CONSEJO DE ESTADO

1977

SEGUNDO SEMESTRE

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Miguel Lleras Pizarro

Vicepresidente:

Doctor Luis Carlos Sáchica Aponte (Hasta agosto 31)
Doctor Carlos Galindo Pinilla (Desde septiembre 1º)

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJEROS:

SECCION PRIMERA

Doctor Alfonso Arango Henao
Doctor Humberto Mora Osejo
Doctor Carlos Galindo Pinilla
Doctor Alvaro Pérez Vives
Doctor Miguel Antonio Cárdenas
(junio a septiembre)

SECCION SEGUNDA

Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctor Samuel Buitrago Hurtado
Doctor Nemesio Camacho Rodríguez
Doctor Carlos Aníbal Restrepo
(hasta agosto)
Doctor Ignacio Reyes Posada
(desde septiembre)

SECCION TERCERA

Doctor Osvaldo Abello Noguera
Doctor Jorge Valencia Arango
Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Doctor Carlos Portocarrero Mutis

SECCION CUARTA

Doctor Jorge Dávila H.
Doctor Bernardo Ortiz Amaya
Doctor Gustavo Salazar
Doctor Miguel Lleras Pizarro

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJEROS:

Doctor Samuel Arango Reyes
Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Luis Carlos Sáchica
(hasta agosto 31)
Doctor Jaime Paredes Tamayo
(desde septiembre 1º)
Doctor Mario Latorre Rueda

FISCALES:

1º *Doctor Carlos Ramírez Arcila*
2º *Doctor Gilberto Gartner Posada*
3º *Doctor Jorge Dangond Flórez*
4º *Doctora Aydeé Anzola Linares*

RELATORES:

Doctor Antonio José Arciniegas
Doctor Camilo Vargas Ayala
(hasta julio)
Doctor Pedro Torres Suárez
(desde septiembre 16)

SECRETARIO GENERAL

Doctor Camilo Vargas Ayala

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

RADIO COMUNICACIONES. — Los establecimientos públicos están exentos del pago de la compensación en dinero por la utilización de frecuencias radioeléctricas cuando esa utilización se hace para necesidades de su propio servicio. Los establecimientos públicos pertenecen a la Nación y como tales gozan de las mismas prerrogativas y privilegios de que goza la Nación. La Nación no puede ser sujeto pasivo y gravámenes. En el caso de los establecimientos públicos ese sujeto no existe en el Estado.

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

(Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas**)

Referencia: Consulta. Radicación: Nº 1165

El señor Ministro de Agricultura eleva a la Sala la siguiente consulta:

De conformidad con el Decreto Legislativo 3418 de 1954, que fue adoptado como Ley por la 141 de 1961 el Ministerio de Comunicaciones otorga permisos para el uso de frecuencias radioeléctricas y cobra los derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocomunicaciones a las que expresamente se refiere el artículo 44 del Decreto 3418 de 1954 que es del siguiente tenor:

"Los derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocomunicaciones se liquidarán por transmisor y por frecuencia, según el servicio a que se destinen, al alcance de las transmisiones y la frecuencia utilizable".

El artículo 47 del mismo Decreto dispone: Las estaciones de radiodifusión educativa, las escuelas radiofónicas y los servicios de experimentación científica, están exentos de estos derechos.

Sin embargo de la consideración anterior y ante la posibilidad de que el INDERENA no pudiese alegar una exención le transcribo a continuación el artículo 10 del Decreto: "Son estaciones de correspondencia pública en el ramo de telecomunicaciones, las fijas o móviles expresamente autorizadas para establecer conexión con las redes nacionales e internacionales, y destinadas a recibir del público mensajes telegráficos o telefónicos, mediante el pago de las tasas y sobretasas correspondientes".

De otra parte el artículo 43 del Decreto Ley 3130 de 1968, al referirse al ejercicio de privilegios y prerrogativas de las entidades descentralizadas del orden nacional preceptúa:

"Los establecimientos públicos, como órganos administrativos que son gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación".

Como antecedente a considerar me permito señalar el fallo del 16 de julio de 1974, del Honorable Consejo de Estado —Sala de Consulta—, sobre la exención de que gozan los establecimientos públicos del orden nacional del pago de la compensación en dinero por la utilización de frecuencias radioeléctricas, cuando esa utilización sea para necesidades de su propio servicio dentro del objeto que se les señala a estos establecimientos en el acta de su creación.

Consulto respetuosamente al Honorable Consejo si los Establecimientos Públicos del **orden nacional** a que se refiere en la parte citada el artículo 43 del Decreto-Ley 3130 de 1968 están exentos del pago de los derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocomunicaciones, entendiéndose que la definición de estaciones públicas no coinciden ni con los fines ni objetivos de las estaciones de los institutos o establecimientos públicos o si, por el contrario, tales establecimientos están obligados a pagar al Ministerio de Comunicaciones tales valores, según lo establecido en el artículo 44 del Decreto-Ley 3418 de 1954".

La Sala considera

1. Es conveniente conocerse algunas normas al respecto,

a) Todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de Telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado. (Decreto 3418 de 1954, Art. 1º);

b) Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos. (Decreto 3418 de 1954, Art. 2º);

c) Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente. Pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento. (Decreto citado, Art. 3º);

d) Son estaciones de correspondencia pública en el ramo de las Telecomunicaciones las fijas o móviles expresamente autorizadas para establecer conexión con las redes nacionales o internacionales, y destinadas a recibir del público mensajes telegráficos o telefónicos, mediante el pago de las tasas y sobretasas correspondientes. (Decreto citado, Art. 10);

e) Son estaciones de correspondencia privada en el ramo de las Telecomunicaciones, las autorizadas para prestar un servicio fijo o móvil, destinado a transmitir comunicaciones de interés exclusivo del concesionario. Por estos circuitos no podrán transmitirse comunicaciones de terceros. (Decreto citado, Art. 11);

f) Los derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocomunicaciones se liquidarán por transmisor y por frecuencia, según el servicio a que se destinen, al alcance de las transmisiones y la frecuencia utilizable. (Decreto citado, Art. 44);

g) Las estaciones de radiodifusión educativa, las escuelas radiofónicas y los servicios de experimentación científica, están exentos de estos derechos.

2. El Decreto-Ley 2811 de 1974, llamado Código de los Recursos Naturales, contiene algunas disposiciones pertinentes a la consulta. Por medios de comunicación adecuada, se motivará a la población para que formule sugerencias y tome iniciativas a la protección ambiental y para el mejor manejo de los recursos naturales renovables, y se adelantarán programas de divulgación y adiestramiento en la identificación y manejo de sustancias nocivas del ambiente. (Art. 15). Se organizará y mantendrá al día un sistema de informaciones ambientales, con los datos físicos, económicos, sociales, legales y, en general, concernientes a los recursos naturales renovables y al medio ambiente. (Art. 20). Los datos del sistema serán de libre consulta y deberán difundirse periódicamente por medios eficaces, cuando fueren de interés general. (Art. 24). En accidentes acaecidos o que previsiblemente puedan sobrevenir, que causen deterioro ambiental, o de otros hechos ambientales que constituyan peligro colectivo, se tomarán las medidas de emergencia para contrarrestar el peligro. (Art. 31). Toda persona está obligada a comunicar inmediatamente la existencia de un incendio forestal a la autoridad más próxima. Los medios de comunicación, **oficiales y privados**, deberán transmitir, GRATUITAMENTE y en forma inmediata, a las autoridades civiles y militares los informes sobre incendios forestales. (Art. 242).

3. Por su parte, el Decreto-Ley 133 de 1976 dice que el INDERENA es un Establecimiento Público del sector agropecuario y adscrito al Ministerio de Agricultura. Tendrá a su cargo la protección del ambiente y la administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional. Debe organizar sistemas adecuados de control y vigilancia para velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con esos recursos.

4. Los Establecimientos Públicos son parte de la Administración e integran la Rama Ejecutiva. En efecto, dispone el artículo 76, numeral 9º de la Constitución que corresponde al Congreso Nacional "determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos"; y el Decreto-Ley 1050 de 1968, artículo 1º dice: "La Rama Ejecutiva del Poder Público se integra con los siguientes organismos: a) Presidencia de la República; b) Ministerios y Departamentos Administrativos; c) Superintendencias; y d) Establecimientos Públicos...". En concordancia con estas normas está el artículo 43 del Decreto Ley 3130 de 1968 cuando expresa: "Los Establecimientos Públicos, como órganos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación". Es pues el Establecimiento Público una de las manifestaciones del Estado mismo, un mero procedimiento de organización de un servicio público, un método administrativo para prestar más técnicamente una función, con una determinada autonomía jurídica, financiera y administrativa. En tales circunstancias, apa-

recería como un contrasentido que el Establecimiento Público tuviera que pagar por los medios que tenga que utilizar, del mismo Estado, para cumplir los fines que el mismo régimen jurídico le ha impuesto en su acto creador. Y, por el aspecto práctico, ese pago constituiría una disminución al patrimonio señalado para cumplir sus objetivos.

En la situación de la consulta el INDERENA tiene que proteger, conservar, manejar y vigilar todo lo relativo al medio ambiente y a los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional, y para cumplir esos deberes, impuestos por el Estado, es apenas lógico que tenga a su disposición los medios de comunicación adecuados, como por ejemplo, radioteléfonos, SIN PAGO DE DERECHOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ESTACIONES PUBLICAS Y PRIVADAS DE RADIOCOMUNICACIONES, que como se expresó atrás pertenecen al mismo Estado.

5. Por similares razones, y en consulta también del Ministerio de Agricultura relativa al INDERENA, esta Sala conceptuó en julio 16 de 1974 "que los Establecimientos Públicos del orden Nacional están exentos del pago de la compensación en dinero por la utilización de frecuencias radioeléctricas, cuando esa utilización se hace para necesidades de su propio servicio, dentro del objeto que se les señaló a estos Establecimientos en el acto de su creación".

De igual manera, en respuesta a consulta del Ministro de Salud Pública, en septiembre 1º de 1976, la misma Sala opinó que "Los Establecimientos Públicos del Orden Nacional, no están obligados a pagar a los Municipios el impuesto predial, las tasas para construcción y ensanche de alcantarillado y demás impuestos a inmuebles", y de la providencia es el siguiente aparte:

"La Ley declara que los Establecimientos Públicos pertenecen a la Nación, hacen parte de la Administración Nacional y como tales, gozan de las mismas prerrogativas y privilegios de que goza la Nación. Es simplemente consecuencia obvia de su carácter y aplicación de un principio elemental, enunciado atrás, en virtud del cual la Nación no puede ser sujeto pasivo de gravámenes, cualquiera que sea la naturaleza de éstos. La exención supone sujeto gravable. En el caso de los Establecimientos Públicos ese sujeto no existe: es el mismo Estado".

En los términos anteriores se responde la consulta del Señor Ministro de Agricultura.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

INDUSTRIA NACIONAL. — CONTRATOS DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. — Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, deben preferir la producción de la industria nacional en la adquisición de los bienes muebles. Tutela Gubernamental y sujeción. a las disposiciones sobre la organización de la economía nacional, de dichas empresas.

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

(Consejero ponente: **Doctor Jaime Betancur Cuartas**)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1171.

Mediante oficio 0789 del 21 de septiembre del año en curso, el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte somete a consideración de esta Sala la consulta que a continuación se expresa:

1. Dice el artículo 1º del Decreto Ley 150 de 1976: "Artículo 1º **De las entidades a las cuales se aplica el presente decreto.** Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente Estatuto".

"A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades".

2. Dice el artículo 180 de la norma citada "Artículo 180. **De la preferencia que se debe dar a la industria nacional.** En la adquisición de bienes muebles que hagan las entidades a que se refiere el presente decreto, deberá preferirse la producción de la industria nacional, conforme a las normas contenidas en los artículos siguientes".

"La autoridad que ordene la apertura de una licitación en la que puedan ofrecerse bienes de producción extranjera, deberá solicitar al Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX) que informe si todos o parte de los bienes que se pretenden adquirir pueden ser producidos en el país. El INCOMEX advertirá a los productores nacionales, si los hubiere, sobre el contrato que se proyecta celebrar".

Este Ministerio desea conocer si en concepto de la Sala, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben preferir la produc-

ción de la Industria Nacional en la adquisición de los bienes muebles, pues el Decreto 150 de 1976 en varias oportunidades se refiere a ellas o si por el contrario, debe entenderse que dichas empresas no están obligadas a preferir la producción de la industria nacional en la adquisición de los bienes muebles, por no ser expresa la referencia a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado hecha por el artículo 180 citado.

La Sala considera

1. El Decreto Ley 1050 de julio 5 de 1968 por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la ADMINISTRACION NACIONAL, prescribe en lo pertinente:

"Artículo 6º DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Son organismos creados por ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnan las siguientes características:

a) Personería jurídica;

b) Autonomía administrativa; y

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

2. La Ley 28 de 1974 por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa, y se dictan otras disposiciones, autorizó regular los contratos de la administración DESCENTRALIZADA. Dice el artículo 1º letra ll) "Modificar las normas vigentes sobre formalidades, cláusulas y demás requisitos que deban cumplirse para la celebración de contratos en la administración central y descentralizada. Las normas que con este fin se dicten tendrán en cuenta el valor y el objeto del contrato, así como la naturaleza de la entidad que lo celebre".

3. Con base en la ley anterior se expidió el Decreto Ley 150 de 1976 por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y SUS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Dice el artículo 1º:

"DE LAS ENTIDADES A LAS CUALES SE APLICA EL PRESENTE DECRETO. Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente decreto.

"A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de Empréstito y de Obras Públicas y las demás que expresamente se refieren a dichas entidades".

También el mismo decreto trata en su Capítulo VI, LOS CONTRATOS DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS.

De otra parte, el Capítulo IX del Estatuto contiene normas sobre Protección A LA INDUSTRIA NACIONAL, y en el artículo 180 establece que "En la adquisición de bienes muebles que hagan LAS ENTIDADES a que se refiere el presente decreto deberá preferirse la producción de la industria nacional, conforme a las normas contenidas en los artículos siguientes".

4. Con base en las anteriores normas, complementadas con otras que se citarán, la Sala hace algunas puntualizaciones que LA AUTORIZAN PARA OPINAR QUE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO DEBEN PREFERIR LA PRODUCCION DE LA INDUSTRIA NACIONAL EN LA ADQUISICION DE LOS BIENES MUEBLES. Veamos:

a) Es principio del Código Civil, artículo 28, sobre interpretación de la ley, que cuando el legislador haya definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal. Al respecto, cuando en las normas antes transcritas se utilizan las expresiones "administración descentralizada", "entidades descentralizadas", "organismos descentralizados", o simplemente "entidades" como la hace el artículo 180, quedan comprendidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado POR EXPRESA DEFINICION LEGAL contenida en el Decreto-Ley 3130 de 1968, Estatuto Orgánico de las entidades descentralizadas del Orden Nacional, y a ese significado hay que estarse. Dice el artículo 1º:

"DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967 son conforme al Decreto Extraordinario 1050 de 1968 de tres tipos: Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta. Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleadas para designar personas jurídicas del Orden Nacional, equivalen igualmente a tres categorías jurídicas las cuales se designarán con el nombre genérico de 'Entidades Descentralizadas'".

b) Aunque es cierto que el texto del artículo 180 no menciona las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, también lo es que por estar INCLUIDAS en la expresión "entidades" de la disposición, puede aseverarse LA EXPRESA REFERENCIA, para los aspectos de la consulta, de conformidad con la clara definición legal que acaba de transcribirse. Porque al observarse también que el Capítulo IX sobre la Protección a la Industria Nacional es parte de un todo que es el Decreto 150 de 1976, y que su ubicación es posterior a la reglamentación de las varias clases de contratos, debe hacerse entre toda esa regulación la debida armonía. Precisamente el Código Civil sobre la **interpretación** de la ley dice que el **contexto** de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. En todo caso se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación. (Arts. 30 y 32).

c) Cuando el Gobierno Nacional en el Estatuto Contractual dictó normas de Protección a la Industria Nacional fijó una política en la materia a la que no pueden sustraerse las Empresas Industriales y

Comerciales del Estado, sino que por el contrario deben sujetarse. Precisamente el artículo 7º del Decreto Ley 1050 de 1968 establece que la tutela gubernamental a que están sujetas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas CON LA POLITICA GENERAL DEL GOBIERNO. De otra parte, el Decreto Ley 3130 del mismo año, dice que, además, ajustadas sus funciones y actividades a las normas que regulan el funcionamiento del sector gubernamental dentro del cual operan, participarán en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, y que sus Juntas Directivas serán presididas por el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, o sus delegados, a cuyo despacho se halle vinculada la respectiva Empresa (Arts. 8º y 9º).

Es que la circunstancia de que, en principio, esta clase de entidades descentralizadas determine sus contratos por el derecho privado, no tiene la amplitud de que queden completamente desligadas, independientes, de las disposiciones SOBRE LA ORGANIZACION DE LA ECONOMIA NACIONAL, porque su naturaleza, siempre con ciertas facilidades de acción, no deja de ser totalmente conformada con patrimonio del Estado. Sería un contrasentido que siendo Estado estuviera en materia tan fundamental, como la económica, ajenas a las restricciones del mismo Estado.

d) El cumplimiento de las disposiciones existentes, y de los reglamentos dictados o que se dicten para la protección de la Industria Nacional sobre adquisición de bienes muebles, corresponde a los funcionarios competentes para celebrar los correspondientes contratos (Art. 188), y cualquier inobservancia podría acarrear la nulidad absoluta o relativa de la celebración (Arts. 189 y 190), con los posibles efectos de Responsabilidad Civil según el Título XII del referido Estatuto Contractual. Asimismo, es de recordarse que EL CONTROL FISCAL de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado está a cargo de la Contraloría General de la República mediante el Control Posterior, siempre el General o Perceptivo, y podría ocurrir el Control Previo, en los términos de la Ley 20 de 1975, y el Decreto Ley 925 de 1976 dictado con base en las facultades concedidas en esa misma ley, y que la Procuraduría General de la Nación tiene por virtud de la Ley 25 de 1974 LA PROCURADURIA DELEGADA para la vigilancia de la contratación administrativa.

e) Finalmente, como el doctor Jaime Castro, en su carácter de funcionario del Gobierno Nacional, fue uno de los redactores del Estatuto Contractual, interesa de la presentación que hace a la publicación del mismo por el Departamento Administrativo del Servicio Civil el siguiente aparte: "También debe anotarse que a las Empresas y Sociedades antes citadas les es aplicable el capítulo sobre la protección a la Industria Nacional (Arts. 180 a 188) cuando celebren contratos para la adquisición de bienes muebles y el artículo 168 sobre autorización previa de la Presidencia de la República si los convenios se refieren a prestación de servicios y reunen determinados requisitos".

En los anteriores términos se contesta la consulta del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION. — Normas que regulan la materia. Edad de retiro. Excepciones. Decreto 2400/68 Decreto 1950 /73. Decreto 3074/68. Impedimento para el desempeño de funciones públicas. Un pensionado no puede recibir honorarios como árbitro.

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

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

Referencia: Consulta. Radicación: Nº 997.

El señor Ministro de Gobierno en Oficio Nº 1406 del 28 de julio de 1975, solicita a esta Sala concepto sobre el siguiente problema:

"Si una persona que está pensionada por el Estado puede recibir honorarios en el desempeño de la función de árbitro, como parte de un Tribunal que va a decidir un asunto en que es parte un Municipio.

"Dicho de otra manera, si la condición de árbitro y los honorarios que recibe como tal, cualquiera que sea el origen de su nombramiento —por la entidad municipal, o por una entidad privada— queda cobijada por la prohibición establecida en el Artículo 64 de nuestra Constitución Política".

Para absolver la consulta son pertinentes estas observaciones:

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones que le introdujo el Decreto 3074 del mismo año, prescribe que la cesación definitiva de funciones de los servidores públicos se produce, entre otras causas: "d) Por retiro, con derecho a jubilación". Añade que el retiro del servicio se producirá dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se cumplan las condiciones de jubilación, no obstante lo cual "el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan".

Además, prohíbe el reintegro de pensionados al servicio, hechas las siguientes excepciones:

"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio salvo cuando se trate de ocupar las posicio-

nes de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el Gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años".

El Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los anteriormente citados, por su parte, en el artículo 119 reitera la cesación de funciones por pensión de jubilación, y el 121 reproduce la prohibición de reintegro y las excepciones mencionadas, con la siguiente adición, que hace más terminante esa prohibición: "... a) Las demás que por necesidades del servicio determine el Gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco años".

A su vez, el artículo 122 del mismo Decreto 1950 repite que: "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".

La lectura de las disposiciones a que se ha hecho referencia permite hacer algunas precisiones previas, así:

a) El retiro del servicio para gozar de la pensión de jubilación implica cesación definitiva de funciones;

b) Igual consecuencia acarrea el retiro con derecho a pensión de vejez;

c) Por el contrario, y en principio, quien es retirado con pensión de invalidez, si es menor de sesenta y cinco años y se recupera de aquélla, podría ser reintegrado al servicio;

d) El retiro del servicio en el primer caso debe producirse a más tardar seis meses de cumplidos los requisitos que dan derecho a la jubilación;

e) El reintegro excepcional al servicio de jubilados mayores de sesenta y cinco años, solo puede hacerse para los cargos taxativamente enumerados en los artículos 25 del Decreto 2400 y 121 del Decreto 1950, en mención, y

f) En consecuencia, la regla en esta materia es la de que los jubilados tienen impedimento legal para desempeñar cargos públicos. De este modo, cuando se pregunta sobre la compatibilidad de asignaciones, en tratándose de jubilados, esta Sala cree que hay que resolver como cuestión previa la de la posibilidad legal de ejercer las funciones públicas o cargos de que provenga la segunda asignación, ya que ésta es apenas una consecuencia de aquélla.

Y, como la consulta se refiere al ejercicio de la función de árbitro, en el caso en que una de las partes es una persona de derecho público, deben considerarse las siguientes normas del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1970, Sección Quinta, Arbitramento, Título XXXIII, Proceso Arbitral):

1ª El artículo 667, cuyo subtítulo es: "Aceptación del cargo y reemplazo de árbitros", del que se deduce que la calidad de árbitro se entiende como ejercicio de un cargo público, deducción confirmada en el texto de esa misma disposición, al repetir esa denominación, y hablar de aceptación, posesión y renuncia, como para los demás cargos públicos;

2ª El artículo 668 cuando determina que las causales de impedimento y recusación de los árbitros son las mismas que las de los Jueces;

3ª El 671, numeral 3º) segunda parte, al prescribir que el tribunal arbitral "tendrá las facultades que respecto a pruebas se otorgan al Juez en este Código", y

4ª El artículo 675 que, al fijar los deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los árbitros, estatuye que son los mismos de los jueces, al tenor de los artículos 37 a 40 del Código de que se está haciendo referencia.

De donde, con plena evidencia, se debe aceptar que el ejercicio de la calidad de árbitro es ejercicio de funciones públicas, correspondientes, por tanto, a un cargo público, aunque ese ejercicio sea ocasional, transitorio, para un solo caso. Desprendiéndose de esto que, no existiendo en la ley norma expresa que autorice ese ejercicio, el jubilado está impedido para actuar como árbitro.

Sería esto suficiente para absolver negativamente la consulta. Sin embargo, a ello ha de añadirse que:

1. El Decreto 1912 de 1973 establece en el primer inciso del artículo 13:

"De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ninguna persona podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, así se trate de contrato, representación, comisión u **honorarios**, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963", (subraya la Sala);

2. El Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963 no prevén excepción alguna referente a honorarios por servicios de arbitraje;

3. De manera puramente indicativa, pues se trata de disposiciones aplicables al orden nacional, y la consulta se refiere a un arbitraje en que es parte un Municipio, adviértase que el Decreto 1848 de 1968, reglamentario del Decreto 3135 del mismo año, y que es el estatuto que señala el régimen prestacional de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, al regular en su Capítulo XIII lo referente a la pensión de jubilación, dispone en el artículo 77 "Incompatibilidades con el goce de la pensión":

"El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos espe-

ciales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963".

4. Con igual restricción, se encuentra lo dispuesto en el artículo 78 del propio Decreto 1848 sobre prohibición de reintegro y excepciones a la misma.

5. Asimismo, dejando los desarrollos legales y volviendo a la norma fundamental, que es el artículo 64 de la Constitución, ha de considerarse el carácter terminante de sus disposiciones, en tanto cobija a toda persona, al decir "nadie"; en cuanto al concepto de "asignación" es tan genérico que cobija cualquier y toda forma de retribución que se adopte, y, también, al comprender en la noción de "Tesoro Público", el de la Nación, los Departamentos y los Municipios.

De esto resulta que si la ley no ha establecido excepción para el pago de honorarios provenientes de una de tales entidades, aquella prohibición es aplicable.

Por lo expuesto, se responde que un pensionado no puede recibir honorarios como árbitro, cuando una de las partes es un Municipio, haya sido o no designado por éste.

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

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

Rafael Acosta Guzmán, Secretario.

NOTA: Septiembre 30/75. Con oficio 1802 fue autorizada la publicación.

Edné Cohen Daza.

GASTOS DE REPRESENTACION. — Los gastos de representación decretados en favor de los funcionarios de los Establecimientos Públicos, tienen efectividad en cuanto sumados al sueldo, no se exceda la remuneración de un Ministro, Art. 12 del Decreto-Ley 2554 de 1973. Art. 13 del Decreto-Ley 540 de 1977.

LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS. — Clasificación en virtud de la cual se distinguen.

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

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

Radicación: **Nº 1150**

El señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación ha dirigido a esta Sala, con fecha 15 de junio, la comunicación que se transcribe en seguida para mejor entendimiento de la cuestión que en ella se plantea:

"Con toda atención, dice el señor Jefe de Planeación, transcribo a usted el concepto emitido por el Asesor Jurídico del Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo —Fonade—:

'1º El derecho a gastos de representación para los Gerentes de los Establecimientos Públicos, fue creado por el artículo 12 del Decreto-Ley 2554 de 1973.

'2º Según dicho artículo, los gastos de representación equivaldrán a una tercera parte del sueldo que les corresponda en la escala de remuneración señalada para el cargo.

'3º El artículo 15 del Decreto precitado, prohibió el que la remuneración de los funcionarios de los Establecimientos Públicos excediera lo que correspondiera por sueldo y gastos de representación a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos.

'4º El Decreto-Ley 540 de 1977 modificó la escala de remuneración señalada para los Establecimientos Públicos por el Decreto-Ley 230 de 1975, ratificando en su artículo 10, el derecho a percibir gastos de representación, los cuales según dicha disposición, "se seguirán rigiendo por las normas legales vigentes". Dichas

normas son las contenidas en el artículo 12 del Decreto-Ley 2554 de 1973.

'5º El Artículo 13 del Decreto-Ley 540 de 1977 ratifica en parte lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto-Ley 2554 de 1973 en el sentido de que la remuneración de los funcionarios de los Establecimientos Públicos no podrá exceder la de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos y digo en parte, porque para estos (Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos) no discriminó entre sueldo y gastos de representación.

'6º El artículo 27 del Decreto-Ley 540 de 1977 sustituye a partir de la fecha en que surte efectos, 1º de Abril del presente año, la escala de remuneración que venía rigiendo en virtud del Decreto-Ley 230 de 1975. En consecuencia a partir de esa fecha los gastos de representación están representados por la tercera parte de la remuneración que corresponda al cargo según la columna salarial a que accede el funcionario.

'7º La remuneración de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos no puede condicionar en forma alguna al reconocimiento de este derecho reiterado en el Decreto últimamente citado por cuanto:

'a) La norma que creó los gastos de representación es de carácter especial y como tal prima sobre la de carácter general (Numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887);

'b) El Decreto-Ley 162 de 1977 que fijó la asignación de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, hace la expresa distinción entre sueldo (remuneración) y gastos de representación;

'c) De tomarse como tope la asignación mensual de estos funcionarios, sería inaplicable el derecho a gastos de representación reconocido por la Ley a algunos funcionarios de los Establecimientos Públicos, si sumados aquéllos a su remuneración exceden dicho tope. Cualquier porcentaje que se les liquidara como gastos de representación distinto de la tercera parte del sueldo sería arbitrario y violatorio de la Ley que ordena que se liquiden así. En la práctica esto implicaría que a más del Congreso Nacional y del Presidente de la República cuando está investido del carácter de Legislador, existirían en la Administración Pública tantos legisladores cuantos fijaren el monto de los gastos de representación;

'd) Como el derecho es eminentemente la ciencia de la lógica, no sería de recibo el colegir que si en una disposición de carácter legal se reconoce un derecho, pueda a renglón seguido una norma del mismo Texto hacerlo irrito;

'e) El que la asignación de un funcionario público sea superior a la de un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, no desquicia la dependencia jerárquica.

'El Presidente de la República según lo dispone el Decreto Ley 279 de 1977 devenga $ 18.000 por concepto de sueldo y $ 6.000 como gastos de representación. Estas sumas son inferiores a las

señaladas para los Ministros del Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos por el Decreto-Ley 162 de 1977 que fijó en $ 19.500 su sueldo y en $ 10.000 sus gastos de representación'.

"Así las cosas, con toda atención consulto a esa Honorable Corporación si dentro de su ilustrado criterio, la interpretación anteriormente transcrita de las normas legales precitadas, guarda consonancia con su ordenamiento o si por el contrario viola disposiciones de superior jerarquía?".

Para absolver la cuestión propuesta por el señor Jefe Nacional de Planeación, son procedentes las siguientes consideraciones:

Se trata de fijar el criterio para la aplicación del artículo 12 del Decreto-Ley Nº 2554 de 1973, que decretó en favor de los Gerentes de los Establecimientos Públicos, gastos de representación equivalentes a la tercera parte del sueldo que a dichos funcionarios corresponde en la escala de remuneración señalada para el respectivo cargo, teniendo en cuenta que el artículo 15 del mismo Decreto 2554, ratificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 540 de 1977, dispuso que la remuneración de los funcionarios de los Establecimientos Públicos no podrá exceder la de los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos y que la escala de remuneración que venía rigiendo para aquellos funcionarios en virtud del Decreto-Ley 230 de 1975, fue sustituida por la que establece el artículo 27 del Decreto 540 antes citado.

Obviamente, parece indispensable precisar en primer término el alcance del concepto "remuneración", a fin de establecer si dentro de él están comprendidos o no los gastos de representación.

En distintas oportunidades (con fechas 6 de diciembre de 1967, 6 de junio de 1974 y 10 de febrero de 1975), esta misma Sala ha expresado su opinión en relación con los que considera elementos constitutivos del salario o remuneración. Y basta, para los fines de este estudio, transcribir el concepto de 10 de febrero de 1975 que dice, en la parte pertinente:

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

"De este modo, en el empleo de un funcionario público, de acuerdo con el Decreto 1912 de 1973, debemos tomar como constitutivos del mismo sólo: a) El sueldo fijo, sueldo básico, sueldo de ingreso o asignación hecha para la categoría correspondiente al cargo o empleo que desempeñe aquél; b) Adicionado con la prima de antigüedad, prescrita allí mismo según el tiempo que lleve en el servicio, porque ésta es asignación permanente que se in-

corpora a aquélla y que, a su vez, sirve de base para los futuros aumentos por el mismo concepto de prima de antiguedad; c) Más la prima técnica si le ha sido reconocida al empleado y que también es permanente y corresponde a la retribución de servicios que requieran una superior especialización; d) Así como la parte de sueldo que se pague en especie, y e) **Los gastos de representación que son asignaciones hechas por la ley en forma permanente**, por razón de la posición que se ocupa, de la categoría del empleo y la dignidad y cargos que las funciones del mismo implican para ser titular...".

"Con base en lo anterior se responde:

"1. Son elementos constitutivos del salario o sueldo los gastos de representación a que se refiere el artículo 12 del Decreto-Ley 2554 de 1973". (Se subraya).

Los gastos de representación son, en concepto de esta Sala, elementos constitutivos del salario o sueldo.

Supuesto lo anterior, procede entrar ahora a determinar la aplicación que en el caso planteado por el señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación, debe darse a la norma legal según la cual la remuneración (sueldo más gastos de representación) de los funcionarios de los Establecimientos Públicos, no puede exceder de lo que corresponda por los mismos conceptos, a los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos. Como se dice en la consulta en estudio, el Decreto-Ley que dio a los gerentes de aquellos institutos, derecho a gastos de representación y fijó su cuantía (Art. 12), estableció también en el Artículo 15, que su remuneración no puede exceder la que corresponde a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos. Y las disposiciones últimamente citadas fueron ratificadas por los Artículos 10 y 13 del Decreto 540 de 1977. Esta última disposición dice textualmente: "En ningún caso y por ningún concepto, la remuneración que devenguen los empleados públicos podrá exceder la que corresponda a los Ministros del Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos".

La primera cosa que cabe observar es que tanto en el Decreto 2554 de 1973 como en el 540 de 1977, en cuyos Artículos 12 y 10, respectivamente, se consagró el derecho a percibir gastos de representación por parte de los rectores, gerentes, directores o presidentes de los Establecimientos Públicos, se estableció a continuación que en ningún caso y por ningún concepto su remuneración podrá exceder la que corresponda a los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo. (Artículos 12 y 15 del Decreto 2554 y 10 y 13 del Decreto 540).

En otras palabras, el mismo estatuto que estableció los gastos de representación y fijó su cuantía, señaló tácitamente otro límite para ellos, al prohibir más adelante que la remuneración de los funcionarios en cuyo favor se decretaron, exceda la remuneración de los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos. Ya se dijo antes que los gastos de representación en este caso, son elemento constitutivo de la remuneración o salario.

En resumen: los gastos de representación en cuantía equivalente a la tercera parte del salario, están limitados por la misma ley que

los estableció, a la cantidad que le haga falta a la remuneración de los Gerentes o Directores de los Establecimientos Públicos, para alcanzar el nivel de la remuneración de un ministro o Jefe de Departamento Administrativo, comprendiendo dentro del concepto de remuneración los gastos de representación, que son elemento constitutivo de él, como atrás se vio. Habrá lugar a fijar los gastos de representación en la tercera parte del salario, cuando sumados a éste, el total no exceda la remuneración que corresponde a un ministro.

Las disposiciones contenidas en los Artículos 15 del Decreto 2554 y 13 del Decreto 540, son categóricas y terminantes: "en ningún caso y por ningún motivo...". Y esto debe tener estricto cumplimiento. Las disposiciones que fijaron la cuantía de esos gastos, deben armonizarse con las que limitan la remuneración de los funcionarios de que se viene tratando al nivel máximo del sueldo de un ministro.

Y esto no es tan arbitrario como parece considerarlo la consulta del señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación. De las leyes hacen los tratadistas de derecho público una clasificación en virtud de la cual cabe distinguir entre leyes aprobatorias de tratados públicos; leyes normativas u orgánicas; leyes que enmarcan o gobiernan actividades administrativas referentes, por ejemplo, al crédito público, al comercio exterior, al cambio interior, al arancel aduanero, al servicio de la deuda, etc. y, finalmente, leyes ordinarias.

Los estatutos que se refieren a las materias mencionadas anteriormente y las que pueden llamarse leyes ordinarias, tienen la misma categoría: son leyes, en cuanto son expresión de la voluntad del legislador, que tiene precisamente la facultad de expedirlas, dentro de las atribuciones, limitaciones y requisitos que fija la Constitución Nacional. Pero no hay duda de que algunas tienen cierto carácter especial que las sustrae de la condición de leyes ordinarias, para darles fuerza y aplicación preferencial en determinadas materias o ramas de la administración pública. Esto se ve muy claro en el caso de leyes aprobatorias de tratados públicos, de la ley normativa del presupuesto, de las que reglamentan el crédito público y establecen el arancel aduanero, etc.

De acuerdo con lo anterior, la ley en virtud de la cual la remuneración de los empleados públicos no podrá exceder en ningún caso y por ningún concepto la que corresponda a los Ministros del Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos, es ley que tiene fuerza especial, que abarca todos los órdenes de la Administración Pública y que como tal prevalece sobre la que fijó en la tercera parte de su sueldo, los gastos de representación de los altos funcionarios de los Establecimientos Públicos. Ambas son leyes, pero la primera se clasifica sin género alguno de duda, entre las que enmarcan y fijan límite a ciertos actos, como el que señala los sueldos de los empleados públicos. Las disposiciones que sobre esta materia se dicten, están subordinadas a las normas o prohibición de que se viene tratando. (Ordinal 9º, Art. 76 y Ord. 21, Art. 120 de la Constitución Nacional).

La acomodación o fijación de los gastos de representación a que se concreta la consulta, en la cuantía compatible con la prohibición de asignar a los empleados públicos remuneración por encima de la que corresponde a los Ministros y Jefes de Departamentos Adminis-

trativos, no implica en modo alguno, como lo afirma la consulta en estudio, que existan "en la administración pública tantos legisladores cuantos fijaren el monto de los gastos de representación". Se trata simplemente de conciliar la disposición que establece los gastos de representación y fija su cuantía, con la prohibición de que muchas veces se ha hecho mención. Esa práctica o ese procedimiento está implícito en la ley. Las disposiciones de un mismo estatuto, referentes a la misma materia, no pueden tomarse aisladamente para imponer su cumplimiento, sobre la base de ignorar las que limitan los efectos de la primera o condicionan su ejercicio.

Resumiendo todo lo anterior, la Sala considera que los gastos de representación decretados en favor de los funcionarios de los Establecimientos Públicos, tienen efectividad en cuanto sumados al sueldo, no se exceda la remuneración de un ministro. Si se excede, los gastos de representación no pueden ser la tercera parte del sueldo, sino la cantidad que sumada a la remuneración, alcance cuando más, a la asignación o sueldo del ministro. Es decir: es forzoso reducir los gastos de representación para que no se viole la norma según la cual ningún empleado puede devengar remuneración superior a la de los funcionarios mencionados.

Por último, observa la Sala que la reducción que en ciertos casos será forzoso hacer para que la remuneración no supere la que la misma ley ha establecido como límite, no puede hacerse del sueldo o salario que al funcionario respectivo le corresponda en la escala de remuneración. Este es intocable, a juicio de la Sala, porque es en principio la contraprestación que el Estado otorga al empleado en razón de los servicios que presta: se considera, al menos teóricamente, que la suma o cantidad que como sueldo se fija en la escala correspondiente, es la retribución justa y mínima que al empleado corresponde y, por lo mismo, no es susceptible de reducción. Es el verdadero sueldo, y como tal, es intocable. No ocurre lo mismo con los gastos de representación, que constituyen remuneración adicional encaminada a garantizar que el empleado pueda cumplir mejor las funciones que le están asignadas. Desde estos puntos de vista, hay diferencia sustancial entre el sueldo propiamente dicho, y los gastos de representación.

En la cuestión sometida por el señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación al estudio de la Sala, ésta comparte el criterio del señor Jefe de la Oficina Jurídica de Planeación, contenido en su memorando Nº 039, que se adjuntó al expediente respectivo.

Se deja así absuelta la cuestión propuesta por el señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

Cópiese y transcríbase al señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

INDERENA. — Decreto-Ley 2811/74. Mientras esté en trámite una solicitud hecha a la administración, y cambie la ley, debe estarse a lo que la nueva ley establece.

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

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

Referencia: Radicado Nº 1181.

El señor Ministro de Agricultura formula la siguiente Consulta:

"Con la expedición del Decreto-Ley 2811 de 1974, del Acuerdo 29 de 1975, expedido por la Junta Directiva del INDERENA y el Decreto 082 de 1976, han surgido algunas dudas respecto al trámite que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA— debe adelantar en relación a los permisos de estudios forestales sobre bosques de dominio público con miras a aprovechamientos futuros, sobre áreas superiores a las 10.000 hectáreas.

De conformidad con el artículo 1º de la Resolución Número 0831 de 1969, reglamentaria del Acuerdo número 03 de 1969, expedido por la Junta Directiva del INDERENA mediante el cual se estableció el Estatuto Forestal, se podía conceder permiso para estudios de determinadas áreas de los bosques naturales, con el fin de obtener con base en ellos el respectivo permiso de aprovechamiento.

El artículo 2º de la misma Resolución, en concordancia con el artículo 8º determinaba 'los requisitos para solicitar dicho permiso de estudios'.

El artículo 3º establecía expresamente las áreas que no podían ser objeto de permisos de estudio y en el artículo 4º se disponía que en ningún caso el área objeto de estudio podía pasar las 300.000 hectáreas.

Es de anotar que esta Resolución 831 de 1969 fue derogada expresamente por el Acuerdo 29 de 1975.

El Decreto-Ley 2811 de 1974 por el cual se expide el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al

Medio Ambiente, dispone en relación con los permisos de estudios de los recursos naturales en general, lo siguiente:

Artículo 56: "Podrá otorgarse permiso para el estudio de recursos naturales cuyo propósito sea proyectar obras o trabajos para su futuro aprovechamiento. El permiso podrá versar, incluso, sobre bienes de uso ya concedido, en cuanto se trate de otro distinto del que pretende hacer quien lo solicita y siempre que los estudios no perturben el uso ya concedido. Estos permisos podrán tener duración hasta de dos años según la índole de los estudios.

Los titulares tendrán prioridad sobre otros solicitantes de concesión, mientras esté vigente el permiso de estudios y, asimismo, tendrán exclusividad para hacer los estudios mientras dure el permiso.

El término de estos permisos podrá ser prorrogado cuando la ejecución de los estudios dentro del lapso de vigencia del permiso, obedezca a fuerza mayor".

Es decir que el Decreto-Ley 2811 de 1974 prevé también estos permisos de estudio.

En el Capítulo II del citado Decreto-Ley se hace referencia expresa a los aprovechamientos forestales. (Artículos 211, 216 y 217).

El Acuerdo Número 29 de 1975, expedido por la Junta Directiva del INDERENA mediante el cual se modifica y adiciona el Acuerdo 3º de 1969, Estatuto Forestal, en su Capítulo II del Título I establece los modos de adquirir el aprovechamiento forestal. El Captuílo IV del Título II se refiere al otorgamiento de concesiones para aprovechamiento forestal persistente mediante licitación pública. El Capítulo I del Título V se refiere a permisos de estudio (Artículos 82 y 85).

De conformidad con estas normas, se entiende que el permiso de estudios con miras a un aprovechamiento futuro sólo prevé una posibilidad de tal aprovechamiento; por otra parte, el hecho de obtener un permiso de estudios no implica que el INDERENA esté obligado a otorgar el aprovechamiento; además, el permiso de estudios, con miras a un aprovechamiento futuro, no exime al titular de éste del cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos para cada clase de aprovechamiento.

Mediante el Decreto Nº 082 de 1976, se reglamentan los artículos 56 y 216 del Decreto-Ley 2811 de 1974.

Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones, en el caso de una empresa maderera concesionaria del Estado, a la cual se niegue prórroga de su concesión de la cual era titular y, de conformidad con la Resolución 831 de 1969 vigente entonces, se hubiere considerado viable tramitarle un permiso de estudio del área forestal objeto de la corrección, cuya extensión sobrepasa las 10.000 hectáreas, con miras a obtener un posterior aprovechamiento forestal, y que por esta razón renuncie a su concesión antes de su vencimiento e inicie el trámite para dicho permiso de estudio, trámite que en su etapa previa a expedir la Resolución que hubiere

otorgado el permiso, se suspende al expedirse el Decreto 082 de 1976, reglamentario de los artículos 56, 216 del Decreto-Ley 2811 de 1974, considerando que al establecer en su artículo 1º que serán objeto de concesiones otorgadas mediante licitación pública, los aprovechamientos forestales sobre áreas comprendidas entre 10.000 y 100.000 hectáreas, no debería continuarse el trámite de permiso de estudio como se venía adelantando, sino que la empresa debería ir a licitación pública, la que se establece para concesiones, por ser el área superior a 10.000 hectáreas?

Se pregunta a la Honorable Sala

Teniendo en cuenta que en principio lo solicitado por la empresa maderera es sólo un permiso de estudio de un área de más de 10.000 hectáreas de bosques de dominio público con la expectativa de obtener posteriormente un aprovechamiento forestal persistente de esta área de conformidad con las disposiciones legales, puede continuarse el trámite de permiso de estudio o debe la empresa solicitar el área en concesión y, por consiguiente, someterse a licitación pública, con la prioridad de que trata el artículo 56 del Decreto-Ley 2811 de 1974, o sin ella?".

En relación a la presente consulta, y concretamente a la pregunta con que ella termina, se tiene:

Una persona había solicitado un permiso de estudio de un área de bosques de más de 10.000 hectáreas con el fin de obtener posteriormente un aprovechamiento forestal. Esta solicitud la hizo estando en vigencia una regulación legal sobre la materia, pongamos por caso la Resolución 0831 de 1969. Posteriormente, y estando en trámite esa solicitud, la legislación sobre permisos de estudio con el fin de obtener un aprovechamiento forestal fue cambiada, lo mismo que la legislación sobre el aprovechamiento forestal. En este caso, que es el de la consulta, debe estarse a la legislación vigente, y no a la que imperaba en el momento en que se hizo la solicitud y se siguió durante parte de la tramitación, porque en esta situación ni el particular ha obtenido ningún derecho ni la administración está sujeta a continuar una tramitación que fue derogada, esto por claros principios de aplicación del derecho. Y por esos mismos principios, y en la situación que se ha descrito, debe estarse a la nueva legislación que es la que impera, la obligatoria. Así, en general, si un particular hizo una solicitud a la administración, está en trámite esta solicitud, y cambia la ley, debe estarse a lo que esta Ley establece: a las condiciones para solicitar el permiso, a los requisitos, a los derechos que de este permiso se deriven etc.

Muy distinto es el caso, que no es el de la Consulta, si esa solicitud de permiso de estudio sobre un área de bosques para su posterior aprovechamiento, ya ha sido concedida puesto que en esta situación el particular es titular de un derecho, derecho que debe ser protegido, y, concomitantemente, la administración adquirió determinadas obligaciones que tiene que cumplir.

Sobre este último aspecto ya dijo la Sala en alguna ocasión:

"...la Sala responde que los permisos de estudio sobre recursos forestales concedidos legalmente dentro de la vigencia de la Reso-

lución 831 de 1969, subsisten bajo el régimen del Decreto 2811 de 1974 por todo el tiempo que al iniciarse la vigencia de éste faltare para cumplirse el término señalado en los respectivos actos que los otorgaron, pero su desarrollo debe acomodarse a las nuevas prescripciones del Código citado".

"Si se respeta la titularidad de un permiso después de iniciada la vigencia de otra ley, es lógico que las facultades que se derivan de esa situación no sean aquéllas que establecía la ley cuando se constituyó el derecho, sino las nuevas, más actuales y acordes con los intereses y las necesidades expresados en la legislación presente".

Se han transcrito estos apartes para que se vea que la diferencia es muy clara: en este último caso, los permisos ya habían sido concedidos, existía la titularidad de un derecho, mientras que en el sometido a estudio es muy distinta la situación: al particular ni se le ha concedido el permiso ni es titular de un derecho.

2. En el caso sometido a estudio debe irse a la legislación vigente, principalmente al Decreto 082 de 1970 que determina cómo pueden otorgarse aprovechamientos forestales: por concesión cuando se trata de áreas de más de 10.000 hectáreas y por permiso directo cuando se trata de áreas de menor extensión, y al Acuerdo 29 de 1975 que regula los modos de adquirir el aprovechamiento forestal, determinando, entre otras materias lo relativo a los permisos de estudio.

3. No es aplicable el artículo 56 del Decreto 2811 de 1974 que establece una prioridad cuando se trata de licitación puesto que este artículo dice textualmente que "Los titulares tendrán prioridad sobre otros solicitantes de concesión" (...)", y en el caso que se ha sometido a estudio de la Sala, y como se ha visto, no se trata de titulares de un permiso de estudio.

Por lo expuesto, no debe continuar la administración el trámite del permiso, y la empresa debe decidir, según lo establecido por el Decreto 082 de 1970, si opta por una concesión mediante una licitación o un permiso directo (artículos 1º y 2º); además no existe para esa empresa o persona la prioridad del artículo 56 del Decreto 2811 de 1974.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Samuel Arango Reyes, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

RECURSO DE QUEJA. — Procedencia en los negocios administrativos. Artículo 282 C. C. A. Artículos 377 y 378 C.P.C.

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

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

Referencia: Radicación Nº 1177

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previas algunas consideraciones, formula a esta Sala una consulta sobre la procedencia del recurso de queja establecido en el Código de Procedimiento Civil en los negocios administrativos.

Dice así el señor Ministro de Trabajo:

"a) El título III, capítulo VIII de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) reguló lo concerniente al procedimiento gubernativo;

"b) El capítulo II del Decreto Extraordinario 2733 de 1959 sustituyó el capítulo original del C.C.A., expresando textualmente en el artículo 20: 'Las anteriores normas sobre procedimiento gubernativo sustituyen a las correspondientes del Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941';

"c) En las normas primitivas del Código Contencioso Administrativo, como en las sustitutas del Decreto 2733 de 1959 se consagraron los recursos de reposición y de apelación contra las providencias de los funcionarios administrativos;

"d) El principio jurídico de la analogía obtuvo carta de naturaleza en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, norma que hasta el momento se ha conservado inmodificada. Expresa la norma: 'Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y lo reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo';

"e) El nuevo Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 6 de agosto y octubre 26 de 1970), contiene el recurso de

queja, desarrollado por los artículos 377 y 378; medio de impugnación que tiene lugar cuando 'el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación... ante el superior, para que éste lo conceda si fuere procedente".

"A virtud de los señalamientos anteriores, consulto:

"1. En las actuaciones administrativas se puede aplicar analógicamente los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil?

"2. En otros términos: es procedente el recurso de queja en los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la rama administrativa del Poder Público?".

Para responder la pregunta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, son suficientes, a juicio de la Sala, las siguientes consideraciones:

El querer o la voluntad del Estado se expresa en dos clases de actos administrativos: los que tienen carácter impersonal y producen efectos generales o abstractos y los que crean situaciones jurídicas concretas y particulares y en esa forma declaran o definen derechos subjetivos. En cualquier momento, los primeros pueden vulnerar o atentar contra el orden jurídico general y los segundos contra las prerrogativas de una persona determinada. Para restablecer el imperio jurídico agraviado en esa forma, consagran las leyes distintos tipos de acciones y procedimientos.

Para efectos de la consulta en estudio, tan solo se ocupará la Sala brevemente en la segunda clase de actos administrativos, es decir, en aquéllos en virtud de los cuales se crean situaciones de orden jurídico particular o personal.

En orden al restablecimiento del derecho particular violado o vulnerado en un momento dado por un acto de la administración, consagran las leyes dos clases de acciones o procedimientos: el llamado procedimiento gubernativo y la acción contencioso-administrativa. El primero está reglamentado en el Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo, y la segunda, en la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Sobre la base de que "toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular...", como dice el artículo 45 de la Constitución Nacional; de que es necesario suponer que la autoridad está siempre dispuesta a reconocer sus propios errores y a rectificarlos, y a fin de facilitar a los particulares el restablecimiento de su derecho violado por la administración, mediante procedimiento expedito, breve y económico para el interesado, el Decreto 2733 de 1959 reglamentó el procedimiento gubernativo y dijo en el artículo 13: "Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

"1º El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.

"2º El de apelación ante el inmediato superior, con el mismo objeto".

De acuerdo con el Artículo 15, el recurso de reposición no es condición previa para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa. Y el Artículo 18 establece cuándo se entenderá agotada la vía gubernativa, a fin de dejar paso a la acción contencioso-administrativa, en los casos en que por el procedimiento gubernativo, no le hubiera sido posible al interesado lograr el pleno restablecimiento de su derecho, violado a su juicio por el acto administrativo contra el cual proceden los recursos antes mencionados: el gubernativo y la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ya se insinuó antes que el procedimiento gubernativo de que se viene tratando es oportunidad fácil que el legislador le brinda al particular para lograr sin complicaciones judiciales y sin costo alguno, la cabal restauración de su patrimonio jurídico. Y a la plenitud de esa acción tiene derecho el particular afectado por un acto de la administración: aquélla no puede cercenársele en modo alguno, porque para él, para el interesado, en ese momento y en las circunstancias indicadas, esa es la legalidad, que es preciosa conquista de los gobernados miembros de una comunidad civilizada.

Dentro del procedimiento, así en derecho privado como en derecho público, los recursos configuran institución complementaria, sin la cual el derecho sustantivo carecería de la debida protección. No se concibe ni sería posible la integridad de la vida del derecho, si las decisiones que le ponen fin a determinada controversia jurídica, no pudieran someterse al estudio o revisión de entidades o funcionarios superiores dentro de la jerarquía judicial o administrativa. El derecho sin las acciones o procedimientos judiciales que lo declaran y lo hacen posible, sería vana palabra sin sentido. Y la ausencia de recursos, le restaría a aquél gran parte de su eficacia en orden al afianzamiento de la vida jurídica.

De acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2733 antes citado, por la vía gubernativa sólo proceden, contra la providencia que desate o se pronuncie sobre la reclamación, los recursos de reposición y apelación. Esto es indiscutible y contra ese mandato terminante y expreso de la ley, no pueden ni la teoría, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la más decorosa habilidad dialéctica.

Pero en el curso del procedimiento gubernativo puede ocurrir, y ese es precisamente el caso de la consulta, que al interesado se le niegue el recurso de apelación, establecido por el numeral 2º del artículo 13 antes citado. En virtud de un acto administrativo del funcionario que pronunció la providencia de fondo y ante el cual acudió, por la vía gubernativa, el particular agraviado, se le niega a éste el ejercicio de un derecho y se le obliga a acudir, sin haberse agotado totalmente, a juicio de la Sala, el procedimiento gubernativo, a la acción contencioso-administrativa, más complicada, demorada y gravosa para él. En esta forma se frustran los fines que persiguió el legislador cuando estableció el procedimiento de que se viene tratando, cuyo agotamiento es condición legal para el ejercicio de la acción contenciosa.

No hay disposición alguna expresa que consagre recurso o procedimiento contra esa situación, que lleva implícita la negación de un elemento esencial, a juicio de la Sala, dentro del procedimiento gubernativo, para que pueda decirse con propiedad que éste se agotó cabalmente. Hay un vacío en la legislación.

Para la Sala tiene singular importancia, en orden al restablecimiento del derecho violado, el procedimiento establecido en los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959. Como antes se dijo, trátase de una institución establecida y reglamentada con miras a reparar el agravio inferido al derecho particular por un acto administrativo. Ha querido el legislador que la víctima de la acción del Estado, antes de lanzarse al proceso contencioso, acuda directamente ante el funcionario que dictó la providencia lesiva de su patrimonio jurídico, mediante un procedimiento especial y sencillo. Y la reglamentación de éste le confiere recursos de los cuales no es lícito privarlo.

Es apenas natural que en nuestro derecho público, dentro del proceso de estructuración en que se encuentra, se presenten vacíos de la naturaleza del que se viene comentando. Pero esto no quiere decir que se debe aceptar que en la forma vista puedan disminuirse las garantías o cercenarse los derechos que en favor de los particulares consagra la ley. Es bueno recordar que el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los vacíos en el procedimiento establecido en la Ley 167 de 1941, deben llenarse 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. Disposición obvia, a juicio de la Sala, encaminada a llenar los vacíos y a enmendar las fallas de que adolece esa importante rama de nuestro derecho público.

El orden jurídico es uno solo y no se ve razón valedera alguna que impida generalizar el sistema consagrado en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, a que antes se hizo referencia, para llenar también, con instituciones del mismo derecho procedimental civil, los vacíos que se adviertan en institución de tanta importancia, como la del procedimiento gubernativo. Los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, consagran el recurso de queja como medio de impugnación contra la providencia en que "el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación" a fin de que el superior lo conceda si es procedente.

Así pues, la Sala considera que el vacío en el procedimiento gubernativo, consistente en la falta de recurso contra la providencia que le niega al interesado el recurso de apelación a que le da derecho el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, puede y debe llenarse con el recurso de queja que reglamentan los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil. Nada se opone a ello y, por el contrario, dicho criterio permite que el particular ejercite cabalmente sus derechos y cabe y viene muy bien dentro del proceso de estructuración definitiva de nuestro derecho público.

Es verdad que el artículo 13 del Decreto 2733 dispone que por la vía gubernativa tan solo proceden, contra la providencia administrativa dictada por el correspondiente funcionario, los recursos de repo-

sición y apelación. Pero si esto es cierto, también lo es que el recurso de queja de que se puede hacer uso en concepto de la Sala, no es nuevo expediente contra la providencia de fondo que recaiga sobre la reclamación entablada por el particular afectado, sino recurso contra el auto o disposición que le niega el derecho de apelación que en su favor consagra la ley. Y esto es bien distinto. No se trata, pues, de establecer un nuevo recurso, contra lo que dispone el artículo 13 varias veces citado.

En relación con todo esto, es importante transcribir lo que dijo esta misma Sala en providencia de 30 de enero de 1968, en contestación a la consulta formulada por el señor Ministro de Fomento en oficio de 11 de enero del mismo año:

Dijo así la Sala:

"Complemento necesario de la garantía jurídica del procedimiento y del ejercicio del recurso jerárquico, es el recurso de hecho, pues, éste, en la doctrina procesal, es la vía adecuada para subsanar o corregir el error padecido por el inferior cuando se niega a conceder un recurso de apelación procedente. Siendo esto así, no se ve una razón valedera para sostener que a falta de disposición expresa que lo consagre dentro del procedimiento gubernativo, no pueda acudirse a las disposiciones del Código Judicial o de Procedimiento Civil que lo establecen y reglamentan con tal finalidad. Lejos de ser incompatible el recurso de hecho con la naturaleza de los procedimientos administrativos, su ejercicio, es, por el contrario, en un momento dado, el instrumento adecuado y necesario para que el procedimiento gubernativo sea realmente una garantía jurídica para los administrados, pues mediante dicho recurso se asegura el derecho procesal o de apelación consagrado como regla general en la vía o procedimiento gubernativo.

"Esta conclusión tiene pleno respaldo en lo que dispone el artículo 282 de la Ley 167 de 1941 que es aplicación del principio general consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

Por otra parte, en sentencia de 8 de noviembre de 1971, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado consideró procedente el recurso de queja contra el auto que negó al interesado la apelación a que se refiere el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 y de acuerdo con eso falló la controversia sometida a su decisión. (Véase Anales del Consejo de Estado Tomo LXXXI, año XLVII. Números 431, 432, páginas 125 y siguientes).

Finalmente, la Sala considera oportuno transcribir aquí los artículos 4º y 5º del Código de Procedimiento Civil que dicen:

"4. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la Ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. 26 C. N.

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

No ve la Sala razón alguna que impida aplicar al caso en estudio los principios que sabiamente consagran los artículos de la Ley Procedimental Civil antes transcritos.

Todo lo anterior es suficiente para contestar así al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social:

Es procedente al recurso de queja en los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la rama administrativa del poder público.

Cópiese y transcríbase al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; (Salvamento de Voto); *Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

sición y apelación. Pero si esto es cierto, también lo es que el recurso de queja de que se puede hacer uso en concepto de la Sala, no es nuevo expediente contra la providencia de fondo que recaiga sobre la reclamación entablada por el particular afectado, sino recurso contra el auto o disposición que le niega el derecho de apelación que en su favor consagra la ley. Y esto es bien distinto. No se trata, pues, de establecer un nuevo recurso, contra lo que dispone el artículo 13 varias veces citado.

En relación con todo esto, es importante transcribir lo que dijo esta misma Sala en providencia de 30 de enero de 1968, en contestación a la consulta formulada por el señor Ministro de Fomento en ofício de 11 de enero del mismo año:

Dijo así la Sala:

"Complemento necesario de la garantía jurídica del procedimiento y del ejercicio del recurso jerárquico, es el recurso de hecho, pues, éste, en la doctrina procesal, es la vía adecuada para subsanar o corregir el error padecido por el inferior cuando se niega a conceder un recurso de apelación procedente. Siendo esto así, no se ve una razón valedera para sostener que a falta de disposición expresa que lo consagre dentro del procedimiento gubernativo, no pueda acudirse a las disposiciones del Código Judicial o de Procedimiento Civil que lo establecen y reglamentan con tal finalidad. Lejos de ser incompatible el recurso de hecho con la naturaleza de los procedimientos administrativos, su ejercicio, es, por el contrario, en un momento dado, el instrumento adecuado y necesario para que el procedimiento gubernativo sea realmente una garantía jurídica para los administrados, pues mediante dicho recurso se asegura el derecho procesal o de apelación consagrado como regla general en la vía o procedimiento gubernativo.

"Esta conclusión tiene pleno respaldo en lo que dispone el artículo 282 de la Ley 167 de 1941 que es aplicación del principio general consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

Por otra parte, en sentencia de 8 de noviembre de 1971, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado consideró procedente el recurso de queja contra el auto que negó al interesado la apelación a que se refiere el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 y de acuerdo con eso falló la controversia sometida a su decisión. (Véase Anales del Consejo de Estado Tomo LXXXI, año XLVII. Números 431, 432, páginas 125 y siguientes).

Finalmente, la Sala considera oportuno transcribir aquí los artículos 4º y 5º del Código de Procedimiento Civil que dicen:

"4. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la Ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. 26 C. N.

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

No ve la Sala razón alguna que impida aplicar al caso en estudio los principios que sabiamente consagran los artículos de la Ley Procedimental Civil antes transcritos.

Todo lo anterior es suficiente para contestar así al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social:

Es procedente al recurso de queja en los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la rama administrativa del poder público.

Cópiese y transcríbase al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; (Salvamento de Voto); *Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

RECURSO DE QUEJA. — SALVAMENTO DE VOTO. — El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, invocado como fuente jurídica para introducir el mencionado recurso de queja en el procedimiento gubernativo, no es aplicable a tal procedimiento, sino a los juicios y actuaciones del proceso contencioso administrativo.

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

Referencia: Radicación Nº 1.-177. Consulta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Señores Magistrados:

Muy comedidamente me permito expresarles mi absoluto y total desacuerdo con la decisión tomada por ustedes en la sesión de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del día 17 de noviembre del presente año, respecto a la ponencia presentada por mí para absolver la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social sobre la procedencia del recurso de queja de que tratan los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, en el procedimiento gubernativo.

Continúo convencido que el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, invocado como fuente jurídica para introducir el mencionado recurso de queja en el procedimiento gubernativo, no es aplicable a tal procedimiento, sino a los juicios y actuaciones del proceso contencioso administrativo. Por lo demás, considero, que el Decreto 2733 de 1959 al reglar el procedimiento de la vía gubernativa, estableció de manera tan precisa y concreta los recursos que proceden en él, que no cabe, por vía de analogía introducir dentro de este procedimiento ninguna otra clase de recursos.

En tales condiciones, he considerado mi deber, salvar mi voto, sustentando mi discrepancia con la Sala con el texto de la ponencia que oportunamente presenté a su consideración, la cual fue rechazada por abrumadora mayoría.

Dice así mi ponencia:

Se ocupa la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de resolver la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social sobre procedencia del Recurso de Queja de

que tratan los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, en los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la Rama Administrativa del Poder Público, por aplicación del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

Dice así el texto de la mencionada consulta:

"a) El título III, capítulo VIII de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo) reguló lo concerniente al procedimiento gubernativo.

"b) El capítulo II del Decreto Extraordinario 2733 de 1959 sustituyó el capítulo original del Código Contencioso Administrativo, expresando textualmente en el artículo 20: 'Las anteriores normas sobre procedimiento gubernativo sustituyen a las correspondientes del Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941'.

"c) En las normas primitivas del Código Contencioso Administrativo, como en las sustitutivas del Decreto 2733 de 1959 se consagraron los recursos de reposición y de apelación contra las providencias de los funcionarios administrativos.

"d) El principio jurídico de la analogía obtuvo carta de naturaleza en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, norma que hasta el momento se ha conservado inmodificada. Expresa la norma: 'Los vacíos en el procedimiento establecido en esta Ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las Leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

"e) El nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 6 de agosto y octubre 26 de 1970), contienen el recurso de queja, desarrollado por los artículos 377 y 378; medio de impugnación que tiene lugar cuando 'el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación... ante el superior, para que éste lo conceda si fuere procedente'.

"A virtud de los señalamientos anteriores, consulto:

"1. En las actuaciones administrativas se puede aplicar análogicamente los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil?

"2. En otros términos: es procedente el recurso de queja con los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la rama administrativa del Poder Público?"

Antes de ocuparse la Sala de los puntos que son objeto de la consulta, se ha considerado conveniente, señalar, previamente, algunos enunciados de carácter general, que dominan el campo del derecho administrativo, y, que dada su aplicación directa con la consulta que se formula, se estima necesario reiterar:

1. Sea lo primero, manifestar, que el Estado ejerce su actividad administrativa valiéndose de medios jurídicos expresivos de su voluntad. "Juntamente con el acto de gobierno o político, los simples actos de la administración, los contratos administrativos y los reglamentos, constituyen los modos o formas jurídicas de exteriorización de la voluntad administrativa del Estado", dice el expositor José Roberto Dro-

mi en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo", 1973, pág. 185.

Dentro de estos actos de la administración, a través de los cuales el Estado expresa su voluntad, hay algunos que, tienen carácter general, abstracto, sus destinatarios son indeterminados, su fuerza "erga omnes", es decir, tienen una eficacia jurídica general. Son éstos, los actos administrativos que crean una situación jurídica, impersonal y objetiva, dentro de los cuales se pueden citar por vía de ejemplo, los decretos y resoluciones de carácter reglamentario.

Sin embargo, al lado de estos actos, también el Estado, dentro de su función administrativa puede crear, mediante un acto de su voluntad, una situación jurídica concreta, individual, declarativa de un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, originada en una norma que expresamente predetermina esa conducta.

A esta clase de actos de la administración, habremos de referirnos posteriormente, porque a ellos compete el estudio de los recursos que son objeto de la consulta.

2. Otro de los principios que regula el campo del derecho administrativo lo constituye la "presunción de legalidad", con la cual se hallan amparados los actos de la administración.

En efecto, tanto el acto de carácter general, que algunos autores denominan "reglamento administrativo", como el acto administrativo propiamente dicho, creador de una situación jurídica individual y subjetiva, se hallan amparados por "el principio de legalidad".

"La razón filosófica de la presunción de legalidad que sustenta los actos administrativos, dijo el Consejo de Estado en fallo de fecha 25 de febrero de 1947, deriva de la naturaleza misma de la administración pública, como función jurídica del Estado, pues donde quiera que exista un precepto que ordene una actividad del Estado creadora de situaciones jurídicas, el ejercicio de ella es aplicación del derecho, y especialmente del derecho administrativo que la regula".

3. Sin embargo, frente al "principio de presunción de legalidad", con la cual la administración ampara todos sus actos, existe para los asociados un derecho correlativo, es el "derecho a la legalidad", es decir, a la facultad que tiene todo asociado de exigir que los actos de la administración se lleven a cabo dentro de las normas jurídicas que se han señalado y establecido para ello.

El expositor Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo, define este derecho "como el poder de los administrados de exigir de la administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto, y, que, en consecuencia, los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes, de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen" (G. Fraga, Derecho Administrativo, pág. 438).

Como es natural, este "derecho a la legalidad" de que es titular el asociado, requiere de una protección jurídica, que le permita a su titular disponer de medios legales para obtener la reparación debida,

"es decir, para lograr el retiro, la reforma o la anulación del acto lesivo".

"El derecho a la legalidad" constituye otro de los principios fundamentales de la ciencia administrativa, y para su protección y defensa se idearon los mecanismos jurídicos que se conocen con el nombre de recursos y acciones, destinados a reparar los agravios que los actos de la administración pueden "causar al orden jurídico por ser contrarios a las normas y principios que lo constituyen, o al interés jurídico de una persona" (J. Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, pág. 367).

"Para ciertos daños de la administración, dice Vidal Perdomo en su obra citada, en vista de que la controversia puede ser definida por ella misma reconociendo su yerro, se permite que se plantee primero ante las autoridades administrativas, y sólo después de este debate, ante el juez; para otros la primera etapa no existe y el litigio es necesario llevarlo directamente ante el juez. En derecho colombiano se conoce con los nombres de vía gubernativa y vía jurisdiccional esas dos instancias de las controversias que puede generar la actividad administrativa del Estado".

¿Qué actos de la administración están sujetos a la vía gubernativa, a través de cuyo ejercicio la administración puede reconocer su propio yerro y reconsiderar su decisión? ¿En qué consisten dichos recursos?

Expresa el artículo 10, del Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título 3º, Capítulo 8º del Código Contencioso Administrativo, "que **las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional**, subraya la Sala, se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición".

A su vez, en el parágrafo 2º del artículo 11 del mencionado decreto se establece: "En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata".

Y el artículo 13 del mismo Decreto 2733, señala como procedentes, por la vía gubernativa, los recursos de reposición y apelación.

Con apoyo en los textos de las disposiciones legales citadas anteriormente, se concluye, sin duda alguna, que son los actos administrativos de carácter individual, o sea aquéllos que crean una situación jurídica y concreta y particularizada, que ponen fin a una actuación administrativa, los que están sometidos a los recursos de la vía gubernativa, los cuales una vez decididos, dentro de los términos que la ley les señala, permitirán al interesado ejercitar el derecho de acción ante la justicia contencioso administrativa.

De otra parte, existen al lado de estos actos de la administración, otros, que por sus características especiales, solamente pueden controvertirse por la vía jurisdiccional. Son ellos, los que algunos tratadistas distinguen también con el nombre de "reglamentos administrativos" creadores de situaciones jurídicas de carácter general, impersonal u objetivo. Sobre estos actos no proceden los recursos de reposición y apelación de procedimiento gubernativo. Su impugnación ante la jus-

ticia administrativa, se lleva a cabo mediante el ejercicio de la acción que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo establece; su titularidad está abierta a cualquier persona, y para su ejercicio, nuestro sistema normativo, no las ha sometido a límite alguno en el tiempo. Dicha acción instituida como consecuencia y desarrollo lógico del "derecho a la legalidad" que tienen todos los asociados, cumplen dentro del sistema legal, un propósito y un objetivo: La tutela de orden jurídico y el mantenimiento de la legalidad abstracta. "El sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo, dijo el Consejo de Estado en importante fallo, es la finalidad propia que la Ley señala a esta acción". (Sentencia de 10 de agosto de 1961, Tomo LXIII Nos. 392-396, pág. 202).

Hechas las anteriores consideraciones a través de las cuales se han definido los actos de la administración susceptibles de los recursos que contempla el proceso gubernativo y establecido, también, que para ocurrir en demanda ante lo contencioso administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa (Art. 82 C.C.A.), conviene señalar cuáles son los recursos dentro del procedimiento gubernativo, en qué momento la Ley los considera agotados y, finalmente, si dentro de ellos cabe, por aplicación de la norma contenida en el artículo 282 del C. C. A., el recurso de queja contemplado en los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, aspectos estos, a los cuales, se contrae la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo.

Para resolver la Sala considera

Dispone el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, sustitutivo del Título III, Capítulo 8º del Código Contencioso Administrativo, lo siguiente: "Salvo disposición especial en contrario, por vía gubernativa proceden los siguientes recursos en asuntos administrativos de carácter nacional:

1º El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia para que se aclare, modifique o revoque.

2º El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto".

Y el artículo 19 del mismo decreto expresa:

"En los asuntos departamentales y municipales se aplicará **el mismo procedimiento gubernativo**, subraya la Sala, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de las Asambleas".

Finalmente, el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, tantas veces mencionado, dispone:

"El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de la acción contencioso administrativa".

En el texto de las normas que se han transcrito, aparece claro el derecho que la ley consagró en beneficio del asociado comprometido en una situación de controversia con la administración, para servirse de estos recursos, con el objeto de obtener de ella, la aclaración, modificación o revocatoria de una decisión que lo afecta. Dichos recursos, que

integran el procedimiento gubernativo, están constituidos por el recurso de reposición, interponibles ante el funcionario que dictó la providencia o tomó la decisión, para que éste, en vista de las razones jurídicas que aduzca el particular afectado, aclare su decisión, la modifique y si es el caso, la revoque; y el de apelación, que propuesto, ante el funcionario de jerarquía superior, directamente, o como subsidiario del de reposición, vale decir, para el caso de que ésta no sea favorable a sus pretensiones, se orienta al logro de similares propósitos.

El fundamento jurídico de tales recursos, no es otro, que el de dotar a la persona afectada en sus derechos por un acto administrativo, de un medio legal, en virtud del cual, pueda exigir de la propia autoridad administrativa una revisión de su propio acto. Se ha considerado, que estando la administración en capacidad de reconocer su propio yerro o equivocación, el particular afectado, al plantear su conflicto ante ella, puede obtener una definición del mismo, mediante un debate previo, antes de verse avocado a acudir ante la justicia administrativa.

El agotamiento de tales recursos es condición indispensable para abrirle paso a la acción contenciosa. Este principio lo reitera expresamente tanto el artículo 82 del C.C.A., como el Decreto 2733 de 1959.

Cuándo deben entenderse agotados estos recursos?

El artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, dispone que, "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 13, 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".

El texto de la norma, contempla, pues, dos hipótesis en virtud de las cuales, el procedimiento gubernativo debe entenderse agotado: La primera, en el caso de que la providencia o acto administrativo no sea susceptible de estos recursos. No hay duda que aquí la disposición, se refiere a aquellos actos administrativos de carácter general, que por ser creadores de una situación jurídica general, impersonal, u objetiva, no están sometidos a dicho procedimiento por expresa disposición del artículo 17 del Decreto 2733 anteriormente mencionado. La segunda hipótesis, se refiere, en cambio, al caso de que ejercitados tales recursos, se hallen éstos definidos por la administración. En tal evento el procedimiento gubernativo se halla concluido y al particular, lesionado en sus derechos, no le queda otra alternativa que acudir a la controversia judicial.

Sin embargo, el parágrafo del artículo 18, contempla una tercera hipótesis. Expresa el parágrafo:

"Se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando, interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores se entienden negados por haber transcurrido el plazo de un mes sin que caiga decisión resolutoria sobre ellos".

Esta tercera hipótesis, que contempla lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado con el nombre de "silencio administra-

tivo", constituye una verdadera presunción erigida en favor de los intereses y derechos de los asociados, que en determinado momento, y, por efecto de no haber recibido una decisión oportuna de la administración a una solicitud o reclamación suya, podrían verse burlados o lesionados en sus intereses. En tales circunstancias la Ley, ha interpretado esta morosidad y decidía de la administración, como una negativa de lo que se demanda o se reclama, para darle al particular el camino de acudir a la vía contenciosa, si llegare a considerarlo conveniente.

Finalmente, la Sala procede a definir si el recurso de queja establecido en los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable al procedimiento gubernativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 282 del C. C. A. que ordena que los vacíos en el procedimiento de la Ley 167 de 1941 se llenen con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para resolver este trascendental aspecto, se hace indispensable, despejar este interrogante: El artículo 282 del C. C. A., que ordenó llenar los vacíos de la Ley 167 de 1941, con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, es aplicable únicamente a "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa"? Debe comprenderse dentro de ésta, el Procedimiento Gubernativo que regula el Decreto 2733 de 1959, sustitutivo del Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo?

Estas preguntas, que así misma se formula la Sala, conducen a su vez, a otra de no menor importancia, cuya absolución previa, permitirá responder a las dos anteriores, y dilucidar el alcance de la norma contenida en el artículo 282 del C. C. A.: Cuando la Administración, en ejercicio de su competencia, reconoce un derecho o lo deniega, realiza un acto jurisdiccional?

El expositor español Carlos García Oviedo, en su obra Derecho Administrativo, página 384, expresa que "los recursos directos o de alzada, no constituyen verdaderos juicios. Son meras revisiones que de sus actos efectúa la propia Administración, para deshacer sus errores, si los hubiere. Falta en ellos la verdadera controversia, la discusión. El particular reclama aduciendo, en verdad, los fundamentos legales pertinentes. La Administración penetra, asimismo, en el fondo de la reclamación y resuelve según derecho; mas lo proveído por ella es resultado inmediato de una mera labor de revisión, en que ha faltado la controversia ordenada y profunda del juicio". (García Oviedo, obra citada).

A su vez el tratadista Manuel de J. Argañaras, en su obra "Tratado de lo Contencioso Administrativo", se expresa en un sentido similar. Dice el expositor: "Cuando en el ejercicio de su competencia la Administración reconoce el derecho del particular o lo deniega en la reclamación que ante ella se ha hecho valer, **no produce un acto jurisdiccional**, subraya la Sala, sino una manifestación de parte interesada".

Por su parte el profesor argentino José Roberto Dromi, en su obra, "Instituciones de Derecho Administrativo", páginas 515 y 538, al hacer la diferenciación entre los medios de Protección Administrativa y los

medios de Protección Judicial de que son titulares los asociados lesionados por un acto administrativo, acoge la definición que el expositor Marianhoff da del Recurso Administrativo, señalándolo como "un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción"; definición esta, que el profesor argentino opone al concepto de control judicial de la administración, el cual "configura lo que se ha dado en llamar 'lo contencioso administrativo', o con mejor criterio se denomina el proceso administrativo".

"El control judicial de la administración, expresa Dromi, configura lo que se llama contencioso administrativo, justicia administrativa, jurisdicción administrativa, administración contenciosa, proceso administrativo, etc. Estas expresiones significan, en principio, lo mismo, en cuanto se refiren a las contiendas sobre Derecho Administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales". (Dromi, obra citada).

El doctor Gabriel Rojas Arbeláez en su obra titulada "El espíritu del Derecho Administrativo", página 18, refiriéndose al contenido de la expresión "recurso jurisdiccional" manifiesta lo siguiente: "Hay quienes niegan la propiedad de la expresión recurso jurisdiccional. Pero cuando a éste se hace referencia no se significa el movimiento de una instancia a otra, sino la utilización de las competencias judiciales para dirimir controversias con la administración, en asuntos que ya ante ella no son susceptibles de petición de reforma o derogación... En términos generales continúa diciendo el citado expositor, cuando ya no hay que pedir ante las autoridades, lo que se llama agotar la vía gubernativa, y esto ha ocurrido desfavorablemente al administrado, a éste le queda la facultad de acudir a los tribunales, facultad que, ejercitada, es lo que se llama el recurso jurisdiccional".

No existe duda, pues, que en opinión de los expositores citados, hay un consenso unánime, en el sentido de negarle el carácter de acto jurisdiccional a la decisión que la administración toma, cuando reconoce un derecho, o deniega una reclamación. En tal actuación, como lo expresó alguno de los tratadistas citados, "lo proveído por la administración es resultado inmediato de una mera labor de revisión, en que ha faltado la controversia ordenada y profunda del juicio".

En efecto, en el recurso administrativo, no se ve la existencia de una verdadera controversia, pues para ello se requeriría que las pretensiones de la Administración fueran contradictorias con las del particular. Y esto no ocurre: pues, entre tanto no se haya agotado la vía gubernativa, dentro de la cual se ha interpuesto el recurso, no podría afirmarse que la administración sostiene un punto de controversia con el particular.

El expositor mejicano Gabino Fraga, en su obra "Derecho Administrativo", página 442, también comparte el punto de vista de los expositores que le niegan el carácter de acto jurisdiccional al recurso administrativo. Dice así el ilustre tratadista: "Sinembargo, nos parecen más fundados los argumentos aducidos por quienes sostienen que el recurso administrativo no constituye un verdadero acto jurisdiccional, sobre todo si se considera, como se acaba de indicar, que no hay autoridad distinta de las partes que resuelva la controversia". (Fraga, obra citada).

Estando claro, como se ha visto, que la decisión de la administración, con la cual define los recursos administrativos del procedimiento gubernativo, no constituye un acto jurisdiccional, y, siendo igualmente cierto que el control judicial de los actos de la administración, configura lo que se denomina "lo contencioso administrativo", o sea "las contiendas sobre Derecho Administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales", la Sala debe examinar, si la norma que contiene el artículo 282 del C. C. A., en virtud de la cual se ordena llenar los vacíos de la Ley 167 de 1941, con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se refiere únicamente a "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", y si dentro de ellas debe considerarse también, comprendido el procedimiento gubernativo reglado por el Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo.

No hay duda que las palabras "juicios" y "jurisdicción de lo contencioso administrativo", que emplea el citado artículo 282, tienen un valor, un sentido y un alcance preciso, en su acepción gramatical y jurídica.

"Juicio", es, según la novena acepción, que de este término da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (página 774), "el conocimiento de una causa en la cual el Juez ha de pronunciar sentencia"; y el artículo 1º de la Ley 167 de 1941, que organizó la jurisdicción contencioso administrativa expresa que "La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos".

La Sala cree, que frente al significado y alcance que tienen estas palabras dentro del lenguaje gramatical y jurídico, no existe la menor duda que los vacíos que el artículo 282 del C. C. A., ordenó llenar con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se refieren única y exclusivamente a los vacíos que se presenten en "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", y en manera alguna a los del procedimiento gubernativo, que no constituye un juicio, ni dicho procedimiento corresponde a una institución de la jurisdicción contencioso administrativa, no obstante estar inserto dentro del Código que regula esta materia. Tal conclusión, a juicio de la Sala, impide aplicar en la vía gubernativa el artículo 282 del C. C. A. y por lo tanto introducir dentro de este procedimiento, disposiciones, normas o instituciones del Código de Procedimiento Civil.

Aun cuando en concepto de la Sala, las razones de orden jurídico que se han expuesto, son lo suficientemente claras para no darle cabida en el procedimiento gubernativo al principio consagrado en el artículo 282 del C. C. A. y, como consecuencia para rechazar, por improcedente el recurso de queja en tal procedimiento, no está, por demás, adicionar esta argumentación, con otras consideraciones, referidas ya con dicho recurso, examinando los propósitos y fines que cumple en el proceso civil, y su ninguna justificación legal y jurídica en la vía gubernativa, frente a otros recursos expresamente señalados para dicho procedimiento.

La queja o recurso de hecho, como se le denominaba en el antiguo Código de Procedimiento Civil, es un verdadero recurso de derecho, instituido por la Ley procesal en beneficio de la parte a quien se le ha denegado el recurso de apelación, para que el superior lo conceda, si fuera procedente; también, lo puede ser, para modificar el efecto diferido o devolutivo dado a una apelación, cuando se considera que ésta ha debido darse en uno diferente, y, procede también, cuando se deniega el recurso extraordinario de casación.

Dentro del procedimiento civil, la existencia del recurso de queja se comprende y se justifica, como remedio eficaz para proteger el derecho de una de las partes, frente al acto que le denegó la apelación interpuesta contra un auto interlocutorio o una sentencia, o del recurso mismo de casación, cuando se trata de aquéllas que son susceptibles de este recurso, y que de no existir la queja, colocaría a una de las partes frente a hechos definitivos e inmodificables dentro del proceso, con sacrificio del propio derecho que se ha demandado.

La trascendencia que tiene este recurso para las partes, se aprecia mejor, si se considera que sin su existencia dentro del proceso civil, podría llegarse fácilmente a la ejecutoria de una sentencia, con el natural efecto de cosa juzgada, sin que la parte perjudicada por ella, y frente al auto que le denegó la apelación, pueda disponer de mecanismos jurídicos de defensa.

En el procedimiento gubernativo, estas consecuencias no se presentan, pues la denegación que la administración haga del recurso de apelación contra uno de sus actos, apenas agota la vía gubernativa, dejando a salvo el derecho de la parte interesada para ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa y ventilar ante ella, la juridicidad del acto que la lesiona o perjudica.

Además de las razones de lógica jurídica que se han expuesto para justificar la existencia del recurso de queja en el proceso civil, y, descartarlo, en el procedimiento gubernativo, existe otro argumento, que por tener su fundamento en una norma de carácter positivo especialísimo, es, a juicio de la Sala, concluyente, para despejar cualquier duda que se pudiera tener respecto de la procedencia del recurso de queja en el procedimiento gubernativo. Se trata de la disposición que contiene el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959 conforme a la cual "Salvo disposición especial en contrario, por vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1º El de reposición ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.

2º El de apelación ante el inmediato superior, con el mismo objeto".

Dicha norma, a juicio de la Sala, señala expresamente cuáles son los recursos que corresponden al procedimiento gubernativo, y, si esta disposición, los determina en forma tan clara y explícita, mal puede hablarse de vacío de carácter legal en este aspecto.

No se puede perder de vista, que como lo dijo el Consejo de Estado, en fallo de fecha 25 de febrero de 1947, "la juridicidad significa

no solamente que la administración en su conjunto está condicionada por el derecho administrativo, sino también que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. El sentido del principio de legalidad consiste en que cada acción administrativa está reglada por la ley formal, por un estatuto de derecho positivo, del que resulta su licitud o necesidad jurídica".

La Sala considera, que esta jurisprudencia referida a las acciones que proceden dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, es también de aplicación en los recursos que integran procedimiento gubernativo.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala.

Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1977.

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO. — Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas. Disposiciones posteriores derogaron el artículo 9º del Decreto 1587 de 1963.

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

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

Referencia: Radicación Nº 1166

El señor Ministro de Trabajo formula la siguiente Consulta:

"1º El literal d), artículo 11 de la Ley 1ª de 1963 facultó al Gobierno Nacional, hasta el 20 de julio de 1963, para... "Reformar y actualizar la legislación sobre cooperativas: organizar y financiar la superintendencia respectiva, y crear los organismos de fomento y educación cooperativos necesarios, asegurando su financiación y funcionamiento, a fin de lograr el desarrollo técnico del cooperativismo".

2º A virtud de estas facultades, el Ejecutivo de entonces expidió el Decreto Extraordinario Nº 1587, en 17 de julio de 1963, cuyo artículo 9º señaló lo siguiente:

"Las providencias del Superintendente Nacional de Cooperativas serán susceptibles del recurso de reposición ante el mismo funcionario, y surtido éste se entenderá cumplido el procedimiento gubernativo respecto de ellas. Las providencias de los Superintendentes Delegados regionales tendrán el recurso de reposición ante los mismos funcionarios y el de apelación ante el Superintendente Nacional, para agotar tal procedimiento".

3º El mismo día, esto es, el 17 de julio de 1963, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Nº 1598, haciendo uso de las facultades que el Congreso le había conferido por medio de la citada Ley 1ª. Dispuso en su artículo 103:

"Tanto las providencias sobre sanciones como las demás que profiera el Superintendente Nacional de Cooperativas, o los fun-

cionarios subalternos, se someterán al procedimiento previsto en el Decreto 2733 de 1959".

"Las sanciones diferentes, así como las demás disposiciones tendrán cumplimiento una vez agotado el procedimiento gubernativo, mientras la jurisdicción contencioso-administrativa decida lo pertinente".

El artículo 107 del Decreto 1598, expresó: "Quedan derogadas todas las disposiciones que se refieren a las mismas materias de que trata este Decreto, en especial las de las Leyes 134 de 1931, 128 de 1936, y 30 de 1949, y las de los Decretos 1460 de 1940, 2452 de 1948 y 1354 de 1953. Se exceptúa el artículo 2º de la Ley 128 de 1936 que queda vigente".

4º Haciendo uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 3134 de 1968 (Diciembre 26), "por el cual se reorganiza la Superintendencia Nacional de Cooperativas", cuyo artículo 21 dijo sobre el particular:

"Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959".

El 24 del mismo estatuto dispuso: "Este decreto se rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

5º Igualmnete, facultado por la Ley 2ª de 1973, el Gobierno Nacional reestructuró, a través del Decreto 511 de 9 de abril de 1974, el organismo adscrito en mención: e idénticamente a lo señalado en el artículo 21 del Decreto 3134 de 1968, ordenó en el artículo 41 del nombrado Decreto 611:

"Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959".

6º Siendo que el artículo 16 del Decreto Nº 2733 de 1959, establece en su inciso segundo que por "regla general procede el recurso de apelación para ante el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo del Ramo, contra todas las providencias definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden nacional", se consulta:

a) Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas?

b) O lo que es lo mismo, está vigente el artículo 9º del Decreto 1587 de 1963? O debe entenderse derogado por las disposiciones posteriores que se han citado?".

La manera más clara de considerar esta consulta, y teniendo en cuenta las disposiciones que en ella se citan, es examinar en orden cronológico estas disposiciones así:

1. El Decreto 2733 de 1959 reglamentario del derecho de petición. Este Decreto, como se dice en uno de sus considerandos, se dictó fundamentado y para hacer efectivo el artículo 45 de la Constitución según el cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones a las autoridades y el de obtener pronta resolución.

Sobre el carácter de este Decreto, y amplitud dijo esta Sala en alguna ocasión:

"Entre las garantías jurídicas que aseguran a los particulares la sumisión de la Administración al Derecho, está el señalamiento en la Ley de reglas de procedimiento a las cuales debe ajustar su actuación. Parte fundamental para tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares es la consagración, dentro de tal procedimiento, de los llamados recursos administrativos especialmente el denominado recurso jerárquico o recurso de alzada, mediante el cual la propia administración con la intervención del respectivo superior jerárquico revisa los actos dictados por el funcionario o empleado de grado inferior. La existencia de este procedimiento administrativo y su sometimiento a él es en los Estados de Derecho, como lo es Colombia, presupuesto indispensable para que sea admisible el recurso jurisdiccional contra las providencias dictadas en actuaciones administrativas en que interviene o debe quedar obligado un particular".

Y en otra oportunidad expresó:

"Con el objeto de hacer efectivo el principio de legalidad en las actuaciones de la administración, dando a ésta oportunidad para enmendar sus yerros jurídicos y a los administrados la de defender sus derechos ante la propia administración, sin acudir a la autoridad en ejercicio de las pertinentes acciones, se ideó el llamado 'procedimiento gubernativo', que entre nosotros está regulado por el Decreto 2733 de 1959".

Ahora bien, si se examinan algunas disposiciones de este Decreto 2733 se encuentra lo que dispone el artículo 13:

"**Salvo disposición legal en contrario**, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1º) El de reposición, ante el mismo funcionario que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.

2º) El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto". (Subraya la Sala).

Por lo tanto, es de evidencia, dado el carácter de este Decreto y el aparte de la disposición que se ha subrayado, que este Decreto y sus recursos son generales, son aplicables en todos los casos, excluyéndose únicamente aquéllos en que una disposición expresa así lo prevea. Esta, si se quiere insistir, es la regla para la aplicación de este Decreto.

Otra norma que debe tenerse en cuenta está expresada en el inciso 2º del artículo 16, y que se ajusta a lo que se ha venido afirmando:

"**Por regla general** procede el recurso de apelación para ante el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo del ramo, contra todas las providencias definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden nacional". (Subraya la Sala).

2. En virtud de la Ley 1ª de 1963 se dictó el Decreto 1587 por medio del cual se organizó la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Este Decreto fijó las funciones, atribuciones y organización de esta Superintendencia, y entre las disposiciones que la regulan se determinó en su artículo 9º:

"Las providencias de la Superintendencia Nacional de Cooperativas serán susceptibles del recurso de reposición entre el mismo funcionario (el Superintendente Nacional), y surtido éste, se entenderá cumplido el procedimiento gubernativo de ellas. Las providencias de los Superintendentes Delegados Regionales tendrán el recurso de reposición ante los mismos funcionarios, y el de apelación ante el Superintendente Nacional, para agotar tal procedimiento".

Por lo tanto, y según lo que se ha venido expresando, ésta es la disposición legal especial que fijaba el procedimiento gubernativo cuando se trataba de providencias de la Superintendencia Nacional de Cooperativas: en estos casos, pues, no era aplicable el procedimiento gubernativo según las prescripciones del Decreto 2733 de 1959 y así debía actuarse mientras rigiera y estuviera vigente este artículo 9º del Decreto 1587,

Es de advertir que en el mismo año de 1963 y con la misma fecha, 17 de julio, se dictó el Decreto 1598 por el cual se actualizó la legislación cooperativa. Este Decreto tiene disposiciones generales sobre cooperativas —naturaleza y fines de ellas, tipos, constitución y reconocimiento etc.—, sobre la inspección y vigilancia que están sometidas y sobre responsabilidad, sanciones y procedimientos entre otras materias y que en este último capítulo, el Tercero del Título II y en el artículo 103, inciso 1º, se disponía ya:

"Tanto las providencias sobre sanciones como las demás que profiera el Superintendente Nacional de Cooperativas, o los funcionarios subalternos, se someterán al procedimiento administrativo previsto en el Decreto 2733 de 1959".

3. En 1968 en virtud de autorizaciones extraordinarias se hizo la que se conoce como reforma administrativa de ese año. Entre las entidades que fueron reorganizadas está la Superintendencia Nacional de Cooperativas. En efecto por el Decreto 3134 de 1968 se reafirmó que esa entidad estaba adscrita al Ministerio de Trabajo, se fijaron su naturaleza y funciones, su organización etc. Es decir, la regulación de esa entidad a partir de esa fecha y mientras este Decreto estuviera vigente, era la que le imprimía este Decreto 3134, y Decreto que concluye especificando en su último artículo, el 24, que a partir de su expedición se derogaban todas las disposiciones que le fueran contrarias.

Ahora bien, este estatuto dispone en su artículo 21:

"Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por el Decreto 2733 de 1959".

Este artículo es claro, preciso. De otra parte el artículo 9º del anterior Decreto, el 1587, le es contrario. Por lo tanto, por disposición expresa de esta Ley posterior, este artículo, para referirnos sólo a él, quedó derogado a partir de esa fecha y a partir de esa fecha el procedimiento gubernativo en la Superintendencia Nacional de Cooperativas se debía regir por el Decreto 2733 de 1959.

4. En 1974, en virtud de facultades extraordinarias, se dictó el Decreto 611 de 1974, por medio del cual se estructuró nuevamente la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Nuevamente se especificó que esta Superintendencia era un organismo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se determinó la estructura, las funciones, atribuciones etc., de esta entidad y en el artículo 41 se volvió a establecer:

"Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959".

Por lo tanto, y sin necesidad de repetir lo que ya se ha dicho en relación al Decreto 3134 de 1968, y mientras esté vigente este Decreto 611 de 1974, por voluntad expresa de la Ley, y no puede haber otra solución, los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas se rigen por el Decreto 2733 de 1959.

Por lo expuesto, y en cuanto a las preguntas concretas formuladas en la Consulta se responde así:

a) Sí. Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas;

b) El artículo 9º del Decreto 1587 de 1963 no está vigente: este artículo fue derogado por disposiciones posteriores como se especificó en la Consulta.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

CRUZ ROJA COLOMBIANA. — Facultad legal para que la Sociedad Cruz Roja Colombiana pueda celebrar dentro de cada año una o más rifas de inmuebles o muebles, automóvil y enseres.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., octubre 21 de 1977.

(Consejero ponente: **Doctor Jaime Paredes Tamayo**).

Referencia: Consulta. Radicado Nº 1173.

En Oficio distinguido con el Nº 25263, de fecha 28 de septiembre del corriente año, el señor Ministro de Salud, formuló a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente consulta:

"Por virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 2ª de 1964, en concordancia con el Decreto Legislativo 130 de 1957, y teniendo en cuenta lo expresado por la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, puede la Cruz Roja Colombiana, 'hacer anualmente rifas (en número plural) es decir, no 'rifa' de inmuebles, sin sujeción a las disposiciones sobre rifas; o sólo puede hacer anualmente una rifa pero en varias etapas o sorteos, conforme a un plan unitario?".

Conviene que antes de ocuparse la Sala en el examen de la consulta, se tenga un concepto concreto sobre el significado etimológico que en nuestra lengua tiene el sustantivo "rifa", y sobre la acción o movimiento que expresa el verbo "rifar". La comprensión de estos términos, el conocimiento de la legislación que regula esta actividad, sus antecedentes, etc., permitirán a la Sala llegar a una conclusión clara sobre el objeto que es materia de la consulta.

Define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (página 1149 —XIX Edición— 1970) la expresión "rifa", como, "juego que consiste en sortear una cosa entre varios por medio de cédulas de corto valor, que todas juntas suman, por lo menos, el precio en que se le ha estimado"; y el vocablo "rifar", como la acción de, "efectuar el juego de la rifa".

Esto es importante dentro de la problemática que presenta la consulta, tanto más, cuanto que, de conformidad con las normas de interpretación de la Ley, las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas (Art. 28 de la Ley 153 de 1887).

Dentro de nuestro sistema jurídico el juego de la rifa tiene su origen en la autorización que le dé la Ley para establecerla, y está sujeta, en cuanto a su permanencia en el tiempo, la modalidad en la emisión de billetes o boletas, pago de impuestos, control gubernamental, etc., etc., a reglamentos de orden legal precisos y concretos.

El artículo 3º de la Ley 19 de 1932, por ejemplo, dispone como norma general, que "ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender billetes fraccionados, ni repartir ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente".

A su vez, el Decreto 537 de 1974, reglamentario, entre otras, de la Ley anteriormente citada, no solamente reproduce la prohibición de la rifa con carácter permanente, sino que presume tal rifa celebrada a título no gratuito, señalando en el artículo 4º los gravámenes o impuestos que debe pagar al municipio respectivo que otorgue el permiso.

Característica, también, de la rifa, en nuestro sistema normativo, son los propósitos y fines específicos que el legislador le asigna, cuando las autoriza.

Generalmente, la Ley ha permitido su establecimiento, con el objeto de generar recursos destinados a obras de reconocido interés social o de utilidad pública. Cabe aquí señalar, por vía de ejemplo, y en apoyo de lo anteriormente expresado, las "rifas" autorizadas a las sociedades de mejoras públicas por la Ley 58 de 1945, para sortear "en cada año hasta cuatro casas higiénicas para trabajadores"; la "rifa" autorizada a la Asociación de Loteros Inválidos de Hansen por la Ley 2ª de 1970 "para rifar una casa cada año, con o sin muebles y enseres", y la que inicialmente, le facultó para llevar a cabo a la Cruz Roja Nacional, en 1953, por medio del Decreto Legislativo 867 del citado año, para rifar en esa anualidad "una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres". A esta última disposición, habrá de referirse la Sala como punto de partida, para examinar y entrar a resolver la consulta que se le propone.

En efecto, como se expresó anteriormente, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto Legislativo Nº 867 del 26 de marzo de 1953, autorizó a la Cruz Roja Colombiana para rifar en ese año, subraya la Sala, una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres. Dijo así el artículo 1º del citado Decreto:

> "Autorízase a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana con sede en Bogotá, para rifar en el año de 1953 una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres sin sujeción a las disposiciones nacionales sobre rifas".

El examen de la norma transcrita permite afirmar, sin duda alguna, que la autorización que aquel decreto confirió a la Cruz Roja Colombiana, fue una autorización limitada, restringida no solamente en el tiempo, sino también en cuanto a los bienes objeto de la rifa: únicamente se le facultó para hacer una rifa, para llevarla a cabo en el año de 1953 y no en ningún otro año, y ésta, exclusivamente, podía recaer sobre "una casa y un automóvil" dejando a discreción de la entidad que la casa estuviera o no dotada de muebles.

Con posterioridad, en el año de 1957, la Junta Militar de Gobierno, por medio del Decreto Legislativo Nº 130 del 16 de julio del citado año, otorgó una autorización más amplia a la Cruz Roja Colombiana. En efecto, dispuso en el artículo 1º del mencionado decreto:

> "Autorízase a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, con sede en Bogotá, para rifar **anualmente**, subraya la Sala, una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres, sin sujeción a las disposiciones sobre rifas".

Qué interpretación tiene esta nueva autorización, y cuál su trascendencia, frente a la de que gozó esa institución, por virtud del Decreto Legislativo 867 de 1953, citado anteriormente?

Si se compara el texto de las dos normas transcritas, se ve nítidamente, cómo la nueva disposición otorgó en favor de la Cruz Roja, una autorización mucho más amplia en cuanto le permitió rifar "anualmente", es decir, "cada año" todos los años, a partir de la expedición del citado decreto "una casa con o sin muebles, automóvil y enseres", dado que, la expresión "anualmente", de conformidad con la definición que de ella da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, quiere decir, "cada año". (Pág. 97 —XIX Edición— 1970).

La nueva norma, le otorgó a la Cruz Roja una autorización que antes no tenía, la de rifar anualmente una casa, además de los otros objetos que ya se mencionaron, pero mantuvo la restricción en cuanto no le permitió rifar más de una casa con o sin muebles, el automóvil y enseres. Tal, la interpretación, que en opinión de la Sala, tiene la norma anteriormente citada.

Posteriormente, en el año de 1964 con ocasión del centenario de la Cruz Roja Internacional, la Nación se asoció a la celebración de esta efemérides, expidiendo para ese efecto la Ley 2ª de 1964, en la cual, luego de relevar los servicios que esta institución ha prestado a la comunidad internacional, y las virtudes cívicas y ciudadanas que enaltecieron a su fundador, introdujo una modificación sustancial a la autorización que, hasta entonces, disponía la Cruz Roja, por virtud del Decreto Legislativo 130 de 1957, ampliándola, en el sentido de permitírsele **"hacer rifas de inmuebles"**, subraya la Sala.

Dijo en efecto, el artículo 3º de la Ley 2ª de 1964:

> "Modifícase el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 130 de 1957, en el sentido de autorizar a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, con sede en Bogotá, para hacer rifas de inmuebles".

Cuál, el alcance de la nueva disposición y su trascendencia, frente al marco legal que reglaba la facultad concedida a dicha institución?

En opinión de la Sala, no existe la menor duda que con la modificación introducida por la referida Ley al artículo 1º del Decreto Legislativo 130 de 1957, se pretendió, fue ampliarle a la Cruz Roja Nacional la facultad de que disponía, para que, en adelante, pudiese efectuar varias rifas, y no solamente una, como anteriormente se le había permitido, y para rifar, además, no una casa, sino inmuebles,

o sea, todos aquellos bienes que de conformidad con el artículo 656 del Código Civil, se reputan como tales.

Esta es, a juicio de la Sala la única interpretación posible que cabe darle a la nueva norma, frente a su texto, a las palabras que se emplean en ella, y a las motivaciones, propósitos, y fines que indujeron al legislador a expedir la Ley que se interpreta.

En efecto, el vocablo "rifas", expresa un sentido de pluralidad y esta palabra, conforme a la definición que de ella hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es en su segunda acepción, la "calidad de ser más de uno". (Pág. 1040 —XIX Edición— 1970).

Por manera que, si la ley empleó, la expresión "rifas" en contraposición a "rifa" empleada en el artículo 2º del Decreto 130 de 1957, lo hizo con un propósito definido, consciente de su significación etimológica, y de las consecuencias de orden jurídico, que del uso de tal expresión se derivarían.

Así parece, también, haberlo entendido la Rama Ejecutiva, al emplear en el Decreto 592 de 1976, reglamentario de algunas disposiciones sobre rifas, el término "rifas", para referirse a las que puede llevar a cabo la Cruz Roja Colombiana (Art. 5º Decreto 592-76); "rifa" para la que está autorizada a la Asociación Nacional de Loteros Inválidos de Hansen (Art. 6º **ibídem**) y, "rifa de inmuebles" para la que pueden llevar a cabo los Hogares Juveniles Campesinos (Art. 7º **ibídem**).

Por otra parte, se pregunta la Sala, qué objeto tendría y qué beneficio le hubiese reportado a la Cruz Roja Colombiana, la modificación introducida por el artículo 3º de la Ley 2ª de 1964, si en lugar de emplear la palabra "rifas", hubiese conservado la expresión "rifa" y solamente se le hubiese facultado para ampliar el objeto de ella?

Sabido es que para las entidades que llevan a cabo sorteos, llámense loterías y o rifas, lo que les permite un mayor ingreso económico es la diversidad de oportunidades para realizar varios actos y ello fue, precisamente, lo que tuvo en mente el legislador al otorgarle a la Cruz Roja esta autorización, en los términos y con la amplitud que se ha expresado.

Además, no parece lógico que, si las motivaciones y propósitos que tuvo el legislador, al expedir la Ley 2ª fueron de carácter eminentemente social, señalándose como tales, los de disponer de fondos con destino a las crecientes necesidades del socorro nacional: dotarla de un Hospital móvil, facilitarle la terminación y dotación del edificio de la Escuela de Enfermeras y adelantar el programa nacional del banco de sangre, la modificación contenida en el artículo 3º de la citada Ley, se hubiese limitado a ampliarle la autorización para mejorar el plan de premios de la rifa. Si en verdad, ello podía ser de algún interés para la institución, lo era en mayor grado para los usuarios y participantes de ella. Tal conclusión, parecería, por lo menos equivocada, frente a una ley que se dictó con el objeto de favorecer a la institución y de asociar a la Nación al centenario de su fundación.

Aquí parece pertinente reproducir lo expresado por la Sala, en providencia de fecha 3 de octubre de 1975, cuyo ponente fue el doctor

Arango Reyes, al referirse al contenido de la Ley 2ª de 1976. Dijo la Sala en aquella ocasión:

"Cabe hacer énfasis sobre el hecho de que la Ley 2ª de 1964 asoció a la Nación al centenario de la Cruz Roja Internacional. Y parece obvio que un acto del Congreso, que así vincula a la Nación a una celebración de mucho significado, no se haya expedido para restringir las facultades ya concedidas a aquella entidad por disposiciones legales anteriores, o para disminuirle las ventajas que en orden a la consecución de fondos para atender a los fines que le son propios, le habían sido otorgadas anteriormente. Así es lógico entender que la ley que celebra aquella efemérides, le haga nuevas concesiones a la Cruz Roja, pero no que con carácter de homenaje le recorte aquéllas de que ya gozaba".

Y en párrafos siguientes, expresó la Sala:

"Sobre la base de que, como ya se dijo no resultaría lógico atribuirle a la Ley 2ª ánimo o intención de restringir las ventajas o privilegios que a la Cruz Roja le había otorgado ya el Decreto 130 de 1957, es bueno tener en cuenta que en la exposición de motivos del respectivo proyecto dijo su autor, el Senador Gilberto Moreno:

"Es así como en el articulado del proyecto que me honro en presentar, se dan a la Sociedad de la Cruz Roja Colombiana con sede en Bogotá, las autorizaciones necesarias para que pueda organizar una lotería con premios en dinero, cuyos sorteos se ajustarán a las disposiciones vigentes sobre esta clase de actividades, así como también para que, **continuando las que ha venido realizando en escala restringida por la disposición legal que se modifica,** subraya la Sala, pueda hacer rifas de inmuebles con las garantías que dicha norma había consagrado".

"La expresión 'continuando las que ha venido realizando en escala restringida por la disposición legal que se modifica', hace ver claramente, cuál fue el sentido de la modificación introducida por el legislador al artículo 1º del Decreto 130 de 1957: para que continúe en forma más amplia, las que ha venido realizando restringidamente. Se amplía o modifica la autorización ya concedida, en dos sentidos, a juicio de la Sala: para que haga no ya la rifa de una casa, sino las rifas de casas que estime convenientes en las condiciones del Decreto 130 de 1957, es decir, con o sin muebles, automóvil o enseres, como lo había venido haciendo, y para que haga otras rifas de inmuebles, como por ejemplo, de lotes de terreno".

No hay duda entonces, que el artículo 3º de la Ley 2ª de 1964, dejó intacta la autorización abierta que le había conferido a la Cruz Roja el Decreto Legislativo 130 de 1957, en cuanto le permitía realizar "anualmente", cada año, todos los años, la actividad de rifar, pero la modificó en el sentido de facultarla para celebrar más de una rifa cada año y para que éstas, pudieran tener como objeto el sorteo de inmuebles. He aquí, la razón por la cual el artículo 3º tantas veces citado, hubiese empleado las expresiones: "Modifíquese el artículo... **en el sentido,** subraya la Sala, de autorizar a la Sociedad... para hacer rifas de inmuebles".

Tal, la interpretación que da la Sala a la autorización que, por virtud de la modificación que la Ley 2ª hizo al artículo 1º del De-

creto Legislativo 130 de 1957, tiene en la actualidad la Cruz Roja Nacional.

Fundada, en las razones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado responde así a la consulta formulada por el señor Ministro de Salud:

La Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana está autorizada por el artículo 1º del Decreto Legislativo 130 de 1957, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 2ª de 1964, para celebrar anualmente, es decir, dentro de cada año, una o más rifas, dentro de las cuales puede sortear uno o más inmuebles, con o sin muebles, automóvil y enseres, previo cumplimiento de los requisitos que el artículo 1º y siguientes del Decreto 592 de 1976, exige sobre el particular.

Por la Secretaría de la Sala, comuníquese al señor Ministro de Salud.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Mario Latorre Rueda.*

Edné Cohen Daza, Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

RESERVAS BIOLOGICAS. — Nulidad del literal b) del Art. 1º del Decreto 625 de 1976. RESERVA ESPECIAL DE LA MACARENA MONUMENTO NACIONAL.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**).

Sesión del día 12 de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 2564. Actor: Alberto Donadio Copello

Se decide el juicio promovido por el señor Alberto Donadio para que se declare la nulidad del Decreto 625 del 1º de abril de 1976, por el cual el Gobierno Nacional declaró como "de reserva especial los yacimientos de uranio, torio y demás sustancias naturales cuya desintegración sea fuente de energía nuclear", ubicados en las zonas que ahí mismo se señalan.

El actor considera que la norma que impugna es violatoria, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

Artículos 1º y 2º de la Ley 52 de 1948 que declararon "reserva biológica" la Sierra de la Macarena y 1º del Decreto 2963 de 1965 que determinó sus linderos, porque el literal b) del artículo 1º del mencionado acto declaró "reserva especial para la exploración de minerales radiactivos", con violación de los indicados preceptos, la mayor parte de la "reserva biológica" de La Macarena.

Artículo 5º de la Ley 163 de 1959, que declaró monumento nacional la Sierra de La Macarena, por el mismo motivo.

Artículo 1º de la Ley 57 de 1963, que incorporó a la Universidad Nacional la reserva de La Macarena, porque "las actividades que allí se realicen deben estar autorizadas y reglamentadas por la Universidad Nacional".

Artículo 22 de la Ley 163 de 1959 porque el Ministerio de Minas y Energía no consultó al Consejo de Monumentos Nacionales la medida que adoptó, como prescribe la invocada disposición.

Artículo 76, Ordinal 1º, de la Constitución porque los preceptos legales invocados como violados sólo podían ser modificados o deroga-

dos por Ley, no por acto del Gobierno, el cual, por lo mismo se arrogó la competencia del Congreso.

El actor impugna todo el artículo 1º del Decreto 625 de 1976 por violación del artículo 185 del Decreto 2811 de 1974, porque "no han precedido —como dispone la norma invocada— los estudios ecológicos ni se han fijado las pertinentes normas sobre protección y conservación de suelos.

El concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal 1º conceptúa que hay sustracción de materia, porque el Decreto 625 de 1976 fue modificado por el Decreto 568 del año en curso, en el sentido de excluir de las zonas declaradas de reserva especial "la zona de reserva de La Macarena, demarcada por el Decreto 2963 de 1965".

Las consideraciones de la Sala

Tramitado normalmente el juicio, la Sala procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

1ª) **El Decreto impugnado.** El Decreto 625 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, declaró "de reserva especial los yacimientos de uranio, torio y demás sustancias naturales cuya desintegración sea fuente de energía nuclear" situados dentro de las zonas que señala, entre las cuales se cuenta la de la "Serranía de La Macarena U-2", comprendida entre los vértices que indica (Art. 1º); dispuso que el Instituto de Asuntos Nucleares realice "directamente o en la colaboración de otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, los estudios técnicos necesarios para lograr un mejor conocimiento de los yacimientos "objeto de la reserva" (Art. 2º); dejó a salvo los derechos constituidos, mientras subsisten, a los yacimientos originales en la propiedad privada del subsuelo o en actos administrativos (Art. 3º); dispuso que las solicitudes y propuestas para explorar y explotar los yacimientos, hechas antes de que entre en vigencia ese mismo decreto, "continuarán su trámite legal", pero sin que los interesados puedan "impedir o estorbar las labores especiales" que realicen el Instituto de Asuntos Nucleares (Art. 4º); que el ministerio de Minas y Energía puede modificar la reserva o sustraer de ella partes de las zonas (Art. 5º); que rige desde su expedición y deroga las normas contrarias, especial y expresamente el Decreto 137 de 1975 (Art. 6º) (D. O. Nº 34535, Pág. 220).

2ª) **El Decreto impugnado y el Decreto 568 de 1977.** Este decreto sustrajo de la reserva especial dispuesta por el artículo 1º del Decreto 625 de 1976 la reserva de La Macarena, en la forma "demarcada por el Decreto 2963 de 1965". Es decir, concretamente modificó al artículo 1º, letra b), del Decreto 625 de 1976, en el sentido de excluir de él la reserva de La Macarena; dejó vigente la reserva, especial en la parte restante de esa misma zona, equivalente, según la comunicación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi Nº 8944 del 8 de noviembre de 1976, al 11%.

Esto indica que el Decreto 568 del año en curso no subrogó el Decreto 625 de 1976, sino que sólo modificó, en la forma explicada, al artículo 1º, letra b), del mismo. Por consiguiente, aunque se acogiere el criterio que sustenta el señor Fiscal 1º, únicamente habría la que

llama sustracción de materia, sobre este punto, mas no en relación con las restantes disposiciones del artículo 1º del Decreto 625 de 1976, también impugnadas.

La Sala estima que la reforma o derogatoria del acto impugnado no se equipara con su declaratoria de nulidad y que no existe sustracción de materia que impida proferir sentencia de mérito.

3ª) **Los cargos contra el artículo 1º del Decreto 625 de 1976.** El artículo 1º, literal b), del Decreto 625 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, determinó, entre las zonas de la reserva que hizo —la cual, según el artículo 5º **ibídem**, puede ser modificada o extinguida por el Ministro de Minas y Energía—, la de la Serranía de La Macarena U-2, comprendida entre los vértices que indica. Esta reserva, según certificación del Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, está comprendida, salvo en un 11%, dentro de los linderos de La Macarena, señalados por el Decreto 2963 de 1965 (fl. 2).

La Ley 52 de 1948 declaró "reserva biológica" la Sierra de La Macarena, delimitada por el Decreto 2963 de 1965. El artículo 5º de la Ley 163 de 1959 la declaró monumento nacional, con las consecuencias jurídicas que le son inherentes; y el artículo 1º de la Ley 57 de 1963 incorporó la reserva de La Macarena a la Universidad Nacional.

En consecuencia, es claro que, como expresó el auto que dispuso su suspensión provisional, el artículo 1º, literal b), del Decreto 625 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, violó los invocados preceptos, en cuanto superpuso la reserva que establece a la "reserva biológica" específica de la sierra de La Macarena, conforme al indicado certificado del Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi: como la "reserva biológica" de La Macarena fue incorporada a la Universidad Nacional, corresponde a esta entidad tomar las medidas pertinentes para el cumplimiento de su finalidad. De manera que es preciso declarar la nulidad del artículo 1º, literal b), del Decreto 625, expedido por el Gobierno Nacional.

4ª) **El cargo por violación del artículo 185 del Decreto-Ley 2811 de 1974.** Este precepto dispone que "a las actividades mineras, de construcción, ejecución de obras de ingeniería, excavación u otras similares, precederán estudios ecológicos y se adelantarán según las normas sobre protección y conservación de suelos".

El demandante estima que todo el artículo 1º del Decreto 625 de 1976 es violatorio del precepto transcrito, porque constituyó la reserva sin que previamente se hubieren efectuado los estudios ecológicos que prescribe la norma invocada, lo que se comprueba con la respuesta que al Ministerio de Minas y Energía dio el exhorto Nº 021. Pero la Sala observa que el artículo 1º del Decreto 625 no ordena efectuar trabajos de exploración o de explotación, como lo hace el artículo 2º **ibídem**, sino que se limita a declarar "de reserva especial los yacimientos de uranio, torio y demás sustancias naturales cuya desintegración sea fuente de energía nuclear, ubicados en las zonas" que la norma determina, lo que hace innecesario confrontarlo, para examinar el cargo, con el artículo 185 del Decreto-Ley 2811 de 1974. Por consiguiente, no se verifica que el artículo 1º del Decreto 625 de 1976 sea violatorio del artículo 185 del Decreto-Ley 2811 de 1974.

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,

Resuelve:

1º) Declárese la nulidad del artículo 1º, literal b), del Decreto 625 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional.

2º) Deniégase en lo demás la petición de la demanda.

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

Los magistrados,

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Miguel Antonio Cárdenas V., Carlos Galindo Pinilla.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

SUBSIDIO FAMILIAR. — Se declara la nulidad del Decreto Reglamentario Nº 1219 de 1975, dicho subsidio debe ser cubierto a los empleados del campo por la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio del trabajador y no por la Caja de Compensación Familiar.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 3585. Actor: Aldemar Salazar Salazar.

ALDEMAR SALAZAR SALAZAR en su condición de ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción de nulidad, solicitó que previa la tramitación del juicio de esta naturaleza se declare la nulidad total del Decreto 1219 de junio 20 de 1975, expedido por el señor Presidente de la República.

Como antecedentes de la demanda expuso el actor los siguientes:

1º Que el Decreto Legislativo 2373 de 1974 dispuso en el artículo 1º que a partir del 1º de enero de 1975, los empleados cuyas actividades económicas sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la avicultura o la apicultura pagarán el subsidio familiar por intermedio de la oficina de la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio de los trabajadores.

2º Que el artículo 5º del citado decreto establecía que los trabajadores organizados podrían solicitar al Gobierno Nacional que las prestaciones a que el mismo se refiere fueran cubiertas por las cajas de compensación creadas con ese fin o por otras entidades de carácter patronal u obrero que cumplan satisfactoriamente la misma función.

3º Que demandado por inconstitucional el Decreto 2373 de 1974, la Corte Suprema de Justicia lo declaró constitucional con excepción del artículo 3º que lo declara inexequible en la parte que dice: "a los fondos que cante por concepto del subsidio familiar" y el artículo 5º, que fue igualmente declarado inexequible.

4º Que por Decreto 627 de 1975 se reglamentó el 2373 de 1974 sobre subsidio familiar para los trabajadores del campo.

Y como fundamentos de derecho se indican el Decreto 2373 de 1974 y el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. El actor expresa su concepto de la violación de tales normas.

Por auto del 5 de agosto de 1975 se admitió la demanda y en la misma providencia se decretó la suspensión provisional del decreto acusado, medida solicitada en la demanda.

Tramitado el juicio con las formalidades de ley y a pesar de haber sido comunicada al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, tanto la demanda como la suspensión provisional no se hizo presente. La señora Fiscal Cuarta de la Corporación en su concepto de fecha noviembre 24 de 1976 pide se acceda a las peticiones de la demanda. Consumada entonces la instancia sin que se observe causal que invalide la actuación, se procede a dictar el fallo correspondiente, para lo cual se formulan las siguientes,

Consideraciones

Sea lo primero anotar que como el honorable Consejero doctor Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga se declaró impedido para conocer el presente negocio, se le aceptó el impedimento, y se designó el respectivo Conjuez, ha correspondido al suscrito Consejero elaborar el presente proyecto.

Y como al decretarse la suspensión provisional se hizo un análisis completo de los planteamientos legales que contiene la demanda y la situación jurídica contemplada en esa oportunidad no ha sufrido variación, es suficiente lo entonces expresado para decidir en base a esas reflexiones el presente juicio. En efecto, dijo la Sala en la providencia del 5 de agosto de 1975 lo siguiente:

"El Decreto que se acusa es del siguiente tenor:

"Por el cual se reglamenta el pago del subsidio familiar a los trabajadores rurales.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y en consideración a lo dispuesto en la Ley 56 de 1973 y el Decreto Legislativo 2373 de 1974,

"Decreta:"

"Artículo primero. Cuando los trabajadores que deben recibir subsidio familiar se hallen establecidos en zonas rurales y, por su localización, puedan recibir servicios de alguna caja de compensación familiar, establecida de acuerdo con la Ley, mayores del simple pago en dinero, tales como asistencia médica familiar, suministros de artículos de consumo a precios inferiores a los comerciales y otros similares, el subsidio podrá ser pagado mediante dichas cajas, siempre que la afiliación a las mismas se haya hecho antes del 31 de octubre de 1974 o que, si fuere posterior, se conviniera previamente entre los empleadores y sus trabajadores.

"Artículo segundo. Para efectos del convenio contemplado en el artículo anterior, se tendrá en cuenta la voluntad de al menos la mayoría absoluta de los trabajadores, expresada directamente o por intermedio de los representantes que designen.

"Artículo tercero. El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición".

La acusación de la demanda se hace consistir en que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria, esto es que se violó el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional, así como el Decreto 2373 de 1974.

"Estudiados los antecedentes del pago del subsidio familiar a los trabajadores de las zonas rurales, se tiene:

"El artículo 15 de la Ley 56 de 1973 establece, en relación con el subsidio familiar, que los patrones lo pagarán por intermedio de una Caja de Compensación Familiar que opere en el Departamento, Intendencia, Comisaría, Distrito Especial de Bogotá o Municipio en donde se causen los salarios de los trabajadores. Exceptúa, sin embargo, a los empleadores cuyas actividades económicas sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la avicultura o la apicultura, quienes podrán pagar directamente el subsidio familiar a sus trabajadores.

"Posteriormente el Decreto 2373 de 1974, dictado en virtud de las facultades que al Presidente de la República confiere el artículo 122 de la Constitución Nacional dispuso que el subsidio familiar que debían pagar los patronos dedicados a las actividades que se acaban de mencionar, sería cubierto por intermedio de las oficinas de la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio de los trabajadores.

"Y el artículo 5º del mismo estatuto permitió que los trabajadores organizados (se refiere a los del campo) podían solicitar al Gobierno que el pago del subsidio fuera cubierto por las Cajas de Compensación Familiar creadas con este fin o por otras entidades de carácter patronal u obrero que cumplan a satisfacción la misma función. Pero esta disposición fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, al revisar la constitucionalidad del citado Decreto.

"De tal manera, pues que a primera vista, y sin entrar en complicados silogismos, el subsidio familiar de los empleados del campo, debe ser cubierto por intermedio de la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio del trabajador y no por una Caja de Compensación Familiar. Por ello el Decreto que se acusa viola en forma manifiesta y ostensible el artículo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional, por exceso en la facultad reglamentaria del Decreto que se dice reglamentar, esto es el 2373 de 1974".

Y en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

DECLARESE LA NULIDAD del Decreto Reglamentario número 1219 expedido por el señor Presidente de la República el 20 de junio de 1975.

Cópiese, notifíquese.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en sesión del día 29 de julio de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Didacio Alvarez, Conjuez; *Nemesio Camacho Rodriguez, Alvaro Orejuela Gómez.*

Alvaro Soto Angel, Secretario.

LICENCIAS DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS. — Nulidad de la expresión "a juicio de la comisión revisora y" contenida en el literal c) del artículo 76 del Decreto 281 de febrero de 1975.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente 2624

En acción pública, el ciudadano Hugo Palacios Mejía, solicita la anulación del aparte del literal c) del artículo 76 del Decreto 281 de 1975 que dice: "... a juicio de la comisión revisora y", pues considera que tal expresión se opone a los artículos 4º de la Ley 116 de 1937, 5º del Decreto 1032 de 1943, 5º de la Ley 32 de 1948, y 120-3 de la Constitución Nacional.

Los hechos en las cuales fundamenta su acción, son en síntesis, éstos:

El Consejo de Estado ha estimado que decretos como el parcialmente demandado, son reglamentarios y por ello compete a esa entidad el conocimiento de las acusaciones contra ellos presentadas. El decreto cuestionado en su artículo 76, trata de sanciones y dice que habrá lugar a la cancelación del registro de los productos farmacéuticos cuando la técnica y los avances científicos comprueben que el producto carece de propiedades o efectos que se le atribuyeron al tiempo de expedir la licencia o que es peligroso para la salud, todo ello, "a juicio de la comisión revisora", expresión esta que es la demandada.

Extensamente expone el demandante las razones que lo inducen a creer que el acto que acusa está en oposición a las normas superiores invocadas como infringidas, y su exposición lo conduio a solicitar, en el mismo libelo de demanda, la suspensión provisional del aparte enjuiciado. Mas esta medida preventiva no fue decretada por el sustanciador en el momento procesal oportuno, y esa negativa mereció la confirmación de la Sala de Decisión cuando desató el recurso de súplica interpuesto contra la decisión inicialmente tomada.

El señor Fiscal colaborador encuentra, en su vista de fondo, que la expresión motivo de la demanda va más allá de la Ley, y por lo

mismo desbordó la potestad reglamentaria y con ello quebrantó el numeral 3º de la Constitución Nacional, razón suficiente para proceder a anularla.

El artículo 4º de la Ley 116 de 1937, al hablar sobre las licencias de productos farmacéuticos dispuso que éstas podrían ser revisadas o suspendidas cuando el producto no corresponda a la fórmula autorizada, o cuando se demostrare que determinado elemento de los que componen el producto sea de mala calidad, o es perjudicial para la salud, previa prueba del hecho motivo de cancelación. Así mismo el Decreto 1032 de 1943, en su artículo 5º, previó causales de cancelación, fundadas en hechos, que necesariamente requieren probanzas, para la prosperidad del motivo de cancelación de la licencia expedida. Y la Ley 32 de 1948, dispuso en su artículo 5º que "...tales licencias serán canceladas cuando incurrieren en alguna de las causales previstas por la Ley 116 de 1937 y el Decreto 1032 de 1943", lo que vale decir, que para la cancelación de una licencia farmacéutica, será preciso demostrar plenamente la existencia de alguna de las causales a que se ha hecho mención.

Por su parte el acto acusado al dejar "a juicio de la comisión revisora" el establecer si la técnica y los avances científicos han dejado carente de efectos o de propiedades atribuidas a los productos farmacéuticos en el momento de la expedición de la licencia, o son peligrosos para la salud, ha quitado la oportunidad de controvertir la prueba a los interesados en demostrar lo contrario a aquello que aprecie la comisión revisora de los mismos productos. El juicio de la comisión revisora es apenas un medio de prueba que el acto acusado no permite controvertir. Y si a ese medio probatorio consistente en el dictamen de la comisión revisora se le da el carácter, que desde luego no puede tener, de prueba única, se están dando a esa comisión más facultades de las que le otorgó a ella el Legislador. Interpretando así la norma acusada, es claro que ella restringe la amplitud de una posible controversia entre la administración, representada por la junta, y los gobernados, que en cualquier momento desearen ejercitar esos derechos, restricción que al mismo tiempo que mengua derechos de defensa, extralimita la facultad reglamentaria que debe sujetarse, ante todo, a la norma que dice estar reglamentando. Por estas razones encuentra la Sala que la expresión demandada, quebranta el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, porque da a la comisión revisora, a son de reglamento, facultades que ninguna de las leyes ha otorgado a esa comisión. Con este precepto, se quebranta el orden jurídico, pues, se va más allá de la verdadera potestad reglamentaria otorgada por la Constitución Nacional al Presidente de la República, y a la vez limita el derecho de contraprobar a cualquier gobernado que tenga interés en la cancelación o no cancelación de la licencia, hoy denominada registro, de un producto farmacéutico.

Por estas breves, pero claras razones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

Es NULO la expresión "a juicio de la comisión revisora y" contenida en el literal c) del artículo 76 del Decreto 281 de 21 de febrero de

1975, "por el cual se reglamenta el registro de medicamentos, productos alimenticios, cosméticos, materiales de curación, plaguicidas de uso doméstico, detergentes y otros productos que inciden en la salud".

En consecuencia, el literal c) del artículo 76 del mencionado Decreto 281, quedará así:

"c) Cuando de acuerdo con el estado de la técnica y los avances científicos, se considere que el producto carece de los efectos o propiedades que se le atribuían a tiempo de su expedición o que es peligroso para la salud;"

En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando constancia que ella se aprobó en sesión del 16 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

IMPUESTOS. — Gravamen sobre la corrección monetaria que se cauce en la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). Se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976 y de la Circular Nº 007 de marzo 1º de 1976, en cuanto imparte instrucciones sobre la aplicación de la norma anterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., septiembre ventinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández**).

Referencia: Expedientes Nos. 3711 y 3798 - Acumulados. Demandantes: Armando Parra Escobar y Jaime Vidal Perdomo. Autoridades Nacionales. — Nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 331 de febrero 24 de 1976. — Fallo.

Para decidir los juicios acumulados números 3711 y 3798, instaurados por los doctores Armando Parra Escobar y Jaime Vidal Perdomo, respectivamente, en ejercicio de la acción pública que establece el artículo 66 del C. C. A., y tendientes a que se declare la nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 331 de febrero 24 de 1976, el Consejo de Estado acoge el concepto de su colaborador Fiscal, doctor Jorge Dangond Flórez, emitido en el segundo de los juicios citados, en el cual se formula un acertado análisis del problema planteado. Dice el señor Fiscal:

"1. El doctor Jaime Vidal Perdomo, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y en demanda que reúne las exigencias legales, ha pedido que el Consejo de Estado, previo el trámite respectivo, declare la nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976 y de la Circular Nº 007 de marzo 1º de 1976 firmada por el Director y el Subdirector General de Impuestos Nacionales, por violación de las normas superiores contenidas en el Decreto 2053 de 1974, artículos 15, 17 y 44; en el Decreto 2247, artículo 58, y en la Constitución Nacional, artículo 120, ordinal 3º

"2. Los actos acusados disponen:

"Decreto Reglamentario 331 de 1976

"'**Artículo 5º**. Para los efectos del artículo 58 del Decreto 2247 de 1974, entiéndese que la corrección monetaria no gravada corresponde a un ingreso no constitutivo de renta.

"'**Circular Nº 007 de marzo 1º de 1976**

"'Los artículos 17 y 44 del Decreto 2053 de 1974 establecen que la renta líquida se obtiene restando de los ingresos constitutivos de renta (a ellos se refiere el artículo 17 cuando dice 'ingresos... que no hayan sido exceptuados expresamente en este decreto') los costos imputables a los mismos y las deducciones que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta.

"'Es claro, por lo tanto, que una erogación que solo es imputable a ingresos no constitutivos de renta no es aceptable, para efectos tributarios, ni como costo ni como deducción.

"'En consecuencia, ya que el artículo 5º del Decreto 331 de 1976 precisó que el primer 8% de la corrección monetaria recibida no es ingresos constitutivo de renta, se deduce que aquellos contribuyentes que reciben y pagan corrección monetaria como son las Corporaciones de Ahorro y Vivienda no pueden solicitar, ni como costo ni como deducción el primer 8% de la corrección monetaria que pagan a sus depositantes, toda vez que ella es imputable con clara relación de causalidad con el primer 8% de la corrección monetaria recibida y solo con ella.

"'En las liquidaciones de revisión por los años gravables 73, 74 y siguientes se procederá de acuerdo con lo estipulado en esta circular'.

"3. Los estatutos superiores, violados según el demandante, ordenan:

"**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 17.** La renta bruta está constituida por la suma de los ingresos netos realizados en el año o período gravable que no hayan sido exceptuados expresamente en este Decreto. Cuando la realización de tales ingresos implique la existencia de costos, la renta bruta está constituida por la suma de dichos ingresos menos los costos imputables a los mismos'.

"'**Artículo 44.** La renta líquida está constituida por la renta bruta determinada de acuerdo con el capítulo anterior, menos las deduccio-

nes que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta, las cuales se señalan en este capítulo'.

"Decreto 2247 de 1974

"'**Artículo 58.** La Corrección monetaria que se cause con posterioridad al 31 de diciembre de 1974 en las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), estará gravada únicamente en la parte que exceda de un ocho por ciento (8%) anual. Este porcentaje se reducirá proporcionalmente, si dichas unidades sólo hubieren estado una fracción de año en el patrimonio del contribuyente.

"'La corrección monetaria que se cause hasta el 31 de diciembre de 1974 no está gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales. Cuando se trate de depósitos a término estipulado en dichas unidades antes del 30 de septiembre de 1974, la corrección monetaria que se cause durante los seis meses siguientes a su constitución tampoco estará gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales'.

"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...'.

"4. Y la infracción de esas normas, por parte de las disposiciones censuradas, la sustenta el demandante, en síntesis, así:

"a) Todo ingreso es constitutivo de renta bruta, salvo los que hayan sido exceptuados expresamente por la Ley. La corrección monetaria de Upac, no está expresamente excluida de la renta bruta por ninguna disposición de tipo legal y, por tanto, al hacerlo el artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976, violó los artículos 15 y 17 del Decreto 2053 de 1974.

"b) La corrección monetaria es renta por cuanto es gravada; la ley concede una exención a los primeros ocho puntos de la misma, pero la disposición acusada 'trata esos primeros ocho puntos no en términos de renta gravable que goza de una exención sino como un ingreso no constitutivo de renta', reviviendo, de paso, lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 677 de 1972, que había sido derogado expresamente por el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974.

"c) La doctrina y la jurisprudencia tienen entendido, conforme al alcance normal de la potestad reglamentaria que ella no puede emplearse para dictar normas que deben provenir del legislador ordinario que es el Congreso o del extraordinario, que es el Gobierno investido de facultades extraordinarias por la ley (Arts. 76, 12) o por la propia Constitución (Arts. 121 y 122).

"d) De la renta bruta deben restarse las deducciones que tengan relación con las actividades productoras de renta. Dentro de las personas que desarrollan actividades vinculadas a la corrección monetaria se encuentran las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, cuyos ingresos provienen justamente del cobro de esa corrección monetaria y de

intereses a los beneficiarios de los créditos. Es evidente, entonces, que para ellas, por ejemplo, el pago de la corrección monetaria que están obligadas a hacer a quienes depositan dineros en sus cuentas, tiene una relación de causalidad con su actividad productora de renta.

"II. El doctor Víctor Manuel Estupiñán, en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ha opuesto a que se declare la nulidad de los actos demandados con los siguientes argumentos:

"La disposición del artículo 58 del Decreto 2247 de 1974 se dictó 'con el fin de proteger la desvalorización monetaria del capital, calculada por el Gobierno Nacional en un 8% anual del valor representado en Unidades de Poder Adquisitivo Constante. Si el Gobierno Nacional ha querido al dictar la norma proteger la desvalorización del capital, es decir, que los contribuyentes que efectuaran la inversión pudieran mantener el poder adquisitivo de la moneda sin sufrir pérdida no significa ello, que se está dando un ingreso constitutivo de enriquecimiento, solo se mantiene en firme el valor de la moneda. En conclusión, el 8% constituye solamente el reconocimiento del valor de la desvalorización monetaria, mas no un ingreso que enriquezca a las personas que sea considerado como renta. Si la desvalorización monetaria tiene por objeto proteger el capital, representado en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC), no se puede considerar que el capital además de haber tenido una protección a la pérdida de su valor, produjo ingresos constitutivos de renta... se ha dicho que el 8% correspondiente a la corrección monetaria exenta y que protege la desvalorización monetaria, no corresponde a un ingreso constitutivo de enriquecimiento, entonces no hay lugar a proponer gastos o deducciones sobre tales valores'.

"III. La Fiscalía considera:

"1. El Decreto 677 de 1972 implantó el sistema del valor constante en determinados sectores del ahorro, es decir: estableció que las sumas de dineros depositadas contractualmente por los ahorradores en los establecimientos dedicados a la respectiva actividad financiera les daría derecho no sólo a exigir el reembolso de la misma y los intereses sino también una cantidad adicional y proporcional a la pérdida de capacidad adquisitiva.

"Para efectos de conservar el valor constante de los ahorros y los préstamos —dispuso el legislador extraordinario en el artículo 3º— 'unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado'. Y ordenó en el artículo 20: 'para los efectos previstos en el artículo 29 del Decreto 437 de 1961, no constituye enriquecimiento para el acreedor el mayor valor proveniente del reajuste señalado en el artículo 3º de este Decreto'.

"La disposición a la cual se remitió la norma antes copiada decía: 'Constituyen enriquecimiento los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos por el contribuyente, aún, cuando el fin del año o período gravable no hayan sido capitalizados o no determinen un aumento patrimonial, siempre que no constituyan reembolso de capital o indemnizaciones por daños emergentes'.

"El mismo Decreto 677 de 1972 ordenó en el artículo 21 que las exenciones establecidas en el artículo 29 del Decreto 2349 de 1965 y normas concordantes, esto es, los primeros $ 150.000.00 de los saldos mínimos anuales de los depósitos de 'ahorro puro' y de 'ahorro contractual' y los intereses, no serían 'aplicables a los depósitos de ahorro constituidos en las corporaciones privadas de ahorro y en las asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo, ni a los intereses pagados por éstas sobre tales depósitos'.

"Posteriormente, el Decreto 120 de 1974 ratificó en el artículo 1º: 'Para los efectos previstos en el artículo 29 del Decreto 437 de 1961 no constituye enriquecimiento para el acreedor el mayor valor proveniente del reajuste señalado en el artículo 3º del Decreto 677 de 1972'. Y adicionó: 'Para los deudores el mayor valor pagado por concepto del reajuste de que trata el inciso anterior, será deducible de la renta bruta, aunque no tenga relación de causalidad con la misma, si en la declaración de renta y patrimonio se cumplen los siguientes requisitos: a) Razón social y Nit de la entidad a quien se efectúe el pago; b) Certificación expedida por la citada entidad en donde conste, el valor de la deuda, el valor del reajuste y la suma pagada durante el año por concepto de reajuste. Parágrafo. Para los fines del presente artículo, el valor del reajuste de que trata el artículo 3º del Decreto 677 de 1972, en ningún caso se podrá llevar a costos' (Decreto 34036).

"Los Decretos 677 de 1972 —artículos 20 y 21 y otros—, y 120 de 1974 —artículos 1º, 2º y 3º—, fueron demandados ante el Consejo de Estado por varios ciudadanos en ejercicio de la acción pública consagrada en el Código Contencioso Administrativo, bajo el común criterio de que el ejecutivo no podía, con invocación del artículo 120-14, dictar normas de carácter tributario como las contenidas en los actos acusados. Los procesos, distinguidos con los números 2150, 2153 y 2155 se acumularon y el fallo correspondiente se dictó el 4 de febrero de 1976 en el sentido que más adelante se comentará.

"2. El Gobierno instaurado el 7 de agosto de 1974 expidió el Decreto 1728 de este mismo año en ejercicio de las facultades consagradas en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución y en él dispuso, entre otras modalidades, que la corrección monetaria no podría exceder del 20% anual (Decreto 34163).

"Como es bien sabido, por medio del Decreto 1970 de 17 de septiembre de 1974 se declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional, y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República dictó el Decreto Legislativo 2053 de 1974, reorgánico del impuesto sobre la renta y complementarios.

"Ese estatuto extraordinario cambió fundamentalmente el régimen tributario y en cuanto al tratamiento fiscal relacionado con el sistema de unidades de poder adquisitivo dispuso en Título IV:

"'**Artículo 102.** Se consideran ganancias ocasionales, no sometidas al régimen impositivo del Título III sino al del presente título, las siguientes: ...2. Las que resulten para el ahorrador en virtud de la corrección monetaria en las unidades de poder adquisitivo constante (Upac).

"'El gravamen por este concepto comprenderá tanto las ganancias liquidadas en el último día del año o período gravable como las liquidadas a tiempo de cada retiro, hecho con anterioridad a ese día.

"'Se exceptúan tanto las ganancias obtenidas en virtud de depósitos a término, estipuladas en dichas unidades con anterioridad a la vigencia del presente decreto, como las liquidadas el 31 de diciembre de 1974'.

"En el título V, referente al patrimonio, estableció que para efectos del impuesto 'el valor de los depósitos en cajas de ahorro es el saldo en el último día del año o período gravable, incluida la corrección monetaria, cuando fuere el caso, más el valor de los intereses causados y no cobrados' (Art. 113).

"Y, por disposición expresa del artículo 143, derogó el artículo 20 del Decreto 677 de 1972.

"Después de la expedición de esas medidas, el Presidente López Michelsen, con fecha 16 de octubre de 1974, dirigió una nota a los doctores Mario Laserna, Darío López Ochoa y Justo Pastor Castellanos, pidiéndoles que elaboraran 'un informe que sirviera de guía a la opinión pública y, al mismo tiempo, al Gobierno Nacional para suministrar un elemento de juicio adicional dentro del informe que debe rendir al Congreso sobre el estado económico de la Nación a la luz del artículo 122 de la Constitución' y que expusieran su concepto sobre las tres alternativas que veía posibles para las unidades de valor constante:

"'a) Mantenerlas como estaban hasta el 7 de agosto, dejando que el Consejo de Estado resuelva la cuestión legal acerca de la exención tributaria;

"'b) Consagrar la exención tributaria sin tope ninguno, para la corrección monetaria por medio de reformas que el Congreso puede introducir a los decretos de emergencia, y

"'c) Mantener el tope del 20%, para la corrección monetaria, dejando gravables los intereses, tanto de los certificados de depósito a término como de los depósitos a la vista, o sea, gravando como renta ordinaria los intereses, como renta ocasional un 12% de la corrección monetaria y, libre de impuestos, un 8%'. (El Gobierno del Mandato Claro Tomo I — Bogotá, Imprenta Nacional, 1975, págs. 113-115).

"Posteriormente expidió el Decreto Legislativo 2247 de 1974 con la siguiente disposición:

"'**Artículo 58.** La corrección monetaria que se cause con posterioridad al 31 de diciembre de 1974 en las unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), estará gravada únicamente en la parte que exceda de un ocho por ciento (8%) anual. Este porcentaje se deducirá proporcionalmente si dichas unidades sólo hubieren estado una fracción de año en el patrimonio del contribuyente.

"'La corrección monetaria que se cause hasta el 31 de diciembre de 1974 no está gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales. Cuando se trate de depósitos a término estipulado en dichas unidades antes del 30 de septiembre de 1974, la corrección monetaria

que se cause durante los seis meses siguientes a su constitución tampoco estará gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales'.

"Y el 10 de noviembre de 1974, en el informe al Congreso Nacional, expresó el Presidente:

"No se hizo mención, como una amenaza para el orden público-económico, de la situación **sui géneris** por la que atravesaban las llamadas unidades de valor o poder adquisitivo constante (Upac). Este sistema de ahorro, acerca del cual se acompaña un estudio, elaborado por tres distinguidos profesionales, había llegado a acumular una suma cercana a los 9.000 millones de pesos, estaba sujeto a una espada de Damocles en razón de una serie de demandas presentadas ante el Consejo de Estado en contra de su constitucionalidad. Tan alta corporación aún no ha fallado el respectivo pleito, ni el Gobierno tenía o tiene por qué presumir en qué sentido se iba o se va a pronunciar. Es un hecho, sin embargo, que los rumores, que circulaban periódicamente sobre la posibilidad de que la exención tributaria a la corrección monetaria, ordenada por decreto ejecutivo, no tuviera fundamento legal, producían movimientos de pánico entre los inversionistas que golpeaban a la puerta de las corporaciones en demanda de sus dineros. Fue así como, cuando se declaró inconstitucional el decreto por medio del cual se creaban los fondos regionales de capitalización social, cobró fuerza la opinión de que la misma razón podía asistir al Consejo para declarar inconstitucionales las corporaciones de ahorro y vivienda La cuestión central debatida podía resumirse preguntando si, en uso de las facultades ordinarias del artículo 120, ordinal 14, que se refiere al ahorro, puede derivarse para el ejecutivo, sin el concurso del Congreso, la facultad de crear mecanismos que produzcan exenciones tributarias. Comoquiera que no le corresponde al Gobierno avanzar una opinión al respecto, éste se abstuvo de mencionar entre los considerandos del Decreto 1970 de 1974 lo que era apenas una amenaza, hoy disipada por los decretos de emergencia, declarados exequibles por la Corte Suprema de Justicia, que le dan un fundamento legal invulnerable a las exenciones y ventajas a las unidades de valor constante. Pero qué hubiera sucedido ante una sentencia del Consejo de Estado desconociendo la exención y gravando como renta ordinaria la corrección monetaria? No se hubiera producido acaso un pánico financiero de incalculables proporciones en que el Banco de la República se hubiera visto obligado a emitir 5, 6, 7 y 8 millones de pesos para respaldar las corporaciones? Difícil es apreciar los sucesos que no ocurren, colocándolos frente a aquéllos que se presentan. El no haber tenido que afrontar una tormenta financiera de tanta magnitud no nos permitirá jamás saber con exactitud cuál hubiera sido la suerte de constructores e inversionistas en una coyuntura semejante. Lo cierto es que no ocurrió y que no ocurrirá". (Legislación del estado de emergencia económica Bogotá, Imprenta Nacional, 1976, págs. 500-501).

"3. El Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, en providencia de 4 de febrero de 1976, se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre los cargos formulados en las tres demandas acumuladas, relacionadas con los artículos 20 del Decreto 677 de 1972, 1º y 2º del Decreto 120 de 1974, por sustracción de materia, puesto que 'no tienen vigencia actual'.

"4. Lo anterior muestra, claramente, que se operó un cambio importante en el tratamiento tributario respecto de las unidades de valor constante después del 7 de agosto de 1974 y, especialmente, durante el estado de emergencia económica, con la expedición de los Decretos 2053 y 2247 de ese año y que la Corte Suprema de Justicia declaró exequibles en cuanto a las normas a que antes se ha hecho referencia, en sentencias de 31 de octubre y 19 de noviembre de 1974, respectivamente.

"Es clarísimo que la legislación anterior consideró, de manera expresa, que el mayor valor proveniente del reajuste monetario no constituía enriquecimiento para el acreedor, en tanto que la actual lo trata como utilidad ocasional gravable, pero únicamente en la parte que exceda de un 8% anual con posterioridad al 31 de diciembre de 1974.

"Cree la Fiscalía que el reglamento de las normas superiores en esta materia no podía disponer, como dispuso el artículo 5º del Decreto 331 de 1976, que 'la corrección monetaria no gravada corresponde a un ingreso no constitutivo de renta', y estima, por ello, que tal ordenamiento rebasó la facultad reglamentaria".

Las transcritas razones aplicadas a la circular acusada, determinan que ésta sea igualmente nula en cuanto se apoya y aplica el artículo 5º del Decreto 331 de 1976.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

1º Es nulo el artículo 5º del Decreto 331 de 1976.

2º Es nula la Circular número 007 de marzo 1º de 1976, en cuanto imparte instrucciones sobre la aplicación de la disposición que se anula.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

HOMEOPATAS. — Nulidad del Art. 5º del Decreto Reglamentario Nº 605 de 1963 sobre procedimientos o medicamentos de la medicina ALOPATICA utilizados por los Homeópatas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diez de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**).

Sesión del día 7 de octubre de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 2653. Actor: Luis Francisco Galvis Jaimes.

Se decide el juicio promovido por el doctor Luis Francisco Galvis Jaimes para que se declare la nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 605, expedido por el Gobierno Nacional el 21 de marzo de 1963.

El demandante estima que la norma mencionada es violatoria de los artículos 39 y 120, ordinal 3º, de la Constitución, de ésta porque extralimitó los artículos 2º, parágrafo 2º, y 13 de la Ley 14 de 1962, que dice reglamentar, y aquél porque el Gobierno, por este motivo, se arrogó la atribución que otorga al Congreso de "reglamentar el ejercicio de las profesiones".

El señor Fiscal 1º estima que, como afirma el demandante, el artículo 5º del Decreto 605 de 1963 al disponer que los homeópatas deberán "limitarse rigurosamente a los procedimientos homeopáticos" y que si utilizaren procedimientos alopáticos incurrirán en violación del artículo 13 de la Ley 14 de 1962, extralimitó los artículos 2º, parágrafo 2º, y 13 de esta Ley y que, por lo mismo, se debe declarar su nulidad.

Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, se procede a resolver mediante las siguientes consideraciones:

El artículo 5º del Decreto Reglamentario 605 de 1963 prescribe que "los homeópatas de que trata el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley (se refiere a la Ley 14 de 1962), deberán en su ejercicio limitarse rigurosamente a los procedimientos homeopáticos" y que "en caso de utilizar procedimientos o prescribir medicamentos de la medicina alo-

pática, incurrirán en violación de la Ley en los términos de su artículo 13".

El artículo 2º, parágrafo 2º, de la Ley 14 de 1962 disponen que "los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso...". De manera que, según este precepto legal, las condiciones en que los homeópatas deben ejercer la medicina son las señaladas en los correspondientes títulos, licencias o permisos, sin que establezca la prohibición general, prescrita por el artículo 5º del Decreto 605 de 1963, de utilizar procedimientos o medicamentos de la medicina alopática. De este modo es evidente que, a este respecto, la norma impugnada excedió la potestad reglamentaria y violó, de contera, los artículos 39 y 120, ordinal 3º, de la Constitución, invocados como infringidos. En consecuencia se debe declarar su nulidad.

Del mismo modo, el artículo 13 de la Ley 14 de 1962 dispone, por cláusula general, que "ejercen ilegalmente la medicina y cirugía las personas que sin haber llenado los requisitos de la presente Ley, practiquen cualquier acto reservado al ejercicio de tal profesión" y, por enumeración legislativa, los que traten las enfermedades por medio "de las llamadas ciencias ocultas"; quien "con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones o por cualquier otro medio semejante abuse de la credibilidad ajena", salvo la interpretación de los sueños que hagan los psicólogos diplomados; los médicos y cirujanos o quienes están autorizados para ejercer la medicina "que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos" y quienes, como trabajadores "en ramos afines o auxiliares de la medicina", la ejerzan "extralimitando el campo de sus actividades".

La segunda parte del artículo 5º del Decreto Reglamentario 605 de 1963, que es directa consecuencia de la primera, prescribe que si los homeópatas utilizaren procedimientos o medicamentos de la medicina alopática, "incurrirán en violación de la Ley en los términos de su artículo 13". Nada dispone la Ley 14 de 1962 en relación con este aspecto y, por lo mismo, el precepto impugnado la excedió y violó indirectamente los artículos 39 y 120, ordinal 3º, de la Constitución, invocados como infringidos. De manera que es preciso declarar su nulidad.

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 5º del Decreto Reglamentario Nº 605 de 1963.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese por medio de copia auténtica y archívese, previa ejecutoria.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

MILITARES. — Condiciones y tramitación del retiro forzoso de oficiales de las Fuerzas Armadas. Ascensos y criterios para tal evento.

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

(Consejero ponente: **Doctor Nemesio Camacho R.**)

Referencia: Radicación Nº 3945 — Decretos del Gobierno. Actor: Oscar Julio Ulloa Sotomonte.

Por apelación interpuesta por el apoderado de OSCAR JULIO ULLOA SOTOMONTE, ha llegado al Consejo la sentencia de 18 de julio de 1975, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las siguientes súplicas de la demanda, que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción había sido oportunamente presentada:

"1º Que son nulos el artículo 3º del Decreto 0865 del 19 de mayo de 1971 del Gobierno, **en cuanto no dispuso el retiro del Tte. Coronel Oscar Julio Ulloa Sotomonte** con el grado de Coronel, y en los efectos de dicho grado, durante el término de calificación de servicios; el acta de fecha 6 de mayo de 1971 de la H. Junta Asesora del Ministerio de Defensa **en cuanto no clasificó el actor para ascenso a Coronel**, y aprobó su retiro del servicio activo en el grado de Teniente Coronel; y el oficio número 20624 del 11 de mayo de 1971 en que se le comunica oficialmente tal determinación de dicha junta, siendo inaplicables al caso, los artículos 100 del Decreto 328 de 1966, literal f) y literal b) del artículo 38 del Decreto número 073 de 1970, por ser inconstitucionales según el artículo 215 de la Constitución Nacional, y en relación a los artículos 22, 24, 35, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 94 y 95 del Decreto Ley 3071 de 1968.

"2º Que como consecuencia se declara restablecido al actor en su derecho, y en efecto así se dispone, que el retiro de la actividad militar de las FF. MM. del señor Tte. Coronel Oscar Julio Ulloa Sotomonte se causa, previa alta por el término de calificación de servicios a partir del 16 de mayo de 1971, en el grado de Coronel del Ejército, para todos los efectos legales".

Los hechos en que se fundó el libelo pueden resumirse así:

El señor Teniente Coronel del Ejército, Oscar Julio Ulloa Sotomonte, fue retirado del servicio activo mediante Decreto 865 de 1971, Acta de 6 de mayo de 1971 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, comunicada el 11 de mayo del mismo año. Prestó servicios por más de veinte (20) años en el Ejército, y su retiro se produjo por voluntad del Gobierno, no clasificado para ascenso por la Junta Asesora y previa aprobación de ésta para su retiro, a pesar de reunir las condiciones legales para ser ascendido a Coronel y con felicitaciones de sus superiores que obran en la hoja de vida. Esta última felicitación consigna: "Al cerrarse actividades del presente año, el suscrito, en su condición de Jefe Encargado, del Departamento 3, EMC, hace llegar al señor Teniente Coronel Oscar Ulloa una felicitación personal, por su sobresaliente desempeño como oficial de Planes y Operaciones en la Sección 1ª del Departamento. En todos los trabajos realizados en este año que termina, el Teniente Coronel Ulloa partició (sic) en forma brillante, con dedicación, con menosprecio de su salud y su bienestar, siempre con el propósito ejemplar de cumplir cabalmente con su deber. La calidad profesional del Teniente Coronel Ulloa, constituyó para el suscrito el mejor apoyo y una constante y valiosa ayuda en cuanto pudo lograrse. La presente felicitación debe incorporarse al folio de vida del señor Teniente Coronel Ulloa Sotomonte (fda.) Capitán de Navío Manuel G. Torres Guzmán, Jefe Departamento 3 EMC encargado...". En el lapso de antigüedad en el grado de Teniente Coronel, sus calificaciones durante los años de 1967 a 1970 fueron superiores a cuatro con cuarenta y tres (4.43), la mejor de ellas de cuatro con sesenta y cuatro (4.64) y su clasificación de 1967 a 1969, fue de lista número 2 y, según el señor apoderado para 1970, correspondía lista número 1. — Obtuvo numerosas condecoraciones, de donde concluye el señor mandatario judicial que el actor, a la fecha de su retiro, previa calificación de servicios por tres meses subsiguientes, tenía satisfechos los requisitos legales para ser ascendido al grado de Coronel.

Como disposiciones violadas fueron citadas las siguientes:

"Como disposiciones violadas señala los artículos 17 y 169 de la Constitución Nacional: artículos 22, 35, 37, 45, 24 del Decreto-Ley 3071 de 1968, 46 **ibídem**; artículos 94, 95 y 38 del Decreto 073 de 1970; literal c) del artículo 100 del Decreto 328 de 1966. Se expone el concepto de la violación de estas normas".

La Fiscalía 2ª del Tribunal conceptuó que debía accederse a las súplicas de la demanda.

La sentencia del Tribunal:

Como se dijo atrás, el Tribunal denegó las súplicas del libelo considerando que a pesar de tratarse en los casos de ascenso de situaciones que exigen unos requisitos, términos y procedimientos especiales, es decir, dice el Tribunal "en general de situaciones más o menos legales y reglamentarias, dadas las circunstancias mismas del servicio y su naturaleza, de la interpretación contextual o de conjunto, de ellas mismas emerge cierto grado de discrecionalidad o subjetividad en quienes en últimas deciden sobre estos ascensos".

Dice la sentencia recurrida que, así tuviese el demandante o no los requisitos exigidos por las normas legales para el ascenso en el

caso de autos, ello no sería definitivo ante las circunstancias planteadas, ya que frente al artículo 33 del Decreto 3071 de 1968, vigente en la época del retiro, no sería posible tal ascenso por la expresa prohibición legal y por cuanto, además, en la demanda no se ha pedido el reintegro, puesto que se trató de un retiro "por voluntad del Gobierno" y porque para la fecha del retiro no se había completado el tiempo de ejercicio en el grado de Teniente Coronel.

Transcribe el Tribunal el artículo 33 del Decreto mencionado que establece:

> "Los ascensos se confieren a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares **en actividad** que satisfagan los requisitos legales, dentro del orden jerárquico de la respectiva Fuerza y de acuerdo con las vacantes existentes para cada una de las clasificaciones de que trata el artículo 9º del presente Decreto y **solo se otorgan** para continuar en servicio activo" (El subrayado es del Tribunal).

El **a quo** hace un análisis de la norma citada y se refiere en particular a la necesidad de que existan vacantes para el correspondiente grado y a que, como es, obvio, cuando haya varios candidatos se opte por los mejores teniendo en cuenta sus calidades y las conveniencias del servicio.

Ante el Consejo, el señor apoderado no sustentó el recurso y tramitada la instancia el 28 de enero de 1976, se dio traslado a la Agencia del Ministerio Público, para que emitiera concepto, el cual fue rendido el 17 de agosto de 1977 en el sentido de que se debía confirmar la sentencia recurrida, previas algunas críticas a los argumentos de esa Corporación.

Para decidir se considera:

El Ministerio Público afirma, con razón, que no es válido el criterio del Tribunal cuando dice que en los casos de ascenso además de reunirse los requisitos contemplados en la Ley, la Administración goza de un relativo criterio de discrecionalidad y subjetivo. El mismo Ministerio de Defensa Nacional da argumentos en contra de la afirmación del Tribunal como los que se encuentran en el Acta número 005 de 6 de mayo de 1971 (folio 32) de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, integrada por el Ministerio y por los demás altos jefes de las Fuerzas Armadas.

En ella se encuentran en relación con el señor Teniente Coronel Ulloa Sotomonte Oscar Julio, que su caso se estudió detenidamente; que ya había sido tratado en dos juntas de Generales del Ejército, cuyos resultados le fueron comunicados pero que el Ministro quiso que se volviera a considerar "para demostrar una vez más la amplitud con que la Junta de Generales viene tratando todos los casos relacionados con ascenso y retiro de Oficiales Superiores. No debe quedar la menor duda de que la Honorable Junta Asesora, presidida por quien tiene la responsabilidad y la representación del Gobierno como Ministro, procede con la más amplia justicia, al analizar todos y cada uno de los factores positivos y negativos que se aducen en cada caso.

Lo anterior, es prueba de que no se usa la discrecionalidad, ni los criterios exclusivamente subjetivos para juzgar sobre el ascenso de un Oficial de las Fuerzas Armadas.

El propio Ministro afirma que la administración de personal es crítica, y cita un caso en que determinado oficial tiene excelentes capacidades, pero que por falta de vacantes, está retardado en su ascenso. Afirma que es lógico suponer que el problema se agrava en los grados de Coronel y Teniente Coronel, razón por la cual se ha tenido que buscar la eliminación de oficiales muy buenos pero que dejaron de cumplir algunos requisitos y, en consecuencia, se colocaron en inferioridad de condiciones en relación con oficiales menos antiguos, pero con mejores cualidades profesionales. El Ministro afirma en esa Junta que la Institución Armada tiene que preferir la mejor calidad y prescindir de aquéllos que sin ser malos, han llegado a su límite definitivo en la carrera. Y agrega que para ser justos en esta necesaria eliminación, ya no es una sola persona la que toma la decisión, sino que el asunto es analizado por una Junta de Generales, cuyas recomendaciones no pueda dejar duda de que se procede con justicia y honestidad. Finalmente afirma que hay otros oficiales mejores que el ahora demandante y, entonces, debe tenerse presente la protección de la Institución Armada.

Del documento que se analiza resulta que intervinieron varios altos oficiales quienes se refirieron a la personalidad del solicitante, pero no resulta de sus afirmaciones que ellas fueren el motivo para el llamamiento a calificar servicios "por voluntad del Gobierno", y la decisión fue tomada por unanimidad, sin embargo se le dejó al solicitante la opción de retirarse por "solicitud propia".

En relación con el fondo mismo del negocio la Fiscalía hace notar que el actor no reunía en el momento de ser retirado todos los requisitos legales para que la Administración, lo hubiera ascendido antes de su retiro. El tiempo mínimo exigido solo lo cumpliría el 1º de junio y fue retirado a partir del 16 de mayo (folio 49). Además para el 19 de mayo de 1971, fecha de retiro del Oficial, sólo existían cinco vacantes para ascenso a Coronel, y para esa fecha éste ocupaba el puesto número 14 entre los posibles oficiales para ascenso en junio, de acuerdo al escalafón de oficiales (folio 49 del expediente).

En estas condiciones con las glosas correspondientes al razonamiento del Tribunal, y de acuerdo con el concepto de la Fiscalía, la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada.

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:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, de 18 de julio de 1975 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto de fallo, fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en reunión verificada el día 7 de octubre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

IMPUESTOS. — Renta de goce. Nulidad parcial del Inciso 1º del artículo 12 del Decreto 331 de 1976 reglamentario del Decreto Legislativo 2053 de 1974 en cuanto dispone: "cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio siete (7) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**).

Referencia: Expediente Nº 3709. Actor: Alejandro Páez Murillo. Nulidad y suspensión provisional del inciso 1º del artículo 12 del Decreto Reglamentario 331 de 23 de febrero de 1976 del Gobierno Nacional. Autoridades Nacionales.

El doctor Alejandro Páez Murillo en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 formuló demanda para que se declare la nulidad del inciso 1º del artículo 12 del Decreto Reglamentario Nº 331 de febrero 23 de 1976.

El actor considera que dicho inciso es ilegal porque viola el artículo 70 del Decreto Legislativo Nº 2053 de 1974, e inconstitucional por exceder la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional.

Como concepto de las violaciones mencionadas se expresó así el demandante:

"Las razones de ilegalidad e inconstitucionalidad que dan fundamento a mi solicitud se originan en el análisis comparativo del texto legal reglamentado del contenido de la norma que se acusa. Las razones son las siguientes:

"Del análisis del artículo 70 del Decreto Legislativo del Decreto (sic) 2053 de 1974 se establece que la intención del Legislador Extraordinario no fue otra que la de estimar y gravar una renta de goce sobre el inmueble que habite el contribuyente y que sea de su propiedad, para lo cual estableció como base o bien el avalúo catastral o el costo del inmueble sobre cuyo valor se deducirán los primeros TRESCIENTOS MIL PESOS y la suma establecida por la Ley 49 de 1975 según el ejercicio impositivo de

que se trate, y sobre el saldo se aplicará un diez por ciento (10%) cuyo importe constituirá la renta de goce.

"El inciso 4º del artículo 70 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 que establece el procedimiento para determinar la base sobre la cual ha de liquidarse la renta de goce, prescribe que dicha base es **"el avalúo catastral o el costo del inmueble"**, lo cual está indicando muy claramente que la base para efectos de determinar la renta de goce se toma individualmente por cada inmueble que posea el contribuyente porque la norma no se refirió a avalúos catastrales o a precios de adquisición en la parte donde se establece tal procedimiento, lo cual hubiera permitido suponer que la base para estimar la renta de goce sería el valor total de los inmuebles poseídos por el contribuyente, y que es precisamente lo que está diciendo la norma que considero violatoria toda vez que establece que "cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".

"Con lo que se pretende establecer en la norma demandada se le quitaría al contribuyente el derecho de deducir los primeros TRESCIENTOS MIL PESOS y la suma adicional establecida en la Ley 49 de 1975 por cada inmueble que posea, para efectos de determinar su renta de goce, lo cual no corresponde a lo que quiso reglar el Legislador en el artículo 70 del Decreto 2053 de 1974.

"Si para efectos de determinar la base de la renta de goce de un contribuyente y su consiguiente deducción establecida en el artículo 70 del Decreto tantas veces citado, el reglamento partió de los términos 'casas o aparatamentos urbanos' a que se refiere la primera parte de dicho artículo, habría que concluir necesariamente que en el caso de un contribuyente que sólo posea un inmueble y lo habitare, no habría lugar a liquidarle la renta de goce aunque su costo o su avalúo catastral fuere superior a TRESCIENTOS MIL PESOS, lo cual es claro que no fue la intención del Legislador".

El doctor Fabio Narváez Ocampo en su condición de abogado de la Dirección General de Impuestos Nacionales impugnó la demanda fundándose en el criterio de que la renta de goce es un gravamen al disfrute y tiene el carácter de la unidad y de la impersonalidad y que por lo tanto si se habitan varios inmuebles propios, ese goce genera una renta presuntiva sobre la cual debe pagarse el impuesto, en cuanto el valor de los bienes, sean uno o varios, exceda de la cantidad de $ 300.000.00 en su costo o avalúo.

Tramitado el negocio en legal forma, se oyó el concepto del señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez quien considera que la acusación de nulidad es fundada.

El Consejo en providencia del 20 de mayo de 1976 que fue confirmada por la Sala de Decisión, mediante providencia del 24 de junio del mismo año había ya decretado la suspensión provisional de solo una parte del inciso acusado.

Para resolver se considera

El texto del artículo 12 del Decreto Reglamentario 331 de febrero 23 de 1976 cuyo primer inciso es el acusado, es el siguiente:

"Artículo 12. Para la estimación de la renta de goce que contempla el artículo 70 del Decreto 2053 de 1974, del costo del inmueble o del avalúo catastral si fuere superior se deducirán los primeros trescientos mil pesos, aumentada esta cantidad conforme a la Ley 49 de 1975. Cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos.

"Cuando la propiedad de un inmueble fuere de varias personas la renta de goce se causará independientemente para cada propietario sobre el valor de su derecho, y cada uno de ellos podrá descontar la cifra referida en el inciso anterior sobre el costo o el avalúo o sobre la suma de éstos, en su caso.

"Se entiende por casa campestre de recreo la destinada al solaz, y no a la explotación económica.

"La renta de goce se acumula a las de otra naturaleza para los efectos del gravamen y para los relativos a la renta presuntiva".

A su vez el texto de la norma reglamentada por ese artículo y que se señala como violada por el mencionado inciso, es el siguiente:

"Artículo 70. Habrá lugar a la estimación de renta de goce si el contribuyente habitare casas o apartamentos urbanos o casas campestres de recreo, y si concurren además, las siguientes circunstancias:

"1. Que dichos inmuebles fueren de su propiedad.

"2. Que el avalúo catastral o el costo fueren superiores a trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"Para estimar la renta de goce servirán como base o bien el avalúo catastral o bien el costo del inmueble, debiendo escogerse la base de mayor valor. Una vez escogida, se deducirán los primeros trescientos mil pesos, y sobre el excedente, se liquidará un diez por ciento (10%), cuyo importe constituirá la renta de goce.

"La renta de goce se acumulará a las de otras procedencias únicamente para la liquidación del impuesto sobre la renta, y no servirá para explicar diferencias patrimoniales".

La Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica formulado contra el auto que decretó la suspensión provisional, se expresó en la siguiente forma, cuyo texto se transcribe como reiteración de la tesis y como fundamento del fallo.

"Son normas de interpretación de la Ley que cuando el sentido de ésta sea claro, no le es permitido al intérprete desatender el tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; y que las palabras que emplea el legislador se deben entender en su sentido

natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (artículos 27 y 28 del Código Civil).

"De otra parte está dicho y repetido por el Consejo de Estado que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la Ley que tiende a desarrollar, para hacer eficaz la norma, facilitando su inteligencia y cumplimiento por la administración y por los gobernados; que todo aquello que está contenido en la Ley puede desenvolverlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario; pero de ninguna manera puede el Gobierno dictar normas nuevas, ni ampliar o restringir el alcance de la Ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas.

"De la lectura del artículo 70 del Decreto Legislativo número 2053 de 1974 aparece a primera vista que para la estimación de la renta de goce se toma como base o el avalúo catastral o el costo del inmueble y de tal base se deducen los primeros trescientos mil pesos y sobre el excedente se liquida un diez por ciento cuyo importe constituye la renta de goce. Y fluye en forma clara que si el contribuyente tiene varios inmuebles o fincas de recreo, para fijar la renta de cada uno hay que realizar separadamente la dicha operación y no, como lo quiere la norma acusada, que se sumen los valores catastrales para deducir del total los primeros trescientos mil de uno solo".

Ahora bien, como la primera parte del inciso acusado no es sino una repetición del texto de la norma legal, no es el caso de decretar nulidad, la que solo debe recaer sobre la segunda parte, en la cual se restringe la deducción autorizada por la Ley a una sola vez, para efectuarla de la suma de los avalúos catastrales o de los costos de los distintos bienes inmuebles de qué disfrute su propietario.

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, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Declárase la nulidad parcial del inciso 1º del artículo 12 del Decreto Reglamentario Nº 331 de 1976 en cuanto dispone: "Cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 7 de julio de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

ACTOS ADMINISTRATIVOS. — Nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nº 00253 de abril 23 de 1975 y Nº 00320 de julio 23 de 1975 enviados por el señor Viceministro de Minas y Energía al doctor Darío Vallejo Jaramillo. Acerías Paz del Río S. A. y al Presidente encargado de Acerías Paz del Río S. A. respectivamente. Los procesos de reducción, financiación y tratamiento físico de los Minerales por parte de Acerías Paz del Río constituyen actividad Minera.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., agosto cuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**).

Referencia: Radicación 3820. Nulidad de los oficios números 253 de 23 de abril de 1975 y 320 de julio del mismo año del Viceministro de Minas y Energía. Demandante: Acerías Paz del Río S. A.

Se pide la nulidad de los siguientes actos administrativos:

"1º Del oficio número 00253 fechado el 23 de abril de 1975, suscrito por el señor Vice-Ministro de Minas y Energía y dirigido al doctor Darío Vallejo Jaramillo, Acerías Paz del Río. S. A., así como de la decisión de que da cuenta el citado oficio, adoptada a título de 'Consideración' por el Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía, en cuanto dichos actos administrativos consideran que no constituyen actividad minera los procesos de reducción, refinación y tratamientos físicos de los minerales, la producción de coque y las operaciones de trefilado, laminado, etc., y se dice que queda fuera de las atribuciones del Ministerio de Minas y Energía conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos para tales actividades.

"2º Del Oficio número 00320 dirigido el 23 de julio de 1975 por el señor Vice-Ministro de Minas y Energía al Presidente Encargado de Acerías Paz del Río S. A., así como de la decisión allí comunicada, en cuanto por tales actos administrativos se reitera 'en todos sus puntos el criterio de exenciones de derecho de aduana para la Industria Siderúrgica expresado en nuestra comunicación 00253 de abril 23 de 1975': se afirma que la coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 314 de 1975 y por lo anterior se

decide que el Ministerio no puede autorizar exenciones de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización".

Se indican como violados el ordinal d) del artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964, el artículo 1º del Decreto 0314 de 1975 y el artículo 1º de la Resolución número 0068 de 1965 del Ministerio de Minas y Petróleos hoy Ministerio de Minas y Energía. Además el artículo 21 del Decreto 2181 de 1972 sustitutivo del artículo 132 del Decreto 1275 de 1970 y el artículo 160 y los artículos 201 a 206 del mismo decreto.

Los preceptos implicados en este proceso son del siguiente tenor:

"Decreto 1659 de 1974 dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que al Gobierno confirió el artículo 1º, ordinal 3º de la Ley 69 de 1963 que reza:

"Artículo 2º Estarán exentos de derechos de aduana de importación:

"a) .....

"b) .....

"c) .....

"d) Las maquinarias y equipos técnicos propios de la industria, sus accesorios y repuestos que importen las empresas mineras con destino a la exploración y explotación de minas de todas clases diferentes de los yacimientos de petróleo, así como los elementos indispensables para su transformación y beneficio;

"e) ....."

El artículo 1º del Decreto número 314 de 1975 por el cual se reglamentan parcialmente el Decreto 1659 de 1964 y el artículo 1º del Decreto 2104 de 1974:

"'Artículo primero. De acuerdo con lo dispuesto en el literal d) del artículo 2º del Decreto 1659 de 1964 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1247 de 1969, las importaciones que realicen las empresas mineras, de maquinarias, equipos, accesorios y repuestos que se requieran para ejecutar directa y específicamente las actividades mineras, que se enumeran y definen a continuación, gozarán de exención de derechos arancelarios:

"a) Exploración: es el conjunto de actividades dirigidas a determinar la existencia de minerales en cantidades y calidades económicamente aprovechables.

"b) Explotación: es el conjunto de actividades dirigidas a la extracción técnica de sustancias minerales.

"c) Beneficio: es el tratamiento primario de los minerales extraídos, mediante procesos de preparación, trituración, molienda y concentración.

"d) Transformación: es el conjunto de procesos físicos y químicos a que se someten los minerales o los concentrados de minerales, para

la obtención de un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al consumo'".

El artículo 1º de la Resolución número 68 de 1965 del Ministerio de Minas y Petróleos en donde se lee:

"ARTICULO PRIMERO. La exención a que se refiere el literal d) del artículo 2º del Decreto Nº 1659 de 1964, versa únicamente sobre las maquinarias y equipos, sus accesorios y repuestos y demás elementos que sean específicamente destinados a las labores de minería, tales como:

"1º Equipos para exploración:

"....

"2º Equipos para montaje:

"....

"3º Equipos para explotación:

"....

"4º Equipos para beneficio y preparación o clasificación del mineral;

"....

"5º Equipos para labores de aluviones:

"....

"6º Equipo general y de protección para mineros:

"....

"7º Equipos para transformación:

"Altos hornos y sus accesorios.

"Hornos Thomas, Bessemer, y demás usados en metalurgia.

"Hornos giratorios para fabricación de cementos.

"Plantas lavadoras de carbón.

"Plantas de coquización.

"Plantas de laminación.

"Plantas de trefilería, etc.".

El artículo 21 del Decreto 2181 de 1972 que es así:

"Artículo 21. El artículo 132 del Decreto 1275 de 1970, quedará así:

"Al vencimiento del término de duración de los contratos de concesión, todos los muebles e inmuebles adquiridos o construidos por el concesionario o por quien represente sus derechos, y destinados a la exploración, explotación y beneficio de minerales, el material en laboreo, los elementos de transporte, las vías y medios de comunicación y locomoción, pasarán al dominio del Estado a título de reversión, sin pago ni indemnización de ninguna especie.

"Para los efectos del presente artículo se entiende por beneficio de minerales el conjunto de procesos aplicados a los minerales extraídos con el fin de separar y concentrar sus componentes útiles.

"En casos especiales podrá acordarse entre el concesionario y el Ministerio, la reversión de los equipos, elementos e inmuebles destinados a la transformación de minerales".

Del Decreto 1275 de 1970 los siguientes artículos:

"Artículo 160. El objeto del aporte de minas de que trata el artículo 30 de este decreto es la exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales que se encuentren en la respectiva zona.

"La Nación conservará la propiedad de los yacimientos.

"Artículo 201. En los contratos de concesión, en los aportes y en los permisos se estipulará que los concesionarios o beneficiarios quedan obligados a atender preferencialmente las necesidades del consumo nacional y la demanda de las plantas de beneficio y metalúrgicas e industrias fabriles establecidas o que se establezcan en el país.

"Esta obligación comprende todas las sustancias económicamente aprovechables que se encuentren en los depósitos otorgados, sean o no objeto de transformación por parte del beneficiario.

"Artículo 202. Es entendido que la obligación que establece el artículo anterior cobija a las personas que adquieran para el tratamiento los minerales extraídos.

"Artículo 203. Los concesionarios o beneficiarios se comprometerán a cumplir, de conformidad con lo acordado en cada caso con el Ministerio de Minas y Petróleos, cualquiera de las obligaciones siguientes:

"a) A realizar en el país, directamente o a través de terceros, la transformación de los minerales comercialmente explotables que se encuentren en los respectivos yacimientos, en cuanto ello sea técnica y económicamente justificable a juicio del Ministerio y previo acuerdo con éste sobre el tratamiento y el grado de concentración, reducción o refinación a que deban someterse;

"b) A vender los productos en Colombia para que la industria nacional los utilice como materia prima o con el fin de someterlos a etapas más avanzadas de tratamiento o a disponer de ellos en cualquiera otra forma que garantice su transformación en el país en el grado que sea técnica y económicamente justificable.

"Artículo 204. El Gobierno podrá estipular con el concesionario o beneficiario el volumen de productos libremente exportables y el grado de tratamiento a que debe someterse, a fin de asegurar el abastecimiento regular de plantas establecidas fuera del país, teniendo siempre en cuenta las necesidades del mercado nacional y las de las áreas que queden cobijadas por acuerdos de complementación o integración.

"Artículo 205. Los titulares de yacimientos adjudicados, aportados, arrendados, concedidos o permitidos antes de la vigencia de la Ley 60 de 1967, están sujetos a las normas del presente capítulo.

"Artículo 206. Con las finalidades señaladas en los artículos anteriores, el Ministerio de Minas y Petróleos en coordinación con los organismos oficiales correspondientes, hará un registro de las necesidades de materias primas de origen mineral que actualmente tenga la industria colombiana y de sus requerimientos previsibles.

"Igualmente el Ministerio hará el estudio periódico de las posibilidades mediatas o inmediatas que existan en el país de adelantar el tratamiento de los minerales".

Después de una clara somera y erudita explicación del proceso industrial que debe seguirse para obtener del carbón tal como sale de la mina hasta convertirlo en insumo inmediatamente aprovechable para la producción de arrabio sintetiza así su concepto de la violación:

"El artículo 1º del Decreto 0314 de 1975, por cuanto no tiene como actividades mineras las de beneficio y transformación de los minerales, actividades estas que la citada norma reglamentaria cataloga expresamente como mineras;

"El artículo 21 del Decreto 2181 de 1972 (sustitutivo del artículo 132 del Decreto 1275 de 1970. 'Estatuto Minero'), en cuanto no considera como actividad minera el beneficio de los minerales, que la norma legal de que se habla define en forma expresa como actividad minera;

"El artículo 160 y el Capítulo XV (artículos 201 a 206) del Decreto 1275 de 1970 ('Estatuto Minero'), en cuanto niega a la transformación de minerales el carácter de actividad minera que dicho Estatuto le concede;

"El artículo 1º de la Resolución 0068 de 1965 del Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto niega a la importación de maquinarias, equipos, accesorios y repuestos necesarios para el beneficio y la transformación de minerales el derecho a la exención arancelaria que la referida Resolución en sus numerales 4º (para beneficio) y 7º (para transformación, incluyendo expresamente como labor de minería la coquización, la laminación, la trefilería, etc.) le otorga con apoyo y en desarrollo de lo dispuesto por el ordinal d) del artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964; y

"El ordinal d) del artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964, en cuanto comporta la negación de la exención de los derechos de aduana para la importación de las maquinarias, equipos, repuestos y accesorios destinados a las actividades mineras de beneficio y transformación de minerales, exención que la aludida norma legal concede no solamente para las actividades de exploración y explotación (únicas que los actos acusados respetan) sino también para las de beneficio y transformación de los minerales, actividades igualmente mineras según ha quedado demostrado".

Para comprender bien el objeto del debate conviene transcribir la correspondencia que obra de folio 6 a folio 11 cuyos textos son los siguientes:

"Apreciado doctor Vallejo:

"Por medio de la presente, nos pedmitimos enviarle las siguientes

consideraciones del Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía, para la aplicación del Decreto Nº 0314 de 1975 a la Industria Siderúrgica del país:

"1º El decreto es aplicable a las empresas mineras únicamente.

"2º Aunque la industria siderúrgica no es empresa minera, sí ejerce actividades mineras como son la exploración y explotación de sus minas, el beneficio primario de los minerales hasta constituir los materiales que se alimentan a la fase siderúrgica propiamente dicha (horno de reducción, etc.).

"3º Por las consideraciones anteriores, este Ministerio continuará concediendo la exención de derechos arancelarios para la importación de maquinarias, equipos, accesorios y repuestos requeridos en la ejecución de las actividades mineras.

"4º Los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos, producción de aceros, producción de coque así como las operaciones de trifilado, laminado, etc., etc., no constituyen actividad minera. De esta manera queda fuera de las atribuciones de este Ministerio conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos en estas últimas actividades.

"5º Con el fin de tramitar rápidamente sus solicitudes, les pedimos que en el futuro los documentos respectivos se acompañan con una descripción de los elementos a importar y de las actividades mineras en las cuales van a ser utilizados".

"Señor doctor, ALFREDO NAVARRO SERRANO, Vice-Ministro de Minas y Energía. E. S. D.

"Nos es grato referirnos a su atenta comunicación distinguida con el número 00253 y fechada el 23 de abril pasado, por la cual se sirvió usted hacernos conocer el criterio del Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía en relación con la aplicación del Decreto 0314 de 1975 a la industria siderúrgica del país.

"Partiendo de la base incuestionable, expresamente admitida por el Comité en los puntos 2º y 3º de las Consideraciones de que usted se sirvió informarnos, de que la industria siderúrgica ejerce actividades mineras, por lo cual el Ministerio continuará concediéndole la exención de derechos arancelarios para la importación de las maquinarias, equipos, accesorios y repuestos requeridos en la ejecución de tales actividades mineras, nos valemos del muy autorizado conducto del señor Vice-Ministro para solicitar del Comité de Exenciones Arancelarias la modificación parcial del criterio de que da cuenta el punto 4º de las referidas Consideraciones, el cual, en nuestro entender, es contrario a lo que disponen las normas legales en vigencia y desconoce el propio Decreto 0314 de 1975 en que pretende apoyarse.

"De conformidad con el ordinal d) del artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964, están exentos de derechos de aduana de importación las maquinarias y equipos técnicos, así como sus accesorios y repuestos, que se requieran para la exploración y explotación de minas de todas clases, diferentes de los yacimientos de petróleo, y los elementos indispensables para la transformación y beneficio de los minerales.

"Y el Decreto 0314 de 1975, al reglamentar esa norma que es la sustancial, reitera que goza de exención de derechos arancelarios la importación de maquinarias, equipos, accesorios y repuestos requeridos para ejecutar directa y específicamente las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales, y reproduce la definición que de cada una de estas cuatro actividades mineras contiene el denominado 'Estatuto Minero' adoptado por los Decretos 1275 de 1970 y 2181 de 1972.

"Las atrás citadas son las disposiciones legales que gobiernan la función encomendada al Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía, y en concordancia con ellas usted manifiesta, en el punto 3º de la comunicación a que tenemos el honor de referirnos, que el Ministerio 'continuará concediendo la exención de derechos arancelarios para la importación de maquinarias, equipos, accesorios y repuestos requeridos en la ejecución de las actividades mineras'.

"Sin embargo de lo anterior, que está acorde con los mandatos legales, en el punto 4º de la aludida comunicación de usted se catalogan diversos procesos como no constitutivos de actividades mineras. Y entre aquéllos se incluyen algunos, como la producción de coque, que sin duda son, en nuestra opinión, típicas actividades mineras a la luz de las normas legales que han quedado citadas.

"En efecto, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 0314 de 1975, respetando la letra y el espíritu del ordinal d). Artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964 que otorga la exención arancelaria para la importación de los elementos que se requieran para la exploración, explotación, beneficio y transformación de los minerales, se limita a definir cada uno de estos cuatro procesos que constituyen la actividad minera —amparados en su conjunto por la exención legal— y prescribe que la transformación 'es el conjunto de procesos físicos y químicos a que se someten los minerales o los concentrados de minerales, para la obtención de un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al consumo'.

"Y es precisamente mediante esa 'transformación' —actividad típicamente minera según la técnica y la ley— como la industria siderúrgica obtiene los insumos o materias primas que requiere el Alto Horno para su actividad industrial de producir hierro y acero.

"Ni el mineral de hierro ni el carbón ni la caliza que se obtienen mediante la explotación —segunda fase de la actividad minera, posterior a la exploración— sirven, tal como se extraen de las minas, para la industria siderúrgica: se requiere someterlos a los procesos de beneficio y transformación —las dos últimas etapas de la misma actividad minera— para convertirlos en los insumos que requiere el Alto Horno para la producción del hierro y del acero que es en lo que consiste la industria siderúrgica. Todos los procesos a que han de someterse los minerales extraídos, para convertirlos en materia prima del Alto Horno (mineral de hierro: trituración primaria o secundaria, cribado, mezcla, recuperación, peletización, sinterización; carbón: tamización, lavado, mezcla, cribado, trituración, coquización; caliza: trituración, cribado, calcinación), son pasos sucesivos del beneficio y de la transformación de los minerales indispensables para obtener con ellos los insumos o materias primas que requiere la actividad industrial de producción del hierro y

del acero, que comienza en el Alto Horno. Todo lo que la antecede forma parte, sin duda, de las actividades mineras para las cuales se acordó y está vigente la exención de derechos arancelarios respecto de la importación de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos indispensables para desarrollar tales actividades mineras.

"Como en el punto 4º de las 'consideraciones' del Comité de Exenciones Arancelarias, de las cuales usted tuvo la amabilidad de informarnos en su atenta nota a que nos referimos, se incluyó erróneamente la producción de coque entre los procesos que el Comité estima como no constitutivos de actividad minera, respetuosamente pedimos a dicho Comité se sirva rectificar ese criterio que estimamos involuntariamente equivocado, para que se nos conceda, de acuerdo con las normas legales que han quedado comentadas, la exención de derechos para la importación de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos requerido no sólo para la producción del coque sino también para los demás procesos, igualmente de beneficio y de transformación, a que deben someterse los minerales que extraemos de nuestras minas para convertirlos en la materia prima que requiere la ulterior actividad industrial de producción de hierro y de acero a la que como industria siderúrgica nos dedicamos.

"Anticipadamente presentamos a usted y a los señores miembros del Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía nuestros sinceros agradecimientos por la favorable acogida que se sirvan dar a nuestra petición".

"Apreciado doctor Almánzar:

"En respuesta a su atenta Carta Nº 459310 de julio 7, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

"Este Ministerio reitera en todos sus puntos el criterio de exenciones de derechos de aduana para la industria siderúrgica expresado en nuestra comunicación 0253 de abril 23 de 1975.

"Todas las fases de la minería del carbón gozarán de la exención de derechos arancelarios para la importación de los equipos requeridos. El carbón es un producto susceptible de ser comercializado de muy diferentes maneras. La coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 314 de 1975.

"Por lo anterior, este Ministerio no puede autorizar exención de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización".

Entre las razones que se dieron para no acceder a la suspensión provisional se encuentra la siguiente, que se transcribe porque sintetiza el tema clave de la controversia:

"La nulidad a que se aspira depende de un hecho que debe originar un concepto técnico que es eminentemente discutible como se deduce de las comunicaciones cruzadas entre la sociedad demandante y el Ministerio de Minas, a saber: Si la coquización del carbón que resulta de un proceso más o menos complejo puede reputarse actividad propia de la minería o incluirse en el campo del procesamiento industrial de la siderurgia".

Para determinar si el proceso de extracción, preparación, transformación del carbón tal como lo practica Paz del Río es peculiar de la actividad minera o es propio de la actividad siderúrgica, se designó a los ingenieros especialistas Severiano Cadavid y Vicente Mutis, cuyas notables calificaciones profesionales son generalmente reconocidas, quienes rindieron dictamen que será objeto de comentario posterior.

En su alegato de conclusión, el apoderado de Paz del Río después de examinar y comentar el dictamen de los peritos termina de la siguiente manera:

"Al afirmar el Ministerio de Minas y Energía en sus actos administrativos acusados que 'los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos, producción de aceros, producción de coque así como las operaciones de trefilado, laminado, etc., etc., no constituyen actividad minera' y que en consecuencia el Ministerio no tiene atribución para conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos en esas actividades (oficio 00253, acusado) y al reiterar luego el mismo Ministerio que 'la coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 314 de 1975', por lo cual 'este Ministerio no puede autorizar exención de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización' (oficio 00320, igualmente acusado), viola en forma directa, sin lugar a dudas, las normas de superior jerarquía que he dejado citadas atrás y cuyo acatamiento le es obligatorio.

"En efecto, las actividades que el organismo oficial descarta como acreedoras al estímulo de la exención arancelaria son, legal y técnicamente, actividades mineras para las cuales el ordinal d) del artículo 2º del Decreto-Ley 1659 de 1964 garantiza exención de derechos de aduana de importación respecto de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos que se importen no sólo para la exploración y explotación de minas, diferentes de los yacimientos de petróleos, sino también para la transformación y beneficio de los minerales explorados y explotados. Esas labores de beneficio y transformación están claramente definidas en el artículo 1º del Decreto 413 de 1975 como actividades mineras, y son indispensables y esenciales para obtener, como culminación de la fase minera de transformación, los productos (hierro, carbón y caliza) aptos para constituir el insumo industrial que requiere el Alto Horno para iniciar la actividad siderúrgica de producción de arrabio. Como lo dicen con toda claridad los señores peritos, 'si es indiscutible que la siderurgia empieza cuando se echan en el Alto Horno las materias primas hierro, carbón y caliza debidamente adecuadas, es lógico que la adecuación de estos minerales mediante las etapas de beneficio y transformación pertenece a la parte minera y es propia de ella'.

"Y, como quedó dicho en su oportunidad, la Resolución 0068 de 1965 del propio Ministerio de Minas incluye en el ordinal 7º de su artículo 1º los equipos para transformación, detallándolos por vía de ejemplo e incluyendo en ellos para el efecto de garantizarles la exención arancelaria, aquéllos para los cuales el Ministerio se niega ahora a reconocerles esa exención otorgada por el Decreto Ley 1659 de 1964 en su artículo 2º.

"Si, pues, las normas legales (Decreto Ley 1659 de 1964, ordinal d) del artículo 2º; Decreto 314 de 1975, artículo 1º; Decreto 1275 de 1970, artículos 132 y 160 y 201 a 206) y las reglamentarias (Resolución 0068 de 1965, del Ministerio de Minas y Petróleos) otorgan el beneficio de exención arancelaria para la importación de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos necesarios para el beneficio y la transformación de minerales, hasta obtener un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al consumo (palabras textuales del artículo 1º del Decreto 314 de 1975), y si todas las actividades encaminadas a obtener este producto (incluyendo en ellas la coquización) son actividades legal y técnicamente clasificadas como mineras, el Ministerio de Minas y Energía violó esos principios técnicos y esas normas legales al sostener que esas actividades no son mineras sino de la industria siderúrgica y, por tanto, no cobijadas por la exención arancelaria.

"Como lo admite expresamente el Ministerio de Minas y Energía, y como con toda propiedad lo reiteran los señores peritos en su dictamen Acerías Paz del Río, S. A. ejerce actividades mineras y, además, actividades siderúrgicas: y entre las primeras sus propios estatutos incluyen el tratamiento de los minerales y su posterior transformación. En consecuencia, para el desarrollo de las actividades mineras que forman una parte de su objeto social, Acerías tiene derecho a la exención arancelaria para la importación de los equipos, maquinarias, repuestos, etc., que requiera para transformar y beneficiar en esa fase minera los minerales que extrae, de manera de obtener los insumos que le permitan iniciar la fase siderúrgica de producción de arrabio y acero, industria siderúrgica que se inicia en el Alto Horno cuando, como culminación de las actividades propias de la industria minera, obtiene los insumos industriales que requiere ese Alto Horno para operar".

En el concepto del señor fiscal pueden leerse entre otras las siguientes opiniones:

"En la clasificación de los actos administrativos, como manifestaciones de voluntad formalizadas en ejercicio de un poder legal para producir efectos jurídicos, la doctrina ha colocado, en primer lugar, aquéllos que crean situaciones generales, impersonales y objetivas; que contienen, esencialmente, una regla de derecho.

"Examinados, bajