serán las que se indiquen en la ley que se dicte en su cumplimiento, y SUBSIDIARIAMENTE, el parágrafo transitorio, si fuere aprobado. Partiendo de la base de que tuviere aplicación el parágrafo transitorio del citado proyecto del acto legislativo, en su texto actual porque no se dictare la ley, las inhabilidades respectivas empiezan a contarse un año antes de los días en él indicados para efectuar las correspondientes elecciones.—(Concepto de febrero 11 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas.—Consulta formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio 126 de ese Ministerio) 19

62. INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN.

Inspección y vigilancia sobre ellas por parte del Presidente de la República.—Los reglamentos constitucionales o autónomos y el artículo

Páginas

120, ordinal 19, de la C. N.—Vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República.—El artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, que con ligeras modificaciones corresponde al artículo 120, ordinal 21, de la Constitución de 1886, atribuye al Presidente, como "suprema autoridad administrativa, ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores". Este precepto fue desarrollado por el Decreto 685 de 1904, pero la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible varias de sus disposiciones, por sentencia proferida el 10 de agosto de 1937. Esto determinó que se expidiera la Ley 93 de 1938, cuyas disposiciones reiteraron, en buena parte, las del mencionado decreto, pero varias de ellas también fueron declaradas inexequibles por la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 1973 (Foro Colombiano, número 36, páginas 13 a 21), sobre la base esencial de considerar que el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución consagró en favor del Presidente una cláusula general de competencia que excluye, en la materia, la del Congreso. Esta decisión hizo que el Gobierno dictara el Decreto 054 de 1974, expedido con base en las indicadas atribuciones constitucionales, respecto del cual esta Sala, por sentencia proferida el 28 de octubre de 1974, declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada, por estimar, sustancialmente, que se dictó como consecuencia directa de la sentencia pronunciada por la Corte el 13 de diciembre de 1973. De este modo, según la expuesta decisión de la Corte, el Presidente puede desarrollar, mediante reglamentos constitucionales o autónomos, la facultad que le otorga el artículo 120, ordinal 19, de la Constitución, con absoluta exclusión del Congreso. Pero, como expuso la Sala en sentencia del 7 de septiembre pasado, esto sin perjuicio de las funciones de la Contraloría General de la República, de acuerdo con los artículos 9º y 15 de la Ley 93 de 1938, declarados exequibles por la sentencia proferida por la Corte el 1º de diciembre de 1973, y con los artículos 2º y 61 de la Ley 20 de 1975 que le atribuyen, respectivamente, "la vigilancia y el control fiscal de las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación", y la obligación de organizar "una unidad de trabajo especial, encargada de establecer la existencia y representación legal de las entidades de carácter privado que reciban dineros o bienes de la Nación para Acción Comunal o para fines sociales o culturales, y de la fiscalización de su manejo", entidad que "podrá delegar en las Contralorías Departamentales el control previo y perceptivo sobre el manejo de fondos y bienes nacionales entregados a las instituciones de utilidad común, juntas de Acción Comunal y agremiaciones particulares", pero no "el examen posterior de dichas cuentas" ("Diario Oficial", número 34313, páginas 481 y 483). (Sentencia de mayo 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Decreto 554 de 1975, dictado por el Gobierno Nacional.—Expedientes acumulados números 2310, 2320 y 2342. Actores: Carlos Holguín H. y otros). (Ver números 37, 38 y 90 del índice) 181

Páginas

63. INSUBSISTENCIA DEL PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación y, su ausencia, no puede conducir a su nulidad. — Dice la Fiscalía: "En cuanto a los requisitos que deben llenarse para la legalidad de la insubsistencia del funcionario público nacional, este Despacho considera que son los comunes a los actos administrativos tales como competencia, formalidades, etc. Al respecto, la parte demandante solicita la nulidad de la insubsistencia por no aparecer constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida y porque la norma expresa que "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieran en contravención a las disposiciones de este Decreto" (artículos 26 y 61 del Decreto legislativo 2400 de 1968).—"Sobre este punto la Fiscalía considera que la anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación y, su ausencia no puede conducir a su nulidad. La ley autoriza declarar la insubsistencia del personal de libre remoción, sin motivación, pero 'sin embargo', debe dejarse constancia de las causas en la hoja de vida, cuyo objeto es que la novedad y sus razones queden registradas para posteriores efectos. Luego, si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causal, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como *trámite previo* para la existencia y validez de la decisión administrativa.—'De otra parte, es pertinente agregar que 'la constancia' no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve cómo pueda influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la 'constancia' como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, si hubiera omitido la expresión 'sin embargo', deberá dejarse constancia..." que denota formalidades subordinarias. "Además, si así no lo fuera la sola circunstancia de no enviar la hoja de vida autenticada o no al Departamento Administrativo del Servicio Civil, como se ordena en el parágrafo 1º del artículo 25 del mismo texto, también daría lugar a la nulidad del acto por medio del cual se declara la insubsistencia del respectivo empleado, tanto más si se tiene en cuenta que esto último constituye una actuación posterior a la expedición del acto administrativo propiamente dicho. En consecuencia, este Despacho considera que la omisión de la constáncia en la hoja de vida no es causa eficiente para declarar la nulidad del acto acusado".—(Sentencia de febrero 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho Rodríguez. Acción de nulidad contra el Decreto 118 de 1974 del Gobierno Nacional. Actora, María F. González Q., expediente 3410) 87

Nota de la Relatoría. Ver sentencia de julio 12 de 1976, publicada en los extractos del mes de julio de 1976, página 136, en la cual se sostuvo la tesis contraria.

64. INTERESES.

Páginas

De las sumas dejadas de devengar, no proceden en el restablecimiento del derecho laboral.—Respecto a la petición de la demanda de que se condene a pagar al demandante los intereses corrientes de las sumas dejadas de devengar desde la fecha de su retiro del cargo hasta cuando sea restablecido al mismo y se le paguen las sumas adeudadas, considera la Sala que es improcedente dentro de la presente acción, ya que no solamente no se demostró el derecho a reclamarlos, sino que, además, no se trata de una indemnización de perjuicios, concepto al que corresponde el pago de intereses. En esta clase de acciones se restablece al lesionado su derecho y por lo mismo queda resarcido como indemnización con los sueldos que habrá de percibir, sin aditamentos y a esto habrá de reducirse la sentencia.—(Sentencia de mayo 14 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo S.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 629 de 1974 de la Superintendencia de Notariado y Registro. Actor, Pedro A. Cepeda; expediente 2466) 293

65. INTERVENCION DE QUE TRATA EL ARTICULO 32 DE LA C. N.

Naturaleza de los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención que le imparta el Congreso, conforme al artículo 32 de la C. N.—Competencia del Consejo de Estado para conocer de las demandas contra dichos decretos—Diversas facultades constitucionales del Gobierno.—Lo preceptuado por el numeral 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (equivale al 9º de la Constitución de 1886) no tiene incidencia en lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución vigente, por la sencillísima razón de que en la Constitución de 1886 no existía ni siquiera parecida al actual artículo 32, debido a que la Carta del 86 ignoró la intervención del Estado, autorizada hoy por el citado artículo 32. Y si en 1886 no existía como "atribución ordinaria" del Presidente la intervención consagrada por primera vez en 1936 (Acto legislativo número 1 de ese año, artículo 11), mal puede afirmarse que tal intervención tenga algo que ver con los famosos "decretos especiales" del numeral 11 (antes 9º), del artículo 76 de la Constitución Nacional, decretos ya consagrados desde 1886 por ésta.—Fue en el año de 1936, como se ha dicho, en el que se introdujo entre nosotros el concepto de *intervención del Estado.* Pero el aludido artículo 11 del Acto legislativo número 1 de 1936 preceptuó: "El Estado puede intervenir POR MEDIO DE LEYES en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho..." (Subraya la Sala).—Al tiempo que se introducía la "intervención del Estado", como función del legislador, se conservó, bajo el número 8º del artículo 76 de la Carta, la facultad del Congreso para "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".—Lo que apoya el argumento de que una cosa son los decretos que dicte el Gobierno en desarrollo de las autorizaciones del tantas veces citado ordinal 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (9º del artículo 75 de la Constitución de 1886 y 8º del mismo artículo del Acto legislativo número 1 de 1936), y otras

los que dicte en desarrollo de la orden de intervención dada al Gobierno en virtud del artículo 32 de la Carta.—Pues si el Acto legislativo número 1 de 1936 concibió tal intervención del Estado como facultad privativa del Congreso y nada dijo respecto del Gobierno, que permitiera sospechar siquiera la existencia de una facultad ordinaria de éste, mal se pueden equiparar los decretos del tantas veces citado numeral 11 del artículo 76, con los dictados por el Gobierno con el fin de ejecutar la orden de intervención dada por el Congreso. Obsérvese: a) Que en la Constitución de 1886, lo mismo que en el Acto legislativo número 1 de 1936 y en la codificación constitucional vigente, se habla claramente de "funciones dentro de la órbita constitucional" del Gobierno; b) Que en la Carta de 1886 se ignoró la "intervención del Estado", y c) Que en la codificación constitucional de 1936 se niega al Gobierno como función comprendida dentro de la órbita constitucional de sus poderes la facultad de intervención, la que se reserva al Congreso como función privativa de éste (artículo 28, codificación constitucional de 1936).—Sobre esto se remite la Sala a la doctrina sentada por la Corte en su fallo de septiembre 4 de 1939 (G. J. T. XLVIII, páginas 610 y siguientes), el que influyó decisivamente en la Reforma de 1945.—Siendo la Ley 7ª de 1943 expedida bajo el régimen constitucional de 1936, ningún fundamento jurídico tiene la tesis de que los decretos que dicte el Gobierno en acatamiento a la intervención en ella consagrada, sean de los comprometidos por el numeral 11 del artículo 76 C. N. Cabe preguntarse ¿si ese estado de cosas ha variado hoy?—En absoluto: El Acto legislativo número 1 de 1945, en su artículo 4º, modificó el artículo 28 de la codificación constitucional de 1936, en los siguientes términos: "Artículo 32. El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. 'Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional".—La razón de ser de la modificación es clara: la intervención del Estado puede ser ordenada por el legislador, pero difícilmente ejecutada por éste.—De allí que tal intervención, a partir de 1945, se hiciera, no ya por medio de leyes sino "por mandato de la ley", expresión que se conservó en la reforma constitucional de 1968.—Esto significa que la orden de intervención sigue siendo atribución exclusiva del Congreso y jamás ha pertenecido a la esfera de las atribuciones del Gobierno. Por tanto no está comprendida dentro de "su órbita constitucional", puesto que pertenece a la órbita constitucional del Congreso. Mal pueden entonces, asimilarse los decretos que dicte el Gobierno para cumplir el mandato del Congreso, sobre intervención del Estado, a los del numeral 11 del artículo 76 de la Carta.—Tampoco puede confundirse los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención con los del numeral 12 del artículo 76 de la Carta expresamente descartados por el artículo 32, como fundamento de la intervención.—Aparece de lo dicho hasta aquí, que el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución contempla la posibilidad de que el Congreso amplíe las facultades o atribuciones constitucionales del Gobierno para celebrar ciertos actos jurídicos y aunque se lleve la interpretación del precepto en estudio hasta sostener que las autorizaciones que por tal virtud puede conceder el Congreso al Gobierno

Páginas

no están limitadas al terreno de los negocios jurídicos allí mencionados, sino que puede extenderse a otras materias, es lo cierto que éstas han de ser, por expresa voluntad del constituyente, de las que la Carta encomienda al Gobierno como "función constitucional propia".—De lo cual surge que, como lo dice el señor Samper, el Gobierno goza de dos clases de facultades constitucionales: una, integrada por aquellas que puede ejercer por derecho propio, sin necesidad de la autorización del Congreso, y otra, compuesta por las facultades que, aunque comprendidas dentro de la órbita constitucional del Gobierno, no puede éste, sin previa autorización del Congreso.—Mas, debe observarse que hoy, la segunda clase de facultades no se limita a las del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, pues otros preceptos de ésta contemplan atribuciones que solo puede ejercer el Presidente con autorización del Congreso o dentro de los marcos legales, esto es, conforme a lo que se ha dado en llamar "leyes cuadros", tales, los casos contemplados por el artículo 120, en sus numerales 14, 17 y 21. Otras veces, el ejercicio de las facultades constitucionales del Gobierno está sujeto al previo concepto del Consejo de Estado: V. gr., en el caso del artículo 120, numeral 10 y de los artículos 28, 121, 122 y 112 de la Carta (artículo 141, numeral 1º, inciso 2º de la C. N.).—¿Cuál es, entonces, la naturaleza de los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención que le imparta el Congreso, conforme al artículo 32 de la Constitución? Si los decretos del numeral 11 del artículo 76, contienen simples medidas administrativas, pues se trata de ampliar la órbita constitucional del Gobierno, que no es de naturaleza legislativa sino administrativa, ¿tendrán igual categoría los decreos de intervención? No lo cree la Sala, aunque la intervención deba conformarse a la ley cuadro que la ordenó, en cuanto no haya sido modificada o derogada por otra posterior.—En efecto, varias razones apoyan esa conclusión: La orden de intervención emanada del legislador, requiere para su ejecución de facultades especiales al Gobierno, no extraordinarias, ni tampoco comprendidas en las ordinarias de éste, pero adecuadas a las tareas que se le imponen por el Congreso. Y ni las facultades del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ni las del numeral 11 del artículo 76, misma obra, de naturaleza administrativa, pueden llevar a conferir al Gobierno facultades legislativas. — No ocurre lo mismo con la orden de intervención que dicte el Congreso, pues dentro de los marcos de la ley que la ordene, en cuanto, repite la Sala, ella esté vigente o no haya sido modificada por la ley posterior, tiene el Gobierno facultades de naturaleza legislativa. Lo que, reitera la Sala, no tienen los decretos dictados por el Gobierno en virtud de lo previsto por el numeral 11 del artículo 76, tantas veces citado.—Sobre este punto acoge la Sala lo dicho por esta corporación en el fallo de mayo 6 de 1974 (expediente número 1836, Francisco E. Gómez M.—Nulidad del Decreto 687 de 1972).—Si en ninguna parte de la Carta se atribuye al Gobierno como función constitucional la intervención propia de que trata el artículo 32 de la Constitución y ni siquiera en éste se habla del Gobierno sino del *Estado*, preciso es admitir que se requiere que el legislador exprese cuál de los Organos del Estado cumplirá la orden de intervención y cómo.—Siendo lo lógico que la encomiende al Gobiero.—Así lo hace la Ley 7ª de 1943, cuando luego de disponer en su artículo 1º que "no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el con-

sumo del pueblo...", ordena a una de las ramas integrantes del Poder Público y por ende a un organismo del Estado, o sea al Gobierno, dictar las medidas adecuadas para los fines previstos en la citada ley (artículos 2º, 3º, 4º, 6º).—En tanto que otras veces permite al Gobierno disponer que dependencias suyas (como la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones), exija a los importadores "compromisos especiales sobre precios máximos de venta de los artículos que se importen" al amparo de las licencias que dicho organismo conceda. Nada de lo cual está comprendido dentro de la "órbita constitucional" del Gobierno, de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la C. N.—Además, como ya se dijo, una cosa es la intervención en estudio y otra la aptitud que tiene el Congreso para otorgar facultades *extraordinarias* al PRESIDENTE, en virtud del numeral 12 del citado artículo 76 de la Carta.—Cuando ya no se trata simplemente de "ejecutar" la orden de intervención dada por el Legislativo, sino de tomar otras medidas, se requieren "facultades extraordinarias", sin que sean suficientes las meras autorizaciones previstas en el numeral 11 del mismo artículo, ni la orden legislativa de intervención. Así ocurrió con la Ley 7ª de 1943, cuyos artículos 6º, 12, 13 y 19 otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno, no obstante que el artículo 6º de la mencionada ley tiene clara conexidad con el objeto previsto con el artículo 1º de la misma.—Pudiera pensarse que al cumplir el Ejecutivo la orden o mandato de intervención dado por el Congreso, ejerce las facultades de que trata el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, o sea, la potestad reglamentaria.—Mas esto no es así: esa norma dispone: "Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".—Como se ha dicho, esta facultad es administrativa; no legislativa.—Pero la intervención del Estado, a cargo del Gobierno por mandato de la Rama Legislativa del Poder Público, es algo más que la reglamentación de la ley, prevista en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ya que los decretos que por virtud de esa potestad reglamentaria expide el Gobierno carecen de fuerza legislativa y deben limitarse a tomar las medidas encaminadas a la cumplida ejecución de la ley, en tanto que tienen fuerza legislativa los decretos de intervención económica, siempre, se repite, que se hallen dentro de los marcos de la ley que ordenó tal intervención, en tanto que no haya sido derogada o modificada por ley posterior.—De lo dicho fluye otro interrogante: puesto que los decretos de intervención que dicte el Gobierno tienen fuerza de ley, ¿no estará adscrita la competencia para conocer de las demandas que contra ello se formulen, a la Corte Suprema de Justicia?—Aunque se cita como antecedente jurisprudencial en apoyo de una respuesta afirmativa, la sentencia de la Sala Plena de la Corte, de fecha enero 20 de 1972 al declarar la inexequibilidad del Decreto 1299 de 1971, es lo cierto que ese fallo no incide en el presente caso.—Y no incide, porque en el caso fallado el 20 de enero de 1972 se está en presencia, aquí sí, de uno de los eventos de aplicación del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución.—Claramente se ve que la sentencia del 20 de enero de 1972 de la Corte Suprema de Justicia, lejos de ser opuesta a la tesis que acoge la Sala, le da nuevo y más fuerte sustento.—El otro fallo que se cita en apoyo de la tesis según la cual los decretos del Gobierno, dictados en desarrollo de un man-

Páginas

dato legal de intervención, son de los contemplados por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, es el de fecha marzo 3 de 1971.— Aunque este fallo admitió la competencia de la Corte para decidir sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 46 de 1965, con el argumento de que es de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 120 de la Carta, es cierto, igualmente, que no da mayores razones en apoyo de su tesis y, además, es anterior al de fecha enero 20 de 1972 de la misma Corte, que le es contrario, por lo cual, la Sala considera como doctrina actual de tan alta corporación, la contenida en la sentencia de enero de 1972 y no la adoptada en 1971.— (Sentencia de marzo 22 de 1977.—Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives.—Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario número 140 de 1975.—Con salvamento de voto del Consejero doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Fernando Londoño H., expediente 2314). (Ver números 1 y 34 del índice) 110

J

66. JURISDICCION COACTIVA.—TITULO EJECUTIVO.

Procedimiento.—Notificación e impugnación del acto administrativo que configuraría título ejecutivo.—Deudas por fianza otorgada por la Aseguradora Colseguros, S. A., a favor de la Nación.—La resolución de la Dirección General de Aduanas por la cual se ordenó requerir al gerente de la Compañía de Seguros Alfa, S. A. para que cancelara el valor de la fianza, no se notificó personalmente ni en el expediente consta que se hubiera hecho diligencia para cumplir con esa obligación que no solo la establece la ley sino que la ordena la misma resolución en su artículo 2º—Esta circunstancia conduce, sin más profundos exámenes, a concluir que el demandado no tuvo oportunidad de impugnar el acto administrativo del cual podría resultar, si se ejecutoría, la obligación de pago. Como lo afirma el apoderado de la compañía de seguros, no se dio oportunidad de discutir si la obligación asegurada con la fianza se había cumplido o no, o si se había incumplido solo en parte, o si el incumplimiento, en el caso de que se hubiera demostrado, era justificado. Obviamente terminada la discusión en la vía gubernativa acerca de la regularidad de las decisiones que hubieran surgido de la controversia sobre la Resolución número 4049 de 1976 de la Dirección General de Aduanas, el fiador tenía abierta la vía jurisdiccional para impugnar la legalidad de dicha resolución y solo al término de la última instancia ante los jueces de lo Contencioso Administrativo, con sentencia condenatoria, podría reconocerse la existencia del título ejecutivo, o si el acto que pusiera fin a la vía administrativa, se ejecutoría.—Esta es la doctrina del Consejo de Estado consignada en varias providencias, la última en el negocio radicado con el número 3852 respecto de supuestas deudas por fianzas otorgadas por la Aseguradora Colseguros, S. A., a favor de la Nación.—(Auto de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero sustanciador, doctor Miguel Lleras Pizarro.—Jurisdicción coactiva. Actor c/ta. Seguros Alfa, S. A., expediente 4277) 490

Páginas

P

67. PENSIONES DE JUBILACION, INVALIDEZ, VEJEZ Y DE SOBREVIVIENTES DE LOS SECTORES PUBLICO, OFICIAL, SEMIOFICIAL Y PRIVADO.

Para precisar mejor nuestra inconformidad con la decisión de la mayoría de la Sala sobre la nulidad del artículo 4º del Decreto 732, reglamentario de la Ley 4ª de 1976, cabe hacer las siguientes breves consideraciones e historia de las últimas disposiciones que han establecido reajustes pensionales.— Las pensiones del sector público, se ordenó incrementarlas conforme lo indicado en el Decreto 435 de 1971 y a partir del 1º de abril de ese año, por tres años, según lo dispuesto por el artículo 3º de esa norma. Nuevamente por Decreto 446 de 1973, estas pensiones se reajustaron a partir del 1º de abril de ese año, y por Decreto 1221 de 1º de julio de 1975 se decretó un nuevo aumento, por otros 3 años, conforme al Decreto 435 en su artículo 3º en el sector privado; la Ley 10 de 1972 y el Decreto 1672 de 1973 disponen un aumento a partir del 1º de enero de 1973 por dos años, o sea hasta el 31 de diciembre de 1974. Posteriormente y de conformidad con lo establecido en la Ley 10 y la Resolución número 0480 de 1975 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, esas pensiones se aumentaron nuevamente a partir del 1º de enero de 1975 y por dos años, o sea hasta el 31 de diciembre de 1976.—El nuevo aumento pensional vino a quedar incorporado en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976.—Quiso esta disposición legal hacer los aumentos pensionales cada año, tanto para el sector privado como el público, cambiando la secuencia lógica que venía operando de ordenar los reajustes pensionales cada dos años para los primeros y de tres años para los segundos. Conforme a las disposiciones a que antes aludimos, las pensiones de jubilación se habían incrementado hasta el 31 de diciembre de 1976 las del sector privado y hasta el 30 de junio de 1978 las del sector público. Estas dos normas o sistemas de aumento se quiso unificar para un mismo período, con la expedición de la Ley 4ª de 1976. "Cuando transcurrido un año sin que sea elevado el salario mínimo mensual más alto, se procederá así:..." La ley rige para el futuro como lo determina la misma ley en su artículo primero, parágrafo segundo. "Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el estatus de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste".—Se debe concluir que ese reajuste deberá operarse el 1º de enero de 1977, a no ser que antes se produzca aumento del salario mínimo. Y como éste se produjo a partir del 30 de julio de 1976, el aumento pensional debería hacerse desde esta fecha conforme lo pregona el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 4ª—La Ley 4ª, artículo 1º, habla del aumento de las pensiones cada año en dos oportunidades en el inciso primero y en el tercero. Debemos entender que el año comienza el 1º de enero de 1976, vigencia de la ley. Como la ley no precisó expresamente cuándo comenzaba ese año, debemos concluir que las palabras de la ley se tienen que entender en su sentido natural y obvio. Para el suscrito Consejero es claro que la letra y el espíritu de la ley es el de que el aumento pensional ha de hacerse cada año, si no hubiese modificación del salario mínimo. Como el salario mínimo se operó por Decreto 1623, debemos entender que en este caso el aumento debe operar automáticamente,

Páginas

pero a partir de la fecha de dicho salario mínimo, o sea, a partir del 20 de julio de 1976, como ya anotamos antes.—Si no hubiese habido dicho aumento del salario mínimo, tendríamos que el reajuste pensional tendría operancia solo a partir del 1º de enero de 1977, ya que la Ley 4ª de 1976 rige desde el 1º de enero de 1976 y dándole aplicación al inciso 2º del artículo de la ley transcrita, el aumento opera por lo menos cada año, entendiéndose que a partir de la vigencia.—El artículo 4º del Decreto 732 no hizo sino darle efectividad a la ley cuando estableció la vigencia del aumento a partir de la cual rige el nuevo salario mínimo ya que sin este artículo, en nuestro concepto, traería la imprecisión en cuanto a la operancia del aumento. La claridad del texto legal no admite acomodarle interpretaciones. El artículo 27 del Código Civil prohibe oscurecer por interpretación lo que es claro.—Entonces me pregunto, con toda razón, ¿qué es lo que en el citado artículo (artículo 1º de la Ley 4ª de 1976), induce a interpretar que ese reajuste se debe aplicar desde el 1º de enero de 1976? Por qué no entender las palabras de aquellos artículos "en un sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas".—Acaso en dicho artículo no está señalado en forma expresa y clara el alcance de la vigencia del aumento, tal como se evidencia en los textos siguientes: "...se reajustarán de oficio, cada año..." "*Cuando* transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual más alto...". Insisto que los estados verbales inscritos, tienen una comprensión gramatical legal clara que no admiten interpretación diferente.—La parte motiva de la providencia de que disiento le dio al aumento pensional un carácter retroactivo a la norma legal, sabiéndose que la irretroactividad de la ley es un principio que orienta nuestro ordenamiento jurídico. Para que ésta pueda operar es necesario que el texto de la ley la haya indicado en forma expresa, ya que constituye una excepción a la regla general de la irretroactividad.—Pero si el legislador hubiera querido la retroactividad, o mejor, que el aumento tuviese vigencia desde el 1º de enero de 1976, habia sido más lógico que hubiere usado estados verbales tan diferentes en sus efectos, como los de señalar que para los aumentos se entenderá que el año transcurrido estaba comprendido entre 1975 y 1976.—Además, es preciso advertir que en el derecho colombiano no hay palabras sacramentales y, por tanto, frente a su texto claro es absurdo alegar el no uso de aquéllas.—Ya principios tan sabios e inmutables como el de la irretroactividad de la ley, se derogan trayendo como consecuencia lógica la inseguridad jurídica, en base a la justicia social aplicada con excesiva amplitud... Con cuál fundamento legal se retrotrae el aumento pensional al 1º de enero de 1976 si el artículo 3º del Decreto 732, en armonía con el artículo 1º de la Ley 4ª dispuso: "Cuando, a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1976 haya transcurrido un año sin que el salario mínimo mensual legal más alto hubiere sido modificado, las pensiones de que trata el artículo primero de dicha ley se aumentarán aplicando el procedimiento que a continuación se indica: Se establecerá el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado en los doce meses anteriores al primero de enero del año de que se trate". Este incremento será establecido hallando la diferencia, separadamente, entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social; para estos efectos fíjense a continuación los procedimientos que deben utilizarse por el

Página

Instituto Colombiano de Seguros Sociales y por la Caja Nacional de Previsión Social, respectivamente.—(Salvamento de voto del Consejero, doctor Carlos A. Restrepo S., a la sentencia de febrero 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez.—Acción de nulidad contra los artículos 4º, 5º, 9º y 10 del Decreto reglamentario número 732 del Gobierno Nacional. Actor, Asociación de Pensionados de Bavaria, expendiente 0404). (Ver número 68 del índice) 80

68. PENSIONES DE JUBILACION, INVALIDEZ, VEJEZ Y DE SOBREVIVIENTES DE LOS SECTORES PUBLICO, OFICIAL, SEMIOFICIAL Y PRIVADO.

Se declara la nulidad de los artículos 4º en cuanto señaló una fecha distinta a la fijada en la Ley 4ª de 1976, es decir la del 1º de enero del mismo año, para la efectividad de los reajustes pensionales, y 10 del Decreto 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4ª de 1976.—Se revoca la suspensión provisional de los artículos 5º y 9º del Decreto antes citado.—La Ley 4ª de 1976 ordenó, en su artículo 1º, el reajuste de los pensionados de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial y semioficial en todos sus órdenes y en el sector privado, habiendo señalado para hacer efectivo el reajuste, dos situaciones o modalidades, a saber: la primera de ellas, cuando se eleve el salario mínimo legal más alto, se procederá con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, aplicado a la correspondiente pensión. Por la segunda, se dispuso en la misma norma que transcurrido un año sin que fuera elevado el salario mínimo legal más alto, se hallará el valor de incremento en el nivel general de salarios, registrado durante los últimos doce meses, el cual debe establecerse por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja Nacional de Previsión Social, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. El artículo 12 de la ley en mención ordenó que ella regiría a partir del 1º de enero de 1976 y derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias.—En ejercicio de la facultad constitucional, el Gobierno reglamentó la Ley 4ª de 1976 por medio del Decreto 732 del 22 de abril del mismo año, impugnado en la demanda, el cual, en su artículo 4º, prescribió: "Cuando se trate de reajustes de pensiones con base en la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, el reajuste tendrá vigencia a partir de la fecha de modificación de dicho salario mínimo y hasta el 31 de diciembre del año siguiente, salvo que en el mencionado siguiente año se produzca un nuevo aumento del salario mínimo legal más alto".—La Sala estima pertinente tener en cuenta para la decisión del asunto controvertido, que el carácter de orden público que revisten, por lo general, las leyes de trabajo, de claro contenido social, requiere su aplicación inmediata, esto es, su imposición desde el momento mismo en que la norma tiene vigencia. De allí que el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece el principio según el cual las disposiciones sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato.—Este criterio indudablemente debe aplicarse en relación con la Ley 4ª de 1976, expe-

Páginas

dida por el Congreso Nacional, comoquiera que sus ordenamientos benefician a los jubilados pertenecientes a los sectores público, oficial, semioficial y privado, en lo concerniente al reajuste de sus pensiones de jubilación y demás prerrogativas sociales consagradas en el referido estatuto.—Ciertamente, el decreto del Gobierno Nacional ordenó el reajuste de las pensiones con base en la elevación del salario mínimo legal más alto, es decir, cuando se configura la primera situación a que se aludió anteriormente, "con vigencia a partir de la fecha de modificación de dicho salario mínimo y hasta el 31 de diciembre del año siguiente, salvo que en el mencionado siguiente año se produzca un aumento del salario mínimo mensual legal más alto", cuando, en cambio, la norma reglamentada había determinado que el reajuste de las pensiones de jubilación tendría lugar a partir del 1º de enero de 1976, de manera que resulta claro que con ello el decreto mencionado sobrepasó la potestad reglamentaria como lo expone la demanda, en criterio que comparte la distinguida colaboradora Fiscal, al haberse señalado una fecha distinta a la fijada en la ley, pues de acuerdo con ésta, el reajuste de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes tanto en el sector público, oficial o semioficial como en el privado, debe hacerse efectivo cada año, de oficio, a partir del 1º de enero de 1976 y no en fecha posterior a ésta.—Como lo asevera la Fiscalía en forma acertada, no fue por simple fenómeno de casualidad que el legislador ordenara que la ley entraría a regir a partir del 1º de enero de 1976 en todas sus partes y concretamente en lo que respecta al reajuste de las pensiones de jubilación tanto en el sector público como en el privado. Sobre este aspecto observa la corporación que para hacer efectivo el aumento debe distinguirse necesariamente entre la fecha en que éste entra a regir y las bases que deben tomarse en cuenta para que sea procedente. En relación con lo primero la norma reglamentada dispuso que el reajuste de las pensiones debería hacerse efectivo cada año, a partir del 1º de enero de 1976 (artículos 1º y 12 de la Ley 4ª de 1976) y en cuanto a lo segundo, o sea respecto al sistema que debe emplearse para fijar dicho aumento, se señalaron dos alternativas, a saber: cuando se eleve el salario mínimo legal más alto y cuando transcurre un año sin que sea elevado el salario mínimo legal más alto (artículo 1º), pero en ambos casos, bajo el entendimiento de que los reajustes pensionales sean efectivos desde el 1º de enero de 1976 que es el primer año del reajuste pensional, como lo determinó la ley reglamentaria. En el caso sub lite se tiene que en el año de 1976, el Gobierno Nacional aumentó el salario mínimo en el país a partir del 1º de agosto de aquel año, o sea que se configuró la primera alternativa a que antes se aludió. De esta manera, elevado el salario mínimo, debía procederse al reajuste de las pensiones, teniendo en cuenta dicha base, como lo ordena el artículo 1º de la citada ley y con efectividad al 1º de enero del mismo año, en la forma prevista en su artículo 12.—Es fundada la acusación porque, en primer lugar, por tratarse de una ley laboral, es ella de inmediata aplicación de conformidad con el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo y en segundo término, por cuanto si a la ley que estableció el reajuste "cada año y de oficio", modificando el anterior sistema se le fijó como fecha de su vigencia el 1º de enero de 1976 (artículo 12) y con expresa derogatoria de todas las disposiciones anteriores que le sean contrarias, no cabe duda de que el estatuto en su contexto está proclamando la vigencia y efecti-

vidad del reajuste de las pensiones a partir de la misma fecha, 1º de enero de 1976.—No sobra agregar que no deben confundirse estos dos extremos: la efectividad del aumento de las pensiones a partir de una fecha determinada que en el querer de la ley —se repite— fue el 1º de enero de 1976, para determinar el incremento de aquéllas, que será de aplicación en la forma y términos contemplados en el citado estatuto, y que es cuestión diferente.—Se acusa también en la demanda el artículo 5º del Decreto 732 de 1976, el cual prescribe que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con base en los datos que para el efecto deben suministrar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión Social, fijará mediante resolución los porcentajes de los reajustes pensionales.—En la providencia que decretó la suspensión provisional del precepto mencionado, se afirmó que en él se había introducido un requisito para el reajuste de las pensiones que no estaba contemplado en la disposición reglamentada, consistente en asignarle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la facultad de fijar mediante resolución los porcentajes respectivos, no obstante que el estatuto legal ordena el reajuste de oficio, sin otros mecanismos adicionales.—Sin embargo, considera la Sala que el artículo acusado no hace sino dar efectividad a lo preceptuado en la norma reglamentada, puesto que para fijar el porcentaje de aumento debe determinarse un adecuado y único procedimiento a fin de evitar que se produzcan diferentes formas de porcentajes dentro de la aplicación de la ley, cuyo cumplimiento en su liquidación quedaría al criterio y arbitrio de cada empleador, patrono o entidad obligada al pago del reajuste pensional.—De allí que en el decreto reglamentario se le hubiese dado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la atribución de que con fundamento en los datos que para el efecto suministren el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la Caja Nacional de Previsión, determine mediante resolución los porcentajes de los reajustes pensionales en los casos en que no hubiere habido aumento del salario mínimo legal más alto, lo cual viene a facilitar y hacer más expedito el desarrollo de la norma que se reglamenta.—Es evidente, como lo afirma el apoderado de la parte actora, que la potestad reglamentaria se encuentra limitada, puesto que no puede ir más allá del contenido de la ley. Pero en este punto no se excedió el artículo 5º del Decreto 732, ya que la citada disposición no hizo sino dar la vida práctica y cauce a la ley, ciñéndose a su texto para su cabal operancia.—En estas circunstancias, habrá de revocarse la suspensión provisional del artículo 5º del Decreto reglamentario 732 de 1976 que fue ordenada en la providencia del 10 de agosto del año pasado.—El artículo 9º del Decreto 732 de 1976, igualmente impugnado en el libelo, habiéndose decretado la suspensión provisional del mismo. Tal precepto dispuso que para "efecto del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hará los acuerdos apropiados tanto con las empresas, entidades y patronos obligados a los pagos como con los pensionados no afiliados a fin de que se establezca un régimen uniforme simplificado.—En los casos en que no hubiere acuerdo, el Ministerio dictará las medidas necesarias para la aplicación de dicho artículo".—La medida provisoria decretada se basó en que la ley dispuso que fuera inicialmente el pensionado quien decidiera a qué organización de tipo nacional de la misma, industria o entidad que aquél designara, debía pasar la cuota que se descuente, pero que si transcurridos sesenta días desde la fecha

Páginas

en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, no decide sobre ello, las cuotas debían ser entregadas en forma automática al organismo de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente, consagrando así un procedimiento que en sentir de la Sala Unitaria fue modificado por el artículo acusado al fijar "acuerdos apropiados" y autorizar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para tomar las medidas necesarias en los casos en que no hubiere acuerdo, extralimitándose por ello el ejercicio de la potestad reglamentaria. Piensa la Sala que el artículo enjuciado solamente estableció un sistema para lo estatuido en el numeral 2º del artículo 10 de la Ley 4ª de 1976 y tuviese efectiva aplicabilidad, pues la reglamentación hace relación exclusivamente a la norma antes citada. El procedimiento que se adoptó en el decreto reglamentario, mediante el artículo 9º para el caso de que el pensionado no hubiese indicado, durante el término prescrito en la ley, el valor de la cuota y el nombre de la asociación a quien se le entregaría, hace viable y posible que el patrono o entidad pagadora decida cuál de las asociaciones debe cubrir el monto de las cuotas, en forma tal que el decreto en cuestión faculta al Ministro de Trabajo para propiciar el acuerdo o determinar el nombre de la entidad y el valor de la cuota, en armonía con las pautas que le señala la misma ley, sin haber excedido, por ello, la potestad reglamentaria, razón por la cual habrá de revocarse la suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 732 de 1976.—El artículo 10 del Decreto reglamentario acusado en este juicio, y cuya nulidad se solicita en la demanda, preceptúa que "el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ejercerá el control y la vigilancia sobre el funcionamiento de las organizaciones de pensionados que funcionen en el país". La Sala acoge los planteamientos hechos en la providencia del 10 de agosto de 1976, mediante la cual se suspendió provisionalmente el artículo impugnado, siendo suficientes para decretar su nulidad.—(Sentencia de febrero 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez.—Acción de nulidad contra los artículos 4º, 5º, 9º y 10 del Decreto reglamentario número 732 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional. Actor, Asociación de Pensionados de Bavaria, expediente 0404.—Con salvamento de voto del doctor Carlos Aníbal Restrepo). (Ver número 67 del índice) 74

69. PERIODISMO.

La argumentación central de la sentencia estriba en que, puesto que le es lícito al Gobierno crear juntas consultivas para el mejor desempeño de las funciones ejecutivas, juntas que no tienen poder decisorio sino de mera consejería, los artículos 5º, 13 y 19 del Decreto reglamentario 733 de 1976, son mero desarrollo de lo dispuesto por la Ley 51 de 1975, en particular por el artículo 13 del citado estatuto del periodista.—Considero que hay una confusión sobre el particular, porque si bien es cierto que el artículo 16 del mismo Decreto-ley 1050 de 1968 faculta al Gobierno para crear los consejos consultivos en los respectivos Ministerios, también lo es que tales consejos nada tienen que ver con los consejos gremiales creados por los particulares como entidades privadas, a los cuales se refiere la Ley 51 de 1975, al decir que el Gobierno podrá asesorarse de estos consejos gremiales en lo relativo a la aplicación de dicha ley.—La forma como se crea e in-

Páginas

tegra el Consejo Nacional de Periodistas en el Decreto 733 implica, en el fondo, la organización de una entidad sustitutiva de los consejos gremiales en referencia, entidad oficial permanente, a la que de modo obligatorio, según el artículo 5º del Decreto 733, debe pedir concepto el Gobierno cuando de aplicar sanciones por violación a la ética profesional o a los deberes del periodista se trate.—En esta forma, lo que según la ley es facultativo del Gobierno y se refiere a entidades privadas, según el decreto reglamentario es obligatorio y concierne a una entidad oficial.—La contradicción entre la ley y el reglamento ejecutivo es, pues, innegable.—Si por defecto de la demanda los anteriores conceptos no aparecen expresamente deducibles de su texto, ello no implica el que, al analizar el conjunto de la acusación, tales cargos no puedan derivarse de los fundamentos de aquélla.—(Aclaración de voto del Consejero, doctor Alvaro Pérez Vives a la sentencia de mayo 16 de 1977, en donde fue ponente el Consejero, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Círculo de Periodistas de Bogotá, expediente 2479). (Ver números 70 y 71 del índice 180

70. PERIODISMO.

Reglamentación de su ejercicio profesional (Ley 51 de 1975).—La tarjeta profesional.—Ejecución, control del cumplimiento de la ley e inspección y vigilancia del Estado, a través del Ministerio de Educación, respecto a esta profesión.—Cancelación y suspensión de la licencia o tarjeta.—En el caso específico de las profesiones y oficios, prescribe el artículo 39 que es potestativo de la ley exigir títulos de idoneidad y le confiere al Congreso la competencia para reglamentar el ejercicio de las profesiones; así mismo prevé como función propia de la autoridad administrativa su inspección y vigilancia: en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. De esta suerte la Constitución señala el marco general dentro del cual el legislador debe ejercer las competencias normativas para armonizar la libertad y el bien común, mediante la expedición de estatutos que, a su vez, le permitan a la autoridad administrativa el desempeño de sus atribuciones de inspección y vigilancia.—En desarrollo de los anteriores preceptos constitucionales se expidió la Ley 51 de 1975, "por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo". No podría decirse que este estatuto sea un modelo de legislación sobre la materia, pues fácilmente se advierte que el mayor énfasis radica en la defensa y seguridad del gremio, con descuido notorio de las obligaciones y responsabilidades que debe aparejar el ejercicio de una profesión, que tiene tanta incidencia en la vida de la comunidad. No obstante los fines consignados en la ley, cuando menciona entre sus objetivos el de "garantizar la libertad de información y de expresión (artículo 1º)", y cuando prescribe que su aplicación debe perseguir "la observancia de una estricta ética profesional", implican la exigencia a los profesionales del periodismo de una conducta acorde con la realización de tales fines. De acuerdo con los artículos 3º, 4º y 5º de la ley, para ejercer permanentemente la profesión de periodista se requiere un título en la especialidad, o la comprobación de haberla ejercido durante un lapso no inferior a cinco años anteriores a la vigencia de la ley, o de tres años también anteriores a la ley, caso en el cual, debe aprobarse un examen de cultura general y de conocimientos periodísticos. Solo después de comprobar estos requisitos en la forma señalada, el Minis-

Páginas

terio de Educación Nacional podrá otorgar la tarjeta profesional, único documento por medio del cual se acredita la calidad de periodista profesional. De los términos de la ley se viene en conclusión que la tarjeta profesional equivale, como en otras profesiones, a una licencia o permiso que habilita para el ejercicio de la actividad correspondiente.—Ha sostenido esta misma Sala (sentencia de octubre 6 de 1976, expediente 2243) que "en toda licencia o permiso para ejercer una actividad para la cual la ley exige condiciones o requisitos, está insita la facultad de la Administración para cancelar o suspender la licencia o permiso si, con posterioridad a su otorgamiento se han dejado de cumplir las condiciones y los requisitos, previstos en la ley" o se ha ejercido la actividad contrariando los deberes u obligaciones impuestos en el permiso o contenidos en la ley. Si, como se dijo anteriormente, el otorgamiento de la tarjeta profesional de periodista tiene, según la Ley 51 de 1975, el carácter de una licencia para ejercer la profesión del periodismo y si, además, esa profesión está sometida a inspección y vigilancia del Estado por ministerio de la Constitución Nacional y de la misma ley, ha de concluirse qué la autoridad administrativa encargada de ejercer esa vigilancia tiene competencia para cancelar o suspender la licencia o tarjeta, cuando se compruebe que su titular ha incumplido sus obligaciones legales y reglamentarias. De no ser así la autoridad carecería de los atributos idóneos y apropiados para ejercer la inspección y vigilancia que le asigna la propia Constitución. Aún más, si la ley prescribe que el periodismo debe ejercerse con observancia de una estricta ética profesional (artículo 13, Ley 51 de 1975), ello significa que, por ministerio de la ley se le ha conferido a la ética profesional una entidad jurídica y que, en tal virtud, por la vía reglamentaria es posible desarrollar la exigencia del precepto legal mediante la adopción de un catálogo de deberes cuyo incumplimiento puede acarrear la suspensión o la cancelación de la licencia o tarjeta profesional.—Varias disposiciones de la Ley 51 de 1975 señalan al Ministerio de Educación como la autoridad encargada de reglamentar los exámenes de cultura general y de conocimiento periodístico (artículo 3º, literal c), de otorgar la tarjeta profesional (artículo 5º), de imponer las multas previstas en el artículo 7º, lo cual significa que ese Ministerio es el órgano a través del cual el Gobierno Nacional provee lo concerniente para la ejecución de la ley y vela por su cumplimiento; ello quiere decir que esa y no otra autoridad administrativa es la encargada de ejercer por ministerio de la ley la inspección y vigilancia sobre el ejercicio de la profesión del periodismo.—(Sentencia del 16 de mayo de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra el Decreto 733 de 1976. Actor, Círculo de Periodistas de Bogotá, expediente 2479. Con adición de voto del Consejero, doctor Alvaro Pérez Vives). (Ver números 69 y 71 del índice) ... 172

71. PERIODISMO.

Se declaró la nulidad del último inciso del artículo 14 y del artículo 15 del Decreto reglamentario número 733 de 1976.—Se acusa de ilegal el artículo 15 del Decreto 733 de 1976 en cuanto contiene una prescripción sobre responsabilidad, que solo puede expedir el legislador. Dice el artículo 15: "Para determinar las responsabilidades a que se

Páginas

refiere el artículo 11 de la Ley 51 de 1975, el representante del medio de comunicación que utilice material que no hayan suministrado periodistas profesionales, será responsable de los perjuicios ocasionados por dicha utilización".—El artículo 11 de la Ley 51 de 1975 es del siguiente tenor: "El periodista profesional no estará obligado a dar a conocer sus fuentes de información ni a revelar el origen de sus noticias sin perjuicio de las responsabilidades que adquiere por sus afirmaciones". — Por otra parte, resulta pertinente hacer aquí algunas breves consideraciones sobre que el artículo transcrito corresponde al que se pretende reglamentar con la norma acusada.—La Constitución Nacional consagra la libertad de prensa, pero a la vez instituye su responsabilidad conforme a las leyes: por consiguiente, todo precepto legal que impida o haga imposible deducir esa responsabilidad está viciado de inconstitucionalidad. El artículo 11 instituye una reserva sobre las fuentes de información y el origen de las noticias, de la cual podrá hacer uso el periodista a voluntad suya, aun en los casos de investigaciones y procesos civiles sobre responsabilidad periodística; es obvio que cuando ello ocurra, no será posible precisar al responsable de informaciones injuriosas o calumniosas. El precepto contenido en el artículo 11 de la Ley 51 de 1975 hace, pues, inocuo el principio constitucional de la responsabilidad de la prensa y por tal concepto es violatorio del artículo 42 de la C. N. En tal virtud, no puede ser aplicado al tenor de lo estatuido en el artículo 215 de la misma Carta que dice: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disopsiciones constitucionales (artículo 54 del Acto legislativo número 1 de 1945). Si el artículo 11 en mención no puede ser aplicado obviamente, con mayor razón aún no puede ser materia de reglamentación ejecutiva. Esta razón sería suficiente para un pronunciamiento sobre la nulidad del artículo 15 del Decreto 733 de 1976.—Pero en concepto de la Sala a lo anterior se agrega la circunstancia de que el referido artículo 15 contiene además un principio o regla general determinante de una modalidad especial de responsabilidad que la ley no contempla y que por lo mismo no puede establecer por la vía reglamentaria (artículo 20 de la C. N.).—Se afirma en la demanda que por vía reglamentaria no pueden señalarse sanciones de multa no previstas en la ley, por incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 69 de la Ley 51 de 1975, pues para el caso debe estarse a las prescripciones contenidas en el artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal. Se agrega que, como el inciso final del artículo 14 del Decreto reglamentario 733 de 1976 contiene un señalamiento de esa naturaleza, viola la disposición del referido Código. De conformidad con lo preceptuado en la disposición acusada el solicitante de la tarjeta profesional de periodista que no logre obtener de una organización gremial o sindical la constancia necesaria para acreditar uno de los requisitos previstos en la Ley 51 de 1975 podrá pedir que el Ministerio la solicite directamente y en tal caso la renuencia a expedirla dará lugar a sanciones de multa de $ 1.000.00 a $ 10.000.00 a favor del Tesoro Nacional. Se trata, pues, de un caso de desobediencia a la autoridad pública para la cual los artículos 186, 187 y 193 del Código Nacional de Policía (Decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971), 309 del Código de Régimen Político y Municipal, las leyes que lo adicionan y reforman, además de diversidad de disposiciones especiales, tienen prevista la sanción correspondiente, lo cual

Páginas

significa que una norma de esta naturaleza ha de tener carácter de ley y que el reglamento no puede disponer nada en contrario.—Por consiguiente, este cargo ha de tener prosperidad. (Sentencia de mayo 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de nulidad contra el Decreto 733 de 1976. Actor, Círculo de Periodistas de Bogotá, expediente 2479. Con adición de voto del doctor Alvaro Pérez Vives). (Ver números 69 y 70 del índice) 172

72. PODER Y DEMANDA.

El poder especial para un proceso debe presentarse, como se dispone para la demanda, y la ley exige la presentación personal de ésta por quien la suscribe, ante el secretario del juez a quien se dirige, si aquél reside o está en la ciudad de la sede del despacho judicial. Solo se puede presentar ante notario cuando el signatario se encuentra en lugar distinto.—El poder especial para un proceso debe presentarse como se dispone para la demanda y la ley exige la presentación personal de ésta por quien la suscribe ante el secretario de la autoridad jurisdiccional a que va dirigida en tratándose de personas que residan o estén en la ciudad de la sede del despacho judicial.—Es cierto, como lo dice el recurrente, que la presentación personal del poder tiene por objeto fundamental que se dé certeza sobre la persona que lo otorgó, para evitar así posibles suplantaciones en el ejercicio de derecho de tanta significancia; pero no lo es menos que la posibilidad de presentación ante notario solo se da en hipótesis diferente, o sea cuando el signatario se encuentre en lugar distinto.—No ve razón alguna la Sala para que el señor Ministro pueda hacer presentación personal ante un notario de la ciudad y no puede hacerlo ante la secretaría de esta corporación.—(Auto de junio 23 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor, Tulio Villegas, c/ta. la Nación, indemnizaciones, expediente 2048) 387

73 POSESION.

Procedimiento sobre perturbación de la posesión. El artículo 131 del Decreto 1355 de 1970 dice que "cuando se trate de diligencias tendientes a verificar el estado y la tenencia de inmuebles frente a actos de perturbación, se practicará siempre una inspección ocular con intervención de peritos y se oirá dentro de tal inspección a los declarantes que presenten el querellante y el querellado". Ya se dijo antes en respuesta a la pregunta tercera, que por no existir en el Código Nacional de Policía todo un procedimiento para la acción de protección del hecho de la posesión frente a perturbaciones, se aplicará en subsidio el procedimiento establecido en los diversos Códigos Departamentales de Policía. Ahora bien: como en el artículo transcrito se impone una inspección ocular y oírse dentro de ella a los declarantes que presenten el querellante y el querellado y esa norma es de jerarquía nacional, es claro que debe cumplirse, pero ello no implica derogación de las normas pertinentes de los Códigos Departamentales de Policía, sino que consigna unos medios probatorios que deben considerarse como complementarios para el desenlace jurídico de la controversia para la mejor verificación de los hechos. La

Páginas

disposición que contiene esas específicas pruebas no dice que son exclusivas, sino que deben siempre realizarse, sin que ello implique exclusión de las demás.—De consiguiente el artículo 131 del Decreto 1355 de 1970, como norma procedimental sobre perturbación de la posesión, no deroga el procedimiento que sobre la misma materia consagran los Códigos Departamentales de Policía. — (Concepto de febrero 7 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio número 054 de ese Ministerio). (Ver números 3 y 91 del índice) 12

74. PRIMA DE ALMUERZO.—SALARIO EN ESPECIE.

El derecho a esta prima de los empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, no es salario en especie y no es factor para liquidar las prestaciones sociales.—Tenemos que de conformidad con el artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, solamente es salario en especie, "la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia como parte de la retribución *ordinaria* del servicio". La Sala subraya la palabra ordinaria empleada por la ley ya que es de trascendencia para el caso en estudio. Se considera que el derecho a la primra "destinada a financiar el almuerzo de los empleados de la Superintendencia y Auditoría Fiscal" no puede tomarse ni tenerse como salario en especie por las razones que en seguida anotamos: 1. Se trata de una prestación extralegal concedida unilateralmente por la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas CORPORANONIMAS. 2. La prima de almuerzo establecida por la Resolución número 157 de la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas se otorga como renta, y no como retribución por el servicio. Los trabajadores la adquirieron no propiamente por trabajar, pagando un precio y en aplicación a un beneficio extralegal. Y de acuerdo a lo establecido en el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo toca y obliga al patrono obligaciones de asistencia y protección lo que indica que se debe distinguir entre prestaciones y obligaciones legales y beneficios extralegales. Así la entrega y renta que se hace en la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de la prima de almuerzo a un precio favorable, no es salario, ni una prestación legal, y sí más bien, un beneficio extralegal derivado del cumplimiento de los deberes y obligaciones de asistencia que quedó definido y delimitado en la Resolución número 157 que fue la que estableció la prima. Abundan en nuestro derecho social los beneficios o prestaciones complementarios los que define la ley como factores integrantes del salario. Al efecto podemos citar los siguientes: La alimentación y el alojamiento (artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, inciso 2º); la prima anual de servicio (artículo 307 del Código), el subsidio familiar (Ley 118 de 1957, Ley 56 de 1973). — Si estas y otras prestaciones suplementarias, por expresa definición legal no se computan como factor integrante de salario para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, ninguna ilegalidad tiene la norma extralegal que excluya la prima de almuerzo "como factor determinante del sueldo promedio de los afiliados y, por lo tanto, tampoco se computará para efectos de liquidación de prestaciones parciales", como lo indica el artículo 5º de

Páginas

la parte resolutiva de la resolución a que venimos haciendo referencia. Se debe, por lo tanto, concluir que si para las prestaciones enunciadas por la ley, se excluyen estas prestaciones y por lo mismo se debe respetar, para las otorgadas graciosamente, también debe respetarse lo dispuesto en la disposición reguladora que las otorgó como en el caso a estudio.—La Sala, al estudiar la finalidad de la prestación de la prima de almuerzo otorgada por la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas concluye que ésta no puede considerarse salario en especie puesto que la reglamentación que se le dio por la Resolución 157 de noviembre 6 de 1970, ella no implica una retribución ordinaria o de servicios. La Sala estima que dicha prima no es una remuneración directa por el servicio y sí una bonificación o concesión que busca atenuar el alto costo de la vida y hacer más ágil para las partes la prestación del servicio.—Por lo dicho la aludida prima de almuerzo no puede tener incidencia alguna sobre las prestaciones que se deben liquidar al demandante y por lo tanto, la Corporación de Empleados de la Superintendencia de Sociedades Anónimas CORPORANONIMAS, no está obligada a incorporarla entre los elementos constitutivos del salario, base de la liquidación. — (Sentencia de marzo 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo S.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 036 de 1972, proferida por CORPORANONIMAS. Actor, Luis María Gutiérrez G., expediente 0285) 280

75. PROMULGACION DE LA LEY.

Error cometido en el "Diario Oficial" al promulgar el Decreto 224/72, artículo 5º, en cuanto a la obligación de decretar retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad en la docencia.—En el "Diario Oficial" mencionado, correspondiente al 13 de marzo de 1972, está publicado el Decreto 224 y su artículo 5º figura así: "Artículo 5º El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir los sesenta y cinco años de edad".— En cambio, en la copia auténtica del decreto enviada al Consejo por el Ministro de Educación Nacional, el artículo 5º dice: "Artículo 5º El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco años de edad". Como se ve hay una discrepancia fundamental en los dos textos, debida a la inserción en el texto publicado por el "Diario Oficial" de la palabra "NO", porque allí se dice que el ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación... pero NO se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad. En cambio el original dice que cuando se llega a la edad de 65 años se decretará retiro forzoso del servicio. ¿Cuál debe ser la norma aplicable ante lo que la Sala cree que no es un simple error de tipografía sino una total tergiversación del sentido del Decreto?—Desde luego la promulgación tiene por objeto que los ciudadanos conozcan el texto de la ley, pero si el fallador encuentra que existe la tergiversación que, en este caso la Sala quiere pensar que no fue dolosa,

Páginas

no hay duda que lo aplicable es lo auténtico. Sería irritante, por decir lo menos, aplicar una norma que no existe a sabiendas. Pero, además, es que el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 es reiterativo de lo que en general la legislación ha establecido para el personal civil de la Administración. Así el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, invocado por el propio demandante, dice: "Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.—Exceptúase de esta disposición los empleados señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este Decreto".—El artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 dice: "Artículo 29. Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión, equivalente al veinte por ciento de su último sueldo devengado y un dos por ciento más por cada año de servicios siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal".—El artículo 122 del Decreto 1950 de 1973 dice: "Artículo 122. La edad de sesenta y cinco años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año".—Uno de los elementos que debe tener en cuenta el fallador para interpretar la ley es el del espíritu general de la legislación que, como ya se ha visto, coincide con las normas citadas.—Lo contrario sería establecer la vitalicidad para ciertos cargos, lo cual ha sido descartado por la ley.—Podrá decirse que cuando el sentido literal de la ley sea claro no desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. ¿Pero cuál sentido literal? Cree la Sala que el del texto auténico de esta ley.—(Sentencia de diciembre 1º de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho Rodríguez.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 155 de enero 26 de 1975 del Ministerio de Educación Nacional. Actor, Luis Martínez Pinzón, expediente número 3079) 207

76. PROTOCOLIZACION DE LA PARTICION.

Se suspendieron provisionalmente los efectos de la circular número 064 de 1976 de la Superintendencia de Notariado y Registro que dice: "Teniendo en cuenta que muchos interesados, una vez registrada la cuenta de partición y su sentencia aprobatoria no cumple con el requisito de la protocolización, por cuanto para la obtención del certificado aludido debe estar la sucesión a paz y salvo por los impuestos respectivos, deben los registradores negar el registro de enajenación, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el texto del documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización.—Para la Sala Unitaria aparece, a primera vista, la violación del artículo 17 del Decreto-ley 2143 de 1974, ya que lo que esta norma prohibe es la pro-

Páginas

tocolización de expedientes sucesorales cuando no están acompañados del certificado de paz y salvo especial, mas no el registro de enajenación, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos, hayan o no cumplido con la protocolización, tal como lo exige la circular acusada.—Por otra parte, si de conformidad con el artículo 57 del Decreto 960 de 1970, "por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originariamente tenga", mal puede el señor Superintendente de Notariado y Registro, por medio de una simple circular, señalar la protocolización como requisito sin el cual los actos de disposición que efectúen los herederos sobre los bienes raíces que les han sido adjudicados judicialmente no adquieren plena validez, con lo cual extralimita la norma superior y sus funciones.—(Auto de marzo 8 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao.—Acción de nulidad contra la circular número 064 de 1976, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro. Actor, Alberto Arias Gutiérrez, expediente 2608) 275

Nota de la Relatoría. Esta circular fue declarada nula por sentencia de agosto 9 de 1977.

R

77. REGISTROS DE IMPORTACION Y DE EXPORTACION.

Publicidad y reserva.—En varias providencias esta corporación ha reiterado el principio según el cual todos los documentos de la Administración son públicos salvo reserva expresa de la Constitución y de la ley; en cuanto a documentos relativos al comercio exterior, la ley cambiaria les reconoce expresamente el carácter de públicos a los registros de importanción, sin que de ello pueda inferirse que los registros de exportación sean parcial o totalmente reservados; antes bien, la ausencia de reserva legal expresa significa que deben tener la publicidad de todos los documentos que emanen de la Administración Pública (artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal).—Por consiguiente, el artículo 5º de la resolución acusada es violatorio de esta disposición al consagrar a través de un reglamento interno una reserva parcial de los registros de exportación.—(Sentencia de mayo 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Acción de nulidad contra la Resolución número 85 de 1976 del Director del INCOMEX. Actor, Alberto Donadio C., expediente 2516).... 299

78. REPOSICION.

Es bien sabido que no cabe la "reposición" de "reposición", a menos que hubiere puntos nuevos, que no es el caso del auto que niega un recurso, contra el cual solo por excepción acepta la ley el de queja.—(Auto de junio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Osvaldo Abello Noguera. Actor, Gladys Díaz de Orozco). (Ver número 6 del índice) 385

Páginas

79. REPRESENTACION PROCESAL DE UN DEPARTAMENTO.

Radica en el Gobernador.—Cuando se expidió el actual Código Contencioso Administrativo, la Constitución Nacional consagra como una de las funciones del Gobernador la de "llevar la voz del departamento y representarlo en asuntos *políticos y administrativos*" (ordinal 40, artículo 192).—Entendieron algunos que la representación estaba limitada estrictamente a esas dos esferas y que por lo mismo, no podía extenderse al ámbito procesal. Esta interpretación era equivocada, a juicio de la Sala, porque si los departamentos tenían por ministerio de la propia Constitución la calidad de personas de derecho público y el gobernador era el Jefe de la Administración, esta calidad le otorgaba por sí misma el atributo de ser su representante para todos los efectos legales. Pero sea como fuere, es lo cierto que la disposición constitucional fue reformada en el año de 1945 en los siguientes términos: "Son atribuciones del Gobernador:... 34. Llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y *judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley*" (artículo 194 de la codificación vigente.—El subrayo es de la Sala).—Así las cosas, no queda duda de que aun interpretando el artículo 72 del C. C. A. con el criterio puramente exegético que empleó el Tribunal en el caso de autos, éste habría sido reformado por una norma constitucional posterior, conforme a la cual el Gobernador es también el representante del departamento para efectos judiciales y que, por lo tanto, está en capacidad de representarlo directamente en toda clase de procesos, sin exclusión de lo contencioso administrativo, en el caso de ser abogado titulado o de confiar esa representación de acuerdo con los principios generales del proceso, consagrados en la legislación vigente.—(Auto de marzo 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de nulidad contra la Ordenanza número 13 de 1970, expedida por la Asamblea del Departamento de Boyacá, expediente 2546. Actor, Gobernador del Departamento de Boyacá). —(Ver número 8 del índice) 331

80. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

El artículo 1546 del C. C. consagra para el contratante cumplido una opción: demandar la resolución o el cumplimiento y, obviamente, demandada la resolución no se puede demandar el cumplimiento y viceversa.—(Sentencia de mayo 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Osvaldo Abello Noguera. Actor, Hernández, Gómez y Cía. Limitada, expediente 2147) 446

81. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE DE ESTA.

En el fallo suplicado, según la Sección Tercera, se configuró, de acuerdo con las pruebas que obran en autos, la responsabilidad personal y exclusiva del Agente del F-2, señor Raúl Cuéllar, la cual no comprometía a la Nación y, en cambio, en el juicio del señor Juvenal Quitián Marín, se estableció la existencia de una culpa personal y una falla del servicio, sin que esta última se hubiera acreditado en el

Páginas

asunto materia de la actual controversia.—(Sentencia de abril 28 de 1977. Sala Plena Contencioso-Administrativa. Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez, Actor, Alfonso Forero Andrade y otra.—Responsabilidad, expediente 10090) 371

82. RETENCION EN LA FUENTE.

De utilidades, provechos o beneficios económicos provenientes de títulos al portador.—Se declara la nulidad del Decreto 486 de 1976, "por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 55 y 135 del Decreto 2053 de 1974".—El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado en su concepto estima correcta la interpretación consignada en el auto de suspensión provisional dictado por el sustanciador del negocio y el cual se transcribe a continuación en su parte pertinente. "Vale la pena analizar el alcance de la frase 'por concepto de dividendos, intereses y otras utilidades provenientes de títulos al portador', puesto que de su aplicación resultan los límites dentro de los cuales puede exigirse la retención para este tipo de pagos o abonos en cuenta. En ella hay un común denominador y es el de que tanto los dividendos, los intereses como cualquier otra utilidad deben provenir del mismo título y no de actuaciones, operaciones o negocios con relación a ellos. 'En el decreto acusado se observa claramente que la obligación de retener está establecida con relación a la potencial utilidad que se deriva de la adquisición del título al portador, calculada en la diferencia entre su valor nominal y el efectivamente recibido por el girador o el 'enajenante'.—'En cambio, en el artículo 155 del Decreto 2053 de 1974 el gravamen y la retención operan sobre los beneficios producidos por el propio título en favor de su propietario o tenedor, en forma de dividendos, intereses u otra clase de utilidades generadas por él.— 'Las palabras 'PROVENIENTES DE', utilizadas por el decreto legislativo, son suficientemente claras para indicar la naturaleza de los ingresos sujetos al gravamen con retención, pues la expresión 'proveniente' es el participio activo del verbo 'PROVENIR', que de acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua es: '(Del latín provenire, crecer, desenvolverse). Intr. Nacer, proceder, originarse una cosa de otra como de su principio' ".—"De acuerdo con lo anterior, es claro que la utilidad que se derive de la enajenación o transferencia de un título al portador por el hecho de ser negociado por debajo de su valor nominal, no es una utilidad proveniente del título, sino de la operación de cambio realizada o de la adquisición del título, la cual solo se liquidará en el momento en que el titular del mismo obtenga de la entidad o empresa obligada su liberación o su conversión a dinero efectivo, de acuerdo con el criterio de 'ingreso realizado' a que se refiere el artículo 16 del mismo Decreto-ley 2053 de 1974 que dice: 'Se entienden realizados: '1. Los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. Por consiguiente, los ingresos recibidos por anticipado, que correspondan a rentas no causadas, solo se gravan en el año o período gravable en que se causen'. . . ".—"Ahora bien, nuestro Código de Comercio, en su Capítulo IV del Título III, define y reglamenta los títulos al portador y por lo tanto la utilización de esa clase de valores está autorizada expresamente por la ley con

las ventajas o desventajas que de su naturaleza se deriven en contraposición a las ventajas o inconvenientes de los títulos nominativos y a la orden.—'Del análisis anterior resulta claramente violentado por el decreto acusado, el artículo 135 del Decreto-ley 2053 de 1974, pues solo son susceptibles de retención los intereses, dividendos o cualquier otra clase de utilidades derivadas de la naturaleza del título y no de las operaciones que con él puedan realizar los particulares, y consecuencialmente se ha incurrido en violación del numeral 3º del artículo 120 de la C. N. —'Con relación al artículo 2º del decreto, que es consecuencia del criterio que informa el artículo 1º del mismo, su existencia está condicionada a la vigencia del anterior, por lo que al suspender éste, obviamente debe quedar suspendido el segundo, puesto que al no aceptarse como renta susceptible del impuesto y de la retención, la utilidad potencial del adquirente establecida por la diferencia entre el valor nominal del mismo y el valor de adquisición, mal puede aceptarse en cabeza del enajenante como gasto o pérdida deducible, esa utilidad.—'Igualmente, las expensas, necesarias en la emisión, colocación y transferencia de esos títulos, para que sean deducibles tienen que estar acreditadas con los requisitos previstos por el artículo 55 del Decreto-ley 2053 de 1974 y por lo tanto lo dispuesto en el artículo 2º del decreto acusado, no tiene sentido ni aplicación práctica especial".—A lo anterior basta con agregar que las diferencias sustanciales establecidas en nuestro Código de Comercio para los títulos al portador y los títulos nominativos y a la orden tiene fatalmente que traducirse no solamente en la forma de la negociabilidad, de la prueba de su propiedad y de los riesgos que cada uno de ellos tenga en frente de los particulares y del Estado, aun para los efectos de carácter fiscal correspondientes.—Pero como el tema es nuevo y es por demás interesante, vale la pena un bosquejo realista de la situación para llegar a las conclusiones jurídicas necesarias que informan la decisión que se toma.—Es de todos sabido que hay actualmente en el país varias entidades financieras y aun muchas empresas industriales y comerciales de origen privado, que están obteniendo créditos en dinero de los particulares, en el mercado extrabancario, mediante el otorgamiento de pagarés al portador con determinado plazo, cuyo valor nominal está conformado por el monto del capital prestado más el valor de los intereses pactados por todo el tiempo en que esté pendiente la liberación o pago de esa obligación. — El prestamista al realizar una operación de esta naturaleza está entregando determinada suma de dinero en mutuo préstamo y se somete a recaudar el valor de los intereses de su capital en la fecha de su vencimiento, sin que por este concepto derive utilidad alguna en el momento de realizar esa operación, pues se ha sometido a liquidarla en la fecha en que libere el título y le paguen su dinero. ¿Podría afirmarse que el adquirente del título ha realizado un ingreso susceptible de generar impuestos sobre la renta cuando de acuerdo con la definición del artículo 16 solo se entiende realizado el ingreso cuando se reciba efectivamente el dinero en forma que equivalga a un pago? La respuesta es obvia y solo se modificaría cuando el contribuyente lleva contabilidad por el sistema llamado de causación, pues en ese caso debe registrarse como causado el ingreso a pesar de que no se haya efectuado el pago. Pero como muy bien lo dice el artículo 16 comentado, ésta es la excepción a la regla general de lo que debe entenderse como ingreso realizado.—Por otra parte, el prestatario que realiza una opera-

Páginas

ción de esta naturaleza debe efectuar los registros contables necesarios para diferenciar en ellos el monto del capital recibido en préstamo y el monto del interés incluido en el valor nominal del título al portador, para poder deducir el pago de dichos intereses en el momento en que libere la obligación y efectúe el pago.—Es claro también, que por la vía de excepción anteriormente explicada, si su contabilidad es de causación, podrá deducir la cuota proporcional del interés acumulado en el título al respectivo año gravable, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 55 del mismo Decreto legislativo 2053 de 1974; pero la referencia a que se refiere el Decreto 486 no puede efectuarla sino en la fecha de liberación del título o sea la del pago total de la obligación, pues hasta ese momento se realizó el ingreso para el acreedor con la virtud de generar el impuesto de renta correspondiente, que es la materia de retención.—Es evidente, que la intención de la Administración al dictar el decreto acusado es el de evitar la posible evasión de impuestos a través del uso y abuso de los títulos al portador, pero este justo propósito no puede ocasionar el que se modifiquen las instituciones jurídicas correspondientes, dándoles un alcance que la ley no les ha dado y montando un sistema de retenciones que la misma ley no ha autorizado. El problema es de control de carácter administrativo, para evitar ese tipo de evasiones, para sancionar oportunamente el juego de dobles contabilidades por parte de las empresas y reprimir en todas las formas cualquier maniobra que los contribuyentes realicen, por fuera de las prescripciones de orden legal, para ocultar operaciones comerciales y beneficios exagerados. Esa mismama sana intención no puede ni autoriza a la autoridad reglamentaria a ir más allá de lo previsto y definido por la norma reglamentada sin violación del numeral 3º del artículo 120 de la C. N. Por otra parte, en el alegato del abogado impugnador se confunde la noción de pago con las operaciones de mutuo o préstamo que se realizan a través de la suscripción de documentos de crédito, los cuales al ser liberados o descargados configuran el fenómeno de pago, cualquiera que sea la forma en que éste se realice; pero no puede sostenerse dentro de una sana hermenéutica jurídica que en la primera colocación de un título al portador, la entrega del documento que configura un crédito constituya un pago al tenor de los artículos 852 y 905 del Código de Comercio, pues del texto de los mismos artículos resulta que es forzosa la preexistencia de una obligación anterior para que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio signifiquen un pago.—(Sentencia de marzo 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Ernesto Peña Quiñones, expediente 3729.—Acción de nulidad contra el Decreto legislativo 486 de 1976) 146

S

83. SANCIONES DISCIPLINARIAS.

Interpretación del artículo 73, ordinal 3º, del C. C. A., en concordancia con los artículos 285 y 287 del Código de Régimen Político y Municipal.—El derecho disciplinario es un derecho autónomo (artículo 105, Decreto 250 de 1970).—En la presente actuación y para efectos de la admisión de la demanda le ha bastado, como no podía

Páginas

ser menos, a la Sala Unitaria, la consideración de que según expreso precepto del artículo 73, número 3º, del C. C. A., si bien no son acusables en principio ante la jurisdicción contencioso-administrativa las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, sí lo son por excepción "las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes", como ocurre con los Magistrados de la Corte Suprema.—Ello, porque de entrada mal hubiérase podido estatuir sobre inexistencia de la acción —extremo reservado para diferente oportunidad procesal— a tiempo que para entonces ya se había puesto en claro que la destitución de los Magistrados de la Corte y Consejeros de Estado está reservada —salvo por morosidad— a la competencia del Senado de la República y de la misma Corte Suprema, según sea el caso, por virtud del ordenamiento de la propia Constitución Nacional, como hubo de decirlo la Corte en fallo de inexequibilidad de fecha 21 de octubre de 1976 por haberse acusado ante ella algunos artículos del Decreto 250 de 1970 y de la citada Ley 20 de 1972, precisamente.—Y a tiempo así mismo que por su parte el Consejo de Estado en el citado fallo de 18 de septiembre de 1961, al fijar el alcance del artículo 73-3º del C. C. A., pudo concluir que la excepción a la regla general de competencia que establece el artículo 73, ordinal 3º, del C. C. A., no es absoluta, y de la concordancia de esa disposición con las de los artículos 285 y 287 del Código de Régimen Político y Municipal se desprende que ella solo opera en estos casos: a) Cuando se trata de medidas realmente disciplinarias, es decir, de sanciones impuestas por superior jerárquico a los funcionarios inferiores. Es preciso, pues, que entre aquél y éste existan relaciones de subordinación y dependencia, y b) Cuando la pena no implica la suspensión o separación de empleados inamovibles. Si el funcionario está protegido por un período fijo o por los fueros de una carrera administrativa y la corrección disciplinaria conlleva la suspensión o remoción, o si quien impone la sanción no es superior jerárquico del penado, se aplican los principios generales de competencia.—Los principios generales de competencia se la dan, pues, al Consejo de Estado en el caso de autos por tratarse de la remoción de un funcionario inamovible, relativamente al menos, e impuestas como sanción disciplinaria por una corporación que no era ni es el superior jerárquico. — Por último no sobra recordar que el derecho disciplinario es un derecho autónomo. Así lo repite la ley a cada paso. Concretamente el artículo 105 del Decreto 250 de 1970, en armonía con esta realidad, estatuye que "la existencia de un proceso penal no da lugar a suspensión del proceso disciplinario".—De esta suerte no parece que el alcance de los "fallos" proferidos conforme a sus preceptos pueda determinarse con igual criterio al que se emplea en tratándose de las sentencias de derecho común, sean en materia penal o civil, y en las que la cosa juzgada se impone con fuerza de verdad legal. En los fallos disciplinarios podrá establecerse una diferencia de grado en razón del funcionario o corporación que los dicte, pero hay que convenir en que su naturaleza es siempre la misma.—Ahora en cuanto al conocimiento del negocio por la Sección Segunda del Consejo de Estado, todo indica que efectivamente sí le corresponde, dado que la destitución implica el rompimiento de la relación de servicios y la cancelación en el ejercicio de funciones.—Sobre esta base se ha pedido la declaratoria de nulidad del acto del Consejo Disciplinario y el consiguiente restablecimiento del de-

Páginas

recho, como el actor lo entiende, configurándose así una acción laboral de plena jurisdicción (artículo 1º del Decreto 2061 de 1966).—(Auto de abril 29 de 1977. Sala de le Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero sustanciador, doctor Rafael Tafur Herrán. Acción de plena jurisdicción. Actor, Humberto Barrera Domínguez, expediente número 836) 284

84. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Régimen legal.—Naturaleza jurídica.—Naturaleza y régimen jurídico de sus servidores.—Interpretación del literal b) del artículo 3º del Decreto 1848 de 1969, en conexión con los Decretos-leyes 1050, 3130 y 3135 de 1968.—El artículo 8º del Decreto 1050, antes citado, dispone que las sociedades de economía mixta "desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado", con las excepciones que consagre la ley; el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 hace una distinción: Si la respectiva sociedad de economía mixta es de aquellas en las que el Estado es titular del 90% o más de su capital social, su régimen es el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado y, se deduce, que sus servidores son, por tanto, trabajadores oficiales, al tenor del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968. El artículo 34 del mismo estatuto enseña que los contratos de estas sociedades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades exigidas por la ley para los del Gobierno y que sus cláusulas serán las usuales para los contratos entre particulares, lo cual es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 31 del dicho decreto, cuando prescribe que en el desarrollo de sus actividades están sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria.—En el mismo Decreto 3130, al tratar en el Capítulo VIII del personal de las entidades descentralizadas, para nada se menciona a las sociedades de economía mixta, en lo tocante a la creación, supresión y fusión de cargos, precisamente porque su régimen es de Derecho Privado. En el Decreto 410 de 1971, que es el Código de Comercio, Título VII, artículo 461, se repite que estas sociedades se sujetan a las reglas del Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo lo que disponga en contrario la ley, y se reitera que las sociedades en que el Estado tenga aportes de más del 90% tendrán régimen de empresas industriales o comerciales del Estado.—La interpretación más acertada de lo dispuesto por el literal b) del artículo 3º del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, debe atender a este criterio; el decreto reglamentario forma una unidad jurídica con la ley o el decreto-ley que reglamenta; constituyen ambos un sistema normativo sobre la materia misma, que debe coincidir en todos los aspectos de su regulación; el acto reglamentado condiciona en un todo las prescripciones de su reglamento; éste tiene frente al primero un carácter instrumental u operativo, que, simplemente, precisa, desarrolla y dota de efectividad a la norma que está reglamentando, sin que pueda en ningún caso rebasar, contrariar o restringir los efectos lógicos de la regla jurídica de cuya reglamentación se trata. Aplicando estos criterios al caso en estudio resulta que el artículo 5º del Decreto 3135, en mención, declara que las personas que prestan servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, con las excepciones que los estatutos de tales entes establezcan para las actividades de dirección o confianza que

Páginas

deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Y por su parte el Decreto 1050 de 1968, artículo 8º, enseña que las sociedades de economía mixta son entidades que rigen sus actividades conforme a las reglas del Derecho Privado *"salvo las excepciones que consagra la ley"*. Además, el artículo 3º del Decreto 3130, también de 1968, estatuye que las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social *"se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado"*, o sea, en el campo laboral, al estatuto de los trabajadores oficiales, según lo prescrito en los artículos anteriormente citados.—De modo que, cuando el literal b) del artículo 3º del Decreto reglamentario 1848 de 1969 establece que quienes sirven en las sociedades de economía mixta, como también en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, dicha disposición no tiene otro alcance que el de calificar como trabajadores oficiales a quienes laboran en sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 90%, sin que los efectos de dicha norma puedan extenderse a quienes trabajan en las demás sociedades de economía mixta.—Porque, sostener lo contrario, implicaría que el reglamento estaría extendiendo dicho régimen laboral que, como lo dice el artículo 3º del Decreto 3130 transcrito es *"un régimen especial para algunas sociedades de economía mixta"*, carácter especial que este artículo otorga expresa y únicamente a las sociedades mixtas cuyo capital tiene la composición porcentual indicada. Extensión abusiva, decimos, porque comprendería bajo dicho *régimen especial* a todos quienes laboran en todas las sociedades de economía mixta, generalizando un sistema que la norma superior quiso tuviera una aplicación restringida.—El reglamento no es norma legislativa. No puede crear, como la ley, situaciones jurídicas objetivas no previstas en aquélla. De donde no habiendo en los decretos-leyes comentados disposición alguna que se ocupe de regular el régimen laboral de sociedades de economía mixta, distintas a las del 90% de aporte estatal, mal puede entenderse que el Gobierno al dictar la letra b) del artículo 3º, reiteradamente citado, amplió sus efectos a situaciones no contenidas en las normas que estaba reglamentando.—Es así, por cuanto el reglamento no solo carece de competencia legislativa para estatuir situaciones no contenidas en la ley, sino, igualmente, porque su intérprete no puede considerar las disposiciones reglamentarias autónomas y separadamente de las disposiciones que reglamenta, para darles sentido, significación o consecuencias que no emanen de la ley. Por eso el mentado literal debe considerarse en conexión con las normas de los Decretos 1050, 3130 y 3135 de 1968, que son fuente del régimen legal de las sociedades de economía mixta.—(Concepto de abril 22 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica.—Consulta formulada por el Ministro de Agricultura y autorizada su publicación mediante oficio 2933 de ese Ministerio) 37

85. SOLIDARIDAD.

Entre el Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A. (COLCARRIL), en liquidación y el Instituto de Fomento Industrial (IFI). Como el Estado no perece ni se quiebra, por supuesto filosófico - político, es el Estado mismo quien debe responder, directa o indirectamente, de la gestión de sus organismos descentralizados, así éstos ten-

Páginas

gan autonomía jurídica y patrimonial, cuando tales organismos se liquiden o queden en insolvencia.—Frente al derecho común resultaría difícil estructurar la solidaridad pretendida entre Colcarril, en liquidación y el Instituto de Fomento Industrial, IFI, pero ello resulta así: a) En el derecho público resultaría repugnante a los más elementales principios de la lógica y la equidad, que el Estado, personero de la comunidad, creara organismos descentralizados para cumplir concretos servicios en beneficio de la comunidad y por obra de sus administradores, tal gestión resultara en perjuicio de los mismos administrados, bien en sentido general, bien frente a determinados ciudadanos o sujetos de derecho; b) Por lo tanto, y como el Estado no perece ni se quiebra, por supuesto filósofo-político, es el Estado mismo quien debe responder, directa o indirectamente, de la gestión de sus organismos descentralizados, así éstos tengan autonomía jurídica y patrimonial, cuando tales organismos se liquiden o queden en insolvencia; c) Por otra parte, el IFI es dueño del 98% del interés social en Colcarril, Ltda.; d) El IFI tenía la dirección y el control administrativo de Colcarril y decidía sobre la orientación y términos de su operación financiera industrial y comercial hasta el punto de intervenir decisivamente no solo en la suerte del contrato que ha dado origen a este proceso, sino sobre la vida misma de Colcarril.—La Sala acepta, pues, la solidaridad entre Colcarril y el IFI.—(Sentencia de mayo 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actores: Metalúrgica Grancolombiana y otros.—Responsabilidad, expediente 1320). (Ver número 26 del índice) 414

86. STATUS DE PENSIONADO.

Su interpretación o definición para reajustar la pensión de jubilación conforme al Decreto 435 de 1971, artículo 1º y al Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º—Se adquiere al reunir el tiempo de servicio y la edad requeridos.—La controversia jurídica planteada en el presente juicio, es la del derecho del actor a que su pensión de jubilación le sea reajustada conforme al Decreto 435 de 1971, artículo 1º y al Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º, sobre la base de tener el status de pensionado en 31 de diciembre de 1970. Lo que quiere decir, yendo al fondo del asunto, que de la interpretación o definición que se le dé a la figura jurídica "status de pensionado", depende de la aplicación de las mencionadas normas. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones afirma que el "status de pensionado" se adquiere cuando se reúnen los requisitos de tiempo de servicio, edad y separación del servicio. Sin embargo, si tenemos en cuenta disposiciones como los Decretos 2218 de 1966, artículo 1º y 546 de 1971, artículo 15, vemos que la pensión de jubilación se causa cuando se reúnen los requisitos de tiempo de servicio y edad exigida y que el requisito del retiro del servicio es una exigencia para que su pago se inicie.—Además, la jurisprudencia del Consejo ha dilucidado ya el punto, como puede leerse en la sentencia de marzo 22 de 1973 (citada en el fallo consultado) y, más claramente, en la de julio 27 de 1976, Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez; actor, Gabriel Urueña V., expediente 4291. En esta última providencia, la corporación expresó:... "Ya en anteriores ocasiones al resolverse asuntos similares al sub lite, esta corporación ha señalado que el derecho al reajuste de la pensión de jubila-

Páginas

ción cuando se indica el término 'status', debe entenderse que éste se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicios y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación antes dicha".—(Sentencia de junio 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo S.—Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 00885 de 1974 de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones. Actor, Jorge Carmona A., expediente 1672) 313

87. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Extensión de su facultad de controlar la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia.—Objeto de las visitas y deducción de las consecuencias administrativas consagradas en la ley, mediante resolución motivada que instruya y sancione a la sociedad o a los administradores, previa calificación jurídica de los hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades.—Diferencia de esa función con la jurisdiccional—(artículos 266, 267, 272 y 273 del Código de Comercio).—La Superintendencia de Sociedades al ejercer el control de la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia no está constreñida, ni limitada a un simple examen de tipo puramente formal, pues en muchas ocasiones será preciso determinar con exactitud cuál pueda ser la auténtica realidad de los hechos para determinar si en la formación y funcionamiento de la entidad vigilada se ajustó a las leyes y decretos y cumplió normalmente sus propios estatutos. A este respecto la Sala expresó, en sentencia de 11 de septiembre de 1974, lo siguiente: "A la Superintendencia de Sociedades le incumbe, entre otras funciones, velar porque la formación de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia se ajuste a la ley. Para este efecto se le faculta para otorgar el permiso de funcionamiento (artículo 268 del Código de Comercio). Pero si la Superintendencia de Sociedades advierte que los estatutos de la sociedad no se conforman a la ley, debe negar el permiso (artículo 270); la conformidad apuntada no puede tener un alcance simplemente formal, externo o aparente, debe ser, además, real, intrínseca y material. 'Fraus omnia corrumpit' es un principio general de derecho que inspira todo nuestro ordenamiento impositivo y como tal, debe tener la más amplia y cumplida publicación en todas las ramas del derecho (artículo 3º, Ley 153 de 1887). Si la Superintendencia, mediante las pruebas que se examinan y que no fueron infirmadas en este proceso, estableció que la sociedad apenas era una apariencia de tal, pues la simple adecuación formal de la ley no correspondía con la sustancial de un acuerdo para realizar una empresa común de beneficios recíprocos, procedió legalmente negándole el permiso de funcionamiento, con lo cual hizo uso adecuado de una función de tipo preventivo que le asigna la ley y que no puede entenderse limitada a una simple verificación de legalidad formal". (Expediente 2058, ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla).—El artículo 272 del Código de Comercio al precisar el objeto de las visitas que puede practicar la Superintendencia contempla la posibilidad de verificar si son *reales* los activos sociales y si es *efectiva* y *adecuada* su portección: si el reparto de utilidades y su pago en los términos del contrato corresponden a la realidad y si las pér-

Páginas

didas contabilizadas fueron *efectivas*, etc., todo ello en orden a deducir las consecuencias administrativas consagradas en la ley en el caso de establecerse la concurrencia de los presupuestos de hecho que en ella misma se señalen. Tales consecuencias o efectos deberá deducirlos el organismo de inspección y vigilancia, mediante una resolución motivada en la cual se impartan las instrucciones u órdenes del caso a la sociedad o a los administradores (artículo 273) o se impongan las sanciones a que haya lugar, todo lo cual implica necesariamente una calificación jurídica de los hechos. — Naturalmente esa verificación de hechos atinentes a la formación y funcionamiento de las sociedades y la calificación jurídica que de ellos se haga, no podrá tener otros efectos diferentes de los ya expresados, y que la ley tiene previstos en orden a la eficacia de la función de inspección y vigilancia, que es una atribución de tipo preventivo y de alcance puramente administrativo; por lo mismo el ejercicio de esa atribución ha de entenderse sin perjuicio y sin mengua de la función jurisdiccional instituida para dirimir las controversias entre los particulares. En uno y otro caso se trata de funciones separadas y diferentes, tanto por la órbita que les es propia a cada una como los efectos que puedan deducirse en el ejercicio de cada una de ellas. Por consiguiente, si la Superintendencia verifica que la contabilización de una determinada operación no corresponde a la realidad de sus antecedentes contables podrá, inclusive, hasta imponer las sanciones que la ley prevé pero la calificación que allí se haga no puede equipararse por ningún concepto a una declaración de *simulación* reservada exclusivamente a los jueces, pues solo a ellos concierne pronunciamientos como ése, que inciden sobre la validez del acto o contrato y que por lo tanto, producen unos efectos jurídicos entre las partes y aun en relación con terceros.—En estas condiciones, la Sala estima que cuandoquiera que se trate del examen de operaciones o negocios que afecten los activos sociales, la Superintendencia está habilitada por la ley para examinar la realidad de esas operaciones y para deducir de ese examen los efectos administrativos previstos en la ley que regula la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales. Obviamente, la calificación jurídica que realice la Administración sobre esos hechos no puede tener otro alcance distinto al de hacer efectivo el control legal; por consiguiente, no podría pretenderse que esas decisiones tengan efectos en relación con terceros, ni que ellas impliquen una subrogación de la competencia del Organo Jurisdiccional, pero tampoco que la decisión administrativa para los fines ya mencionados no pudiera no producirse sin una previa declaración judicial sobre simulación.—(Sentencia de abril 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla.—Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 02196 y 03024 de junio 6 y julio 12 de 1972, proferidas por la Superintendencia de Sociedades. Actor, Construcciones Colseguros, expediente 2365) 287

88. SUSPENSION PROVISIONAL.

Requisitos.—Cuándo puede decretarse.—Oposición flagrante a la norma superior.—La suspensión provisional puede decretarse cuando el acto acusado se oponga flagrantemente a la norma superior que se señala como infringida. La flagrancia es tanto como a primera vista, sin

Páginas

duda, que no requiera circunloquios ni reflexiones profundas o sea, que de la comparación de una y otra norma, colocadas como en doble columna, surja evidente la contrariedad. No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea en la doctrina que lleven consigo las palabras con que esté redactada la norma superior.—(Auto de 1º de junio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro.—Acción de nulidad contra la Resolución número 25 de 1977 proferida por la Junta Monetaria. Actor, James Raisbeck, expediente 4503) 309

T

89. TRIBUNALES DE ARBITRAJE COMUN Y TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO TECNICO.

Distinción de sus competencias.—Artículos 66 y 76 del Decreto 150 de 1976.—El problema envuelto en la anterior consulta se sintetiza en distinguir las competencias de los tribunales de arbitraje común previstos en el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 de la de los tribunales de atrbitramento técnico, regulados por el artículo 76 del mismo estatuto para evitar colisiones, confusión y contradicción entre las decisiones de unos y otros.—La dificultad de la definición solicitada estriba en que las disposiciones citadas son escuetas y en la novedad y falta de antecedentes jurisprudenciales y de aplicación de estas normas.—Una primera y elemental anotación es la de que mientras el arbitraje ordinario del artículo 66 en mención es general, esto es, estipulable en cualesquiera de los contratos regulados en el Decreto 150, el arbitraje técnico es específico o exclusivo de los contratos de obra, como lo expresa el artículo 76.—Así mismo, ha de observarse que su estipulación no es obligatoria sino facultativa quedando a la apreciación de la Administración su necesidad o conveniencia.—Igualmente, parece que, en principio, no se excluyen ni son incompatibles las estipulaciones que provean en el mismo contrato la intervención de tribunales de arbitraje ordinario y técnico si, como es lógico, tienen competencias que recaen sobre aspectos contractuales de diferente naturaleza.—En la misma línea de observaciones elementales, se cree que las competencias de los tribunales de arbitramento ordinario son más generales y amplias que las de los de carácter técnico. En efecto, tal amplitud y generalidad, para los primeros, resulta de la declaración del artículo 66, al decir que se puede pactar cláusula compromisoria "con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato" —sin especificar la clase de materia de dichas diferencias—. De lo que podría concluirse que, cuando no se pacta el arbitraje técnico, caben en la estipulación general de arbitraje aun las disparidades de criterio o interpretación sobre aspectos técnicos del contrato.—En cambio, cuando haya estipulación de arbitraje técnico la competencia del respectivo tribunal está, de suyo, restringida a ese objeto o aspecto contractual.—A lo que debe añadirse la restricción derivada del tipo de profesionales o expertos que pueden formar parte de tribunales técnicos, ya que el artículo 76 determina que los árbitros deben ser ingenieros o arquitectos, según el caso, y que el tercer árbitro será

Páginas

designado por las entidades gremiales que tengan por la ley el carácter de cuerpos consultivos del Gobierno, en el respectivo campo de actividad estatal, y que son las Sociedades Colombiana de Ingenieros y Arquitectos reconocidas legalmente como tales.—Porque de esto se deduce que, si el contrato es obra, y si el tribunal es compuesto por ingenieros o por arquitectos, sus competencias y decisiones solo pueden referirse a disparidades entre Administración y contratista que tengan directa, especifica y exclusiva relación con los aspectos arquitectónicos y de ingeniería de la obra, o en conexión directa con los mismos.—Lo técnico tiene que ver con las aplicaciones prácticas de las ciencias, de los oficios, de las artes, en lo que de especial tiene cada uno; se refiere a métodos de trabajo, a la habilidad en el empleo de instrumentos, al desarrollo de fórmulas cientificas, a la utilización de materiales, la instalación de equipos, a los cálculos, estudios, proyectos, planos, especificaciones, localización, cimentación, estructuras, etc., previos a la ejecución de una obra.—En la definición del Diccionario de la Academia de la Lengua Española, técnica es "el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte" y "la pericia o habilidad para usar de esos procedimientos y recursos". De modo que ella es propia de expertos, de peritos, de especialistas, de quienes conocen esos procedimientos y saben aplicarlos.—Además, siendo el artículo 66 disposición general sobre la cláusula compromisoria, ella se aplica a su estipulación en los contratos que regula el Decreto 150 de 1976, tanto para los tribunales de arbitraje común como técnico, en cuanto los árbitros deben ser nacionales, y a que "la aplicación de las cláusulas de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral", excluyendo así el arbitraje extranjero e internacional y sustrayendo lo relativo a caducidad de la competencia en ambos tipos de tribunal.—Por consiguiente, al excluir lo relativo a caducidad se excluye con ello el problema jurídico del incumplimiento del contratista, que debe ser pactado como causal de declaratoria de caducidad administrativa.—Con base en estas precisiones, la Sala estima:—1º El arbitraje técnico, creado por el artículo 76 del Decreto 150 de 1976, no puede referirse a divergencias de índole jurídica derivadas de la estipulación y ejecución de un contrato, ni a su incumplimiento, ni a la definición de responsabilidad derivada de éste. Al calificar de "técnico" un tribunal de arbitramento, la ley restringe el sentido genérico del arbitraje a ese solo campo; de modo que un tribunal técnico es tal porque profiere decisiones técnicas, lo que exige que lo integren técnicos, mas no necesariamente a la inversa.—2º El calificativo "técnico" se predica propiamente de la naturaleza de las divergencias materia de la decisión del tribunal y del carácter mismo de esa decisión, por oposición al arbitraje jurídico que precave o desata litigios de este orden, y solo secundariamente se utiliza tal adjetivo en razón de la capacitación profesional de los árbitros.—3º El arbitraje técnico tiende a dirimir cuestiones objetivas y de hecho referentes al cumplimiento y ejecución física de la obra, esto es, lo atinente a las operaciones necesarias para la realización de las obligaciones resultantes de lo estipulado contractualmente, pero no puede extenderse al juzgamiento de las obligaciones mismas en su dimensión jurídica.—4º Las competencias de ambos tipos de tribunal no pueden ser idénticas, pues se trataría de una duplicidad normativa innecesaria de los artículos 66 y 76 del Decreto 150, y porque, cuando la primera de estas disposiciones establece

Páginas

que el fallo será siempre en derecho, y en la segunda se da una integración especial al tribunal, se está indicando que los arbitrajes técnicos no versarán sobre asuntos jurídicos en sí, y como tales, sino sobre los aspectos técnicos derivados de las estipulaciones contractuales.—5º La competencia concreta de los tribunales de arbitraje técnico resulta, como sucede en los de carácter jurídico, no de la declaración legal genérica de medios para precaver y resolver divergencias entre los contratantes, sino, en ambos casos, de la estipulación específica de la cláusula compromisoria. Siendo ésta facultativa y no habiendo la ley señalado en detalle los puntos objeto de dicha estipulación, quiere decir que la ley defirió a la voluntad de las partes contratantes la determinación particularizada de los asuntos concretos que puedan someter a la decisión arbitral de carácter jurídico en un caso y de naturaleza técnica en el otro.—6º De la disposición legal de que los árbitros técnicos no sean abogados, ya que deben ser ingenieros o arquitectos, no puede deducirse que el fallo no se pronuncia en derecho sino en conciencia. El significado de esta circunstancia es precisamente el de que los expertos que componen el tribunal, ciñéndose a la ley y a las estipulaciones del contrato que, también son ley para las partes, disponen con fuerza vinculante para éstas cuáles son los procedimientos y actuaciones que se deben aplicar y cumplir para dar correcta ejecución técnica a las obligaciones jurídicas nacidas de la ley o del pacto contractual en estos aspectos, pero no sobre el contrato mismo, que es materia jurídica que no puede ser objeto de una decisión técnica, en el sentido en que venimos empleando este vocablo.—7º En definitiva, un laudo de arbitraje técnico debe ocuparse de las cuestiones técnicas que según la estipulación contractual respectiva deba dirimir como sucede con las pruebas periciales. Simplemente, que en el caso del arbitraje su valor y fuerza jurídica son destinados. No se trata entonces de un dictamen controvertible y apreciable por el juez de derecho, como en la pericia, sino de una decisión judicial, proferida por un órgano jurisdiccional pactado convencionalmente, pero a la cual da la ley fuerza de sentencia, o sea, obligatoria para los contratantes. Pero uno y otro acto tiene idéntico contenido o materia y 8º Se podría afirmar, finalmente, que el arbitraje técnico parte del supuesto de la validez del contrato, de su debida estipulación, de que no existen dudas jurídicas sobre obligaciones y derechos de las partes, y que solo hay disparidades de criterio en cuanto a su aplicación en el orden técnico en aspectos cuantitativos y cualitativos de ese orden.—La Sala comprende que lo técnico incide en lo jurídico, obviamente, pero cree que ambos campos son distinguibles y separables, pudiendo configurarse con base en esa diferenciación la respectiva atribución de competencias.—(Concepto de mayo 23 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica.—Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y autorizada su publicación mediante oficio 3891 de ese Ministerio, radicación número 1143) 27

U

90. UNIVERSIDAD, SOCIEDAD Y ESTADO.

Hoy como nunca la universidad tiene una gran importancia social. La idea tradicional de la universidad, que la concebía como integrada

Páginas

por grupos aislados de esclarecidas personalidades dedicadas al cultivo del saber, ha cedido el paso a la que la entiende como un núcleo fundamental de profesores y alumnos, científico, crítico, investigativo y creador que, con base en una permanente información, tiene por finalidad ofrecer las ideas y los especialistas que requiere la comunidad para el examen y solución de los grandes y crecientes problemas contemporáneos. Nos encontramos en la llamada era de los intangibles, con la cual el progreso depende sustancialmente de la capacidad creadora de los pueblos, formada y alentada necesariamente por la universidad. Esto explica que actualmente su funcionamiento, académico e intrinsecamente autónomo, en cualquier sistema jurídico interese a la sociedad, y por ende, al Estado. De ahí que, según el artículo 41 de la Constitución, el Estado colombiano tenga, en la forma expuesta, "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados", incluidas las universidades, para hacer que se cumplan "los fines sociales de la cultura" y se propenda por "la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".—(Sentencia de mayo 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo.—Acción de nulidad contra el Decreto 554 dictado por el Gobierno Nacional.—Expedientes acumulados números 2310, 2320 y 2342. Actor, Carlos Holguín H. y otros). (Ver números 37, 38 y 62 del índice) 18

V

91. VIAS DE HECHO.

De que trata el artículo 32 de la Ley 200 de 1936.—¿Qué se entiende por tales?—Procedimiento especial para el caso de que se presenten.—Reglamentación de los órdenes policivo nacional y local.—Ocupación de hecho de terrenos baldíos y medidas policivas.—Dice el artículo 32 de la Ley 200 de 1936: "Las disposiciones de esta ley no impiden que mientras actúa el juez de tierras, la policía evite las vías de hecho".—Después la Ley 4ª de 1943 suprimió los jueces de tierras y quedaron adscritas sus funciones a los Jueces de Circuito, en virtud de la competencia del numeral 12 del artículo 16 del C. de P. C. — El artículo 86 del Decreto 59 de 1938, reglamentario de la Ley 200 de 1936, señala de manera enunciativa el concepto cuando dice: "Para que conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 200, las autoridades de Policía puedan evitar las vías de hecho, es necesario que se trate de actos como cambio o destrucción de marcas, mojones o linderos, derivación de aguas y otros análogos, o hechos que impliquen destrucción de riqueza, como la tala de bosques, y que la queja se presente dentro de los cinco días siguientes al primer acto de depredación o violencia, siendo entendido que las medidas que tome la Policía tienen carácter de provisionales y en consecuencia, no constituyen obstáculos para la intervención del respectivo Juez de Tierras. El término de cinco días a que se refiere el artículo anterior se amplió a treinta días en el Decreto 1999 de 1940. Por razón de vías de hecho aparece claro que es competencia de las autoridades de Policía intervenir trátese de predios urbanos como rústicos. Ello tiene respaldo en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, en el Decreto 1999 de 1940

Páginas

y en el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).—Cabe preguntarse ya, ¿cuál será el procedimiento especial para el caso de que se presenten vías de hecho? ¿Qué aplicarán las autoridades policivas cuando, en verdad, no esté previsto ese procedimiento en el Código Nacional de Policía y en cambio, sí lo está en Códigos Departamentales del país, como, por vía de ejemplo, en el de Antioquia? (Ordenanza 12 de 1927, artículos 648 a 654), y en el caso de Caldas (Ordenanza 018 de 1971).—En este aspecto es menester aseverar que corresponde al legislador, bien ordinario como al Gobierno en uso de facultades extraordinarias, dictar las normas con fuerza de ley acerca del orden policivo nacional. Esas normas son de jerarquía prevalente sobre las ordenanzas de las asambleas departamentales.—Así las cosas, en materia policiva será aplicable el Decreto-ley 1355 de 1970.—Empero, como en la Reforma Constitucional de 1945 el artículo 187 de la Carta dejó a las Asambleas la reglamentación de lo policivo local "en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley", es decir, que ya las asambleas SON SUBSIDIARIAS DE LA LEY en ese aspecto, y así quedó también dicho en la Reforma Constitucional de 1968, y como en el citado Decreto no se regula el procedimiento cuando se trate de las aludidas "VIAS DE HECHO", RESULTA AFIRMABLE que en ello tendrá aplicación las normas que estén previstas en los Códigos de Policía de los respectivos departamentos. Ello, se repite, si no hay leyes sobre la materia, porque si las hubiere, serán de prevalencia.—Las autoridades de Policía intervienen en la ocupación de hecho de terrenos baldíos, en la medida y con el procedimiento que para las diversas situaciones contemplan las expresadas normas del Código Fiscal y el artículo 2º de la Ley 45 de 1917. (Concepto de febrero 7 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas.—Consulta formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante oficio número 054 de ese Ministerio). (Ver números 3 y 73 del índice) 12

92. VIA GUBERNATIVA.

Impuestos.—Cuando hay agotamiento formal de la vía gubernativa es cuando no existe recurso respecto del último acto pronunciado por la Administración, sin que importe ni legal ni doctrinariamente el contenido de los actos.—Según el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 se entiende agotada la vía gubernativa cuando los actos o providencias de esta etapa no sean susceptiebles (sic) de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 13.—Tales recursos son el de reposición ante el funcionario que pronunció la providencia y el de apelación ante el inmediato superior. Cuando hay agotamiento formal de la vía gubernativa es cuando no existe recurso respecto del último acto pronunciado por la Administración sin que importe ni legal ni doctrinariamente el contenido de los actos porque uno de los puntos, por ejemplo, que puede ser materia del debate ante la jurisdicción es precisamente si las pruebas que las agencias gubernativas rechazaron por considerarlas inoportunas o insuficientes fueron realmente inoportunas o insuficientes, asunto que no puede decidirse en el auto de admisión de la demanda porque debe ser objeto del examen de la sentencia que se produce después del debate procesal.—También, por

Páginas

ejemplo, si el acreditamiento del pago oportuno solo es admisible con la presentación del recibo o si hay otros medios de prueba que sean aceptables, que es el punto que se debate en este negocio, no es cuestión que pueda resolverse en el auto admisorio.—(Auto de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección... Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Humberto Echeverri J., expediente 4394) 474

93. NOTA DE LA RELATORIA.

Advirtiéndose que en el tomo LXXXIV, año XLVIII, números 437-438, primer semestre de 1973, de los ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, páginas números 28, 32, 514 y 594, referentes al concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la corporación en abril 26 de 1973, expediente número 762, aparece como Consejero ponente el doctor Jorge de Velasco Alvarez, se aclara que debió aparecer como Consejero ponente el doctor Jaime Betancur Cuartas.

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Páginas

1. (Ministerio de Comunicaciones).—Consulta relacionada con contratos de adquisición de bienes inmuebles rurales y rubanos.—Concepto de febrero 4 de 1975. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada con oficio número 578 de junio 28 de 1977. Rad. 949 9

2. (Ministerio de Gobierno).—Consulta relacionada con las acciones policivas, posesoria y penal y vías de hecho.—Concepto de febrero 7 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas. Publicación autorizada con oficio número 54 de febrero 14 de 1977. Rad. 1119 12

3. (Ministerio de Gobierno).—Consulta relacionada con inhabilidades electorales.—Concepto de febrero once de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas. Publicación autorizada con oficio 126 de febrero 14 de 1977. Rad. 1124 19

4. (Ministerio de Comunicaciones).—Consulta relacionada con cláusula compromisoria.—Concepto de marzo 14 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 24 de marzo 30 de 1977. Rad. 1123 22

5. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público).—Consulta relacionada con tribunales de arbitraje común y tribunales de arbitramento técnico.—Concepto de mayo 23 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada con oficio 3891 de julio 19 de 1977. Rad. 1143 27

6. (Ministerio de Desarrollo Económico).—Consulta relacionada con las exenciones de los impuestos adicionales para la financiación de Proexpo y regulación del mercado de café.—Concepto de marzo 29 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada por oficio 965 de abril 25 de 1977. Rad. 1133 31

Páginas

7. (Ministerio de Agricultura).—Consulta relacionada con sociedades de economía mixta.—Concepto de abril 22 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Luis Carlos Sáchica. Publicación autorizada por oficio 2933 de mayo 5 de 1977. Rad. 1137..... 37

8. (Ministerio de Agricultura).—Consulta relacionada con exacciones y cuenta de cobro por servicios públicos y su cobro coactivo.—Concepto de mayo 2 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio 2933, de mayo 5 de 1977. Rad. 1131 42

9. (Ministerio de Justicia).—Consulta relacionada con contratos de compra y permuta de inmuebles a nombre de la Nación.—Concepto de mayo 3 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, doctor Jaime Betancur Cuartas. Publicación autorizada con oficio 151 de mayo 5 de 1977. Rad. 1140 47

10. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público).—Consulta relacionada con la inhabilitación forzosa para el desempeño de cargos públicos como consecuencia de la destitución.—Concepto de junio 1º de 1977. Consejero ponente, doctor Samuel Arango Reyes. Sala de Consulta y Servicio Civil. Publicación autorizada con oficio 348 de junio 20 de 1977. Rad. 1139... 55

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decretos reglamentarios).—Declaración de nulidad de la posición 87-02-05-29 del artículo 2º del Decreto reglamentario número 2810 de 1974.—(Sentencia de enero 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Jaime Quintero Acosta. Exp. 3860) 61

2. (Decretos reglamentarios).—Se dejó sin efectos la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto reglamentario número 2803 de 1975. (Sentencia de febrero 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Guillermo Gómez Téllez. Exp. 3620) 67

3. (Decretos reglamentarios)—Se declaró la nulidad de los artículos 4º, en cuanto señaló fecha distinta a la fijada en la Ley 4ª de 1976, es decir, la del 1º de enero del mismo año, para la efectividad de los reajustes pensionales, y 10 del Decreto 732 de 1976, reglamentario de

Páginas

la Ley 4ª de 1976 y se revoca la suspensión provisional de los artículos 5º y 9º del Decreto citado.—(Sentencia de febrero 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor, Asociación Nacional de Pensionados de Bavaria, S. A. y sus filiales. Exp. 0404) 74

.4 (Decretos del Gobierno).—Se declaró la nulidad del artículo 1º de los Decretos números 1121, 1122, 1123 y 1124 de 1975, expedidos por el Gobierno Nacional, únicamente en cuanto se refieren a las sociedades "Aeroservicio Agrícola del Tolima, Limitada (ASTA)" y "Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada".—(Sentencia de febrero 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponennente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, "Aeroservicio Agrícola del Tolima y Sanidad Vegetal Cruz Verde, Limitada". Exp. 2360) 83

5. (Decretos del Gobierno).—Anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario.—(Sentencia de febrero 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho R. Actor, María Francisca González Quevedo. Exp. 3410) 87

6. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad del inciso 1º del artículo 1º del Decreto reglamentario número 1227 de 1975, en la parte que reza: "Para efectos de los artículos 11 y 41 de los Decretos 2143 y 2821 de 1974, respectivamente, se entiende por última declaración de renta del causante la correspondiente al año o período inmediatamente anterior al de apertura del proceso".—(Sentencia de febrero 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Julio Ortiz Márquez. Exp. 3897) 92

7. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad de los artículos 1º, 3º y 4º del Decreto reglamentario 1014 de 1976.—(Sentencia de marzo 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar T. Actor, Francisco Eladio Gómez G. y otro. Exp. 3819) 96

8. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad de las palabras "recargos y sanciones" contenidas en el inciso 1º del artículo 91 del Decreto reglamentario 187 de 1975.—(Sentencia de marzo 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Alvaro Macías Ordóñez. Exp. 3621) 100

9. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad de la palabra "personal" contenida en el artículo 2º del Decreto 701 de 1976, reglamentario del Decreto-ley 1188 de 1974.—(Sentencia de marzo 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. Actor, Abel Bermejo Viana y otro. Exp. 2443) 105

10. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad del artículo 1º del Decreto 140 de 1975, en cuanto dice: "Cajas de compensación... e industrias que utilicen azúcar como materia prima".—(Sentencia de marzo 22 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives. Actor, Fernando Londoño Hoyos. Exp. 2314) 110

Páginas

11. (Decretos reglamentarios)—Se decretó la nulidad del artículo 3º del Decreto 2061 de 1966.—(Sentencia de marzo 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. Actor, Pedro Claver Doria. Exp. 2489).... 136

12. (Decretos reglamentarios).—Se declaró la nulidad del Decreto 486 de 1976.—(Sentencia de marzo 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Ernesto Peña Quiñones. Exp. 3729) 146

13. (Decretos reglamentarios).—Se decretó la nulidad del artículo 13 del Decreto 950 de 1976.—(Sentencia de abril 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives. Actor, Jorge Suárez Perdomo. Exp. 2534)..... 157

14. (Decretos reglamentarios).—Se decretó la nulidad del literal c) del artículo 7º, y del literal a) del artículo 21, del Decreto 2815 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Hernando Carvajal Ortiz. Exp. 2034 162

15. (Decretos reglamentarios).—Se denegó la petición de suspensión provisional del artículo 3º del Decreto reglamentario número 2756 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Guillermo Cortés Gutiérrez. Exp. 2633 170

16. (Decretos reglamentarios). — Reglamentación del ejercicio profesional del periodismo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Círculo de Periodistas de Bogotá. Exp. 2479 172

17. (Decretos del Gobierno).—Sentido y alcance de los artículos 41 y 120, ordinal 12 de la Constitución Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Carlos Holguín Holguín y otros. Exps. 2310, 2320 y 2342 181

18. (Decretos reglamentarios).—Comercio Exterior.—Facultad de dirección y control de la Junta Monetaria en materia de cambios internacionales y comercio exterior. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Gustavo Salazar T. Actor, Carlos de la Espriella. Exp. 4005 199

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y
OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. (Ministerio de Educación Nacional).—Error cometido en el "Diario Oficial" al promulgar el Decreto 224 de 1972, artículo 5º, en cuanto a la obligación de decretar retiro forzoso del servicio al cumplir 65 años de edad, en la docencia. Sentencia de diciembre 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho R. Actor, Luis Martínez Pinzón. Exp. 3079 207

Páginas

2. (Ministerio de Defensa Nacional).—Sobre cesantia definitiva y parcial. Diferencia para efectos del auxilio. Sentencia de 30 de abril de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Julio César Ocaña. Exp. 2429... 213

3. (Ministerio de Educación).—Requisitos para ejercer la profesión de Contador Público. Sentencia de junio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Academia Colombiana de Contadores Públicos. Exp. 2298 218

4. (Ministerio del Trabajo).—Los funcionarios administrativos del Trabajo solo tienen funciones de vigilancia, protección, control y prevención, pero no pueden declarar derechos individuales o definir controversias. Sentencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Nemesio Camacho R. Actor, Compañía Frutera de Sevilla. Exp. 1721 226

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Dirección General de Aduanas y Dirección General de Impuestos Nacionales).—Impuesto a las ventas. No se ha consagrado legalmente la exención de este impuesto a favor de agentes diplomáticos y consulares colombianos por el hecho de importación directa de vehículos. Se levanta la suspensión provisional de la circular número 09410 del 5 de junio de 1975, expedida conjuntamente por los Directores de Aduanas e Impuestos Nacionales.—Sentencia de enero 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila H. Actor, Orlando García Herreros. Exp. 3299 231

2. (Superintendencia de Sociedades).—El artículo 134 del C. C. A. instituyó el grado de consulta en subsidio del recurso de apelación, si la entidad de derecho público fue condenada en primera instancia a pagar una suma superior a $ 2.000.00, según el artículo 7º del Decreto 1722 de 1956.—Sentencia de febrero 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Iván Amaya Villegas. Exp. 2587 236

3. (Superintendencia de Sociedades).—Concordato preventivo, obligatorio y potestativo. Finalidad, trámite o procedimiento. Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de acciones contra actos jurisdiccionales. Excepción consagrada en el Código de Comercio, artículos 1921 y 1930.—Auto de febrero 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Aserradero Covadonga, Limitada. Exp. 2577..... 244

4. (Instituto Goegráfico Agustín Codazzi).—Debe excluirse del avalúo catastral únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial, el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente. Sentencia de abril 19 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Malterías de Colombia, S. A. Exp. 10015 246

Páginas

5. (Superintendencia de Notariado y Registro).—Protocolización de la partición. Se suspendieron provisionalmente los efectos de la circular número 064 de 1976. Auto de marzo 8 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. Actor, Alberto Arias Gutiérrez. Exp. 2608..... 275

6. (Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte).—Impuesto de Espectáculos Públicos. Se declara la nulidad de la circular número 11 de noviembre 10 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila Hernández. Actor, Jorge Humberto Botero. Exp. 3574 277

7. (Superintendencia de Sociedades).—Corporación de Empleados "Corporanónimas". Prima de almuerzo. Salario en especie. Sentencia de 17 de marzo de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Luis María Gutiérrez. Exp. 0285 280

8. (Tribunal Disciplinario).—Sanciones disciplinarias. Interpretación del artículo 73, ordinal 3º del C. C. A., en concordancia con los artículos 285 y 287 del Código de Régimen Político y Municipal. Auto de abril 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Rafael Tafur Herrán. Actor, Humberto Barrera Domínguez. Exp. 0836 284

9. (Superintendencia de Sociedades).—Extensión de su facultad de controlar la legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia. Sentencia de mayo 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor; Construcciones Colseguros. Exp. 2365 287

10. (Superintendencia de Notariado y Registro).—Intereses. De las sumas dejadas de devengar, no proceden en el restablecimiento del Derecho Laboral. Sentencia de 14 de mayo de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Pedro Antonio Cepeda. Exp. 2466..... 293

11. (Instituto Colombiano de Comercio Exterior).—Registros de importación y de exportación. Publicidad y reserva. Sentencia de mayo 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Alberto Donadío. Exp. 2516 299

12. (Instituto Colombiano de Comercio Exterior).—Cambios internacionales. Comercio exterior. Alcance de las disposiciones del Decreto 444 de 1967 y concordantes sobre el control del comercio exterior y de las actividades internacionales. Sentencia de mayo 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Hojalata y Laminados, S. A. Exp. 2515 304

13. (Junta Monetaria).—Suspensión provisional. Requisitos. Cuándo puede decretarse. Oposición flagrante a la norma superior. Auto de 1º de junio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, James W. Raisbeck. Exp. 4503 309

Páginas

14. (Caja de Previsión Social de Comunicaciones).—Status de pensionado. Su interpretación o definición para reajustar la pensión de jubilación conforme al Decreto 435 de 1971, artículo 1º y al Decreto 446 de 1973, artículo 3º, inciso 1º Sentencia de 11 de junio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Jorge Ignacio Carmona. Exp. 1672 313

CAPITULO CUARTO

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONGRESO NACIONAL

1. (Senado de la República.—Comisión Cuarta Constitucional Permanente).—Empleados del Congreso. El beneficio de la relativa estabilidad consagrado por la Ley 54 de 1968, es aplicable también a los empleados del Congreso que se encuentren en interinidad. Sentencia de 16 de junio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Juan Alvarado. Exp. 3603 319

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO

ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Gobernador de Cundinamarca).—Actos de nombramiento y confirmación de nombramiento. La situación que se crea con el nombramiento del empleado no es propiamente una situación individual que deba examinarse dentro del marco de los derechos adquiridos (artículo 30, C. N.).—Sentencia de marzo 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Rafael Tafur Herrán. Actor Rafael Enrique Vargas. Exp. 2902 325

2. (Gobernador de Antioquia).—Actos departamentales, intendenciales y comisariales. Confirmados por actos nacionales, no son actos complejos. Competencia para conocer de ellos. Sentencia de marzo 22 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alvaro Pérez Vives. Actor, Gabriel Lalinde M. Exp. 2411 328

3. (Asamblea Departamental de Boyacá).—Representación procesal de un departamento. Radica en el Gobernador. Auto de marzo 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Gobernador del Departamento de Boyacá. Exp. 2546 331

Páginas

4. (Hospital Mental de Antioquia).—Clasificación de los servidores públicos. El Decreto-ley 3135 de 1968, sobre clasificación de los servidores públicos en empleados públicos y trabajadores oficiales, debe aplicarse en lo nacional, en lo departamental y en lo municipal. Sentencia de abril 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente, doctor Carlos Aníbal Restrepo. Actor, Sindicato de Trabajadores del Hospital Mental de Antioquia. Exp. 3196 335

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO UNICO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. (Concejo de Bucaramanga).—Acción de nulidad. Es pública y popular porque la puede promover cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera. Auto de febrero 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Alfonso Marín Morales. Exp. 2573 345

2. (Concejo Municipal de Garagoa).—Expropiación de predios urbanos. Los concejos de los municipios a que se refiere la Ley 1ª de 1943, artículos 1º y 2º y el Decreto legislativo 237 de 1967, artículo 1º y con las finalidades allí previstas, pueden declarar de utilidad pública o de interés social un fundo, para ser expropiado. Sentencia de abril 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Actor, Jesús María Daza. Exp. 2521 348

3. (Concejo Municipal de Cúcuta).—Impuestos. Prohibición del doble gravamen contenida en el artículo 171, ordinal 9º del C. de R. P. y M. elementos del concepto de impuestos. Impuesto al alojamiento en hoteles y similares. Sentencia de mayo 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor, Humberto Espinel Espinosa. Exp. 2497..... 351

4. (Concejo Municipal de Ipiales).—Acuerdos municipales. Control jurisdiccional sobre los acuerdos que se están ejecutando, aunque formalmente, desde el punto de vista de los requisitos legales, no estén completos. Auto de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Hermes D. Palacios. Exp. 4311..... 355

5. (Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá).—Impuesto de industria y comercio. Se suspenden provisionalmente los efectos de la frase "aunque se destinen a territorios distintos a éste", contenida en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 950 de 1975, del Alcalde de Bogotá. Auto de enero 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Luis Fernando Lloreda. Exp. 3913 358

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

Páginas

1. (Alcalde Municipal de San Jerónimo).—Poder discrecional. Potestad de intervenir en todos los campos de la actividad ciudadana que interesen al desarrollo y bienestar del Municipio. Potestad reglamentaria. Reglamentación del uso de los bienes del Municipio. Sentencia de junio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente, doctor Alfonso Arango Henao. Actor, Luciano Londoño. Exp. 2556 365

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. (Responsabilidad extracontractual).—Responsabilidad de la Administración pública y responsabilidad personal del agente de ésta. Responsabilidad conjunta y responsabilidad personal y exclusiva del agente, sin comprometer a la Nación. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor, Alfonso Forero. Exp. 10090 371

2. (Responsabilidad extracontractual del Estado). — Idema, naturaleza jurídica. Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado. Sentencia de marzo 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango Actor, Rita Porto de Arévalo. Exp. 1415 375

3. (Responsabilidad extracontractual).—Reposición. No cabe reposición de reposición, a menos que hubiere puntos nuevos. Inescindibilidad legal. Aplicación integral de las normas que rigen una institución jurídica y de los recursos en ellas consagrados. Auto de junio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Osvaldo Avello. Actor, Gladys Díaz de Orozco. Exp. 1792 385

4. (Responsabilidad extracontractual del Estado).—Poder y demanda. El poder especial para un proceso debe presentarse, como se dispone para la demanda y la ley exige la presentación personal de ésta por quien la suscribe ante el secretario a quien se dirige, si aquél reside o está en la ciudad de la sede del despacho judicial. Solo se puede presentar ante notario cuando el signatario se encuentra en lugar distinto. Auto de junio 23 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor, Tulio Villegas. Exp. 2048 387

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Páginas

1. (Responsabilidad contractual). — Contratos administrativos. Competencia antes y después del Decreto-ley 528 de 1964. Prescripción de las acciones. Sentencia de febrero 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Exp. 1775 391

2. (Responsabilidad contractual). — Contratos administrativos. Licitación pública. Quien ha sido postor en la licitación y no necesariamente el mejor, tiene interés jurídico para demandar el acto de adjudicación y el contrato mismo. Sentencia de mayo 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor, Sociedad Roberto Wiesner Durán y Cía., Limitada, y otro. Exp. 1422 407

3. (Responsabilidad contractual). — Contratos administrativos. Cláusula de caducidad. De conformidad con el artículo 255 del C. C. A. se deben especificar clara y concretamente los hechos y circunstancias que configuran la causal de caducidad alegada. Solidaridad. Entre el Consorcio de Fabricantes de Material Ferroviario, S. A. (COLCARRIL), en liquidación y el Instituto de Fomento Industrial (IFI). Sentencia de mayo 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Metalúrgica Grancolombiana. Exp. 1320 414

4. (Responsabilidad contractual).—El artículo 1546 del C. C. consagra para el contratante cumplido, una opción: demandar la resolución o el cumplimiento y, obviamente, demandada la resolución no se puede demandar el cumplimiento y viceversa. Sentencia de mayo 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente, doctor Osvaldo Avello Noguera. Actor, Hernández, Gómez y Cía., Limitada. Exp. 2147 446

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1. (Electorales).—Nulidad de lo actuado por falta de notificación del auto admisorio de la demanda al titular de la credencial impugnada. Providencia de junio 1º de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor, Miguel González Rodríguez. Exp. 256 453

TITULO VI

JUICIOS DE REVISION DE IMPUESTOS

1. (Revisión de impuestos).—Procedimiento gubernativo tributario. El Decreto 1651 de 1961 y el Decreto 2821 de 1974. Auto de marzo 3 de

Páginas

1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Inversiones La Capilla González Holguín y Cía., Limitada. Exp. 4003 459

2. (Revisión de impuestos). — Liquidación oficial y de revisión. Plazo para praticarlas (artículos 24 y 29 del Decreto-ley 1651 de 1961). Como se encuentran los términos (artículos 67 C. C. y artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal). Requisitos que debe contener la liquidación (artículo 18 Decreto legislativo 1651 de 1961). Sentencia de mayo 26 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor, Gabriel González Sorzano. Exp. 4178 465

3. (Revisión de impuestos).—Impuestos. Competencia de la Dirección General de Impuestos para resolver los recursos de reclamación contra las liquidaciones de revisión que estuvieren cursando ante tal dependencia a tiempo de la expedición del Decreto 2821 de 1974. Sentencia de junio 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Jorge Dávila Hernández. Actor, Abel Ramírez Hernández. Exp. 4270 468

3. (Revisión de impuestos). — Vía gubernativa. Impuestos. Cuando hay agotamiento formal de la vía gubernativa es cuando no existe recurso respecto del último acto pronunciado por la Administración, sin que importe ni legal ni doctrinariamente el contenido de los actos. Auto de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor, Humberto Echeverri Jaramillo. Exp. 4394 474

TITULO VII

JUICIOS EJECUTIVOS POR JURISDICCION COACTIVA

1. (Jurisdicción Coactiva).—Contratos administrativos. La declaración administrativa de caducidad y el contrato de seguro. Cómo se determina el valor del siniestro y hasta dónde y cuándo debe concurrir la compañía aseguradora a cumplir con las obligaciones derivadas del incumplimiento del contratista. Requisitos que debe reunir el título ejecutivo en estos casos, para iniciar el juicio de cobro por jurisdicción coactiva. Providencia de mayo 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Bernardo Ortiz Amaya. C. C. a: Compañía Aseguradora Colseguros. Exp. 3853 479

2. (Jurisdicción coactiva).—Título ejecutivo. Procedimiento. Notificación e impugnación del acto administrativo que configuraría título ejecutivo. Providencia de junio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente, doctor Miguel Lleras Pizarro. C. C. a: Seguros Alfa. Exp. 4277 490

INDICES

Páginas

1. Indice analítico-alfabético de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente tomo 497

2. Indice general del tomo 609

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTE
LIBRO EN SEPTIEMBRE DE 1978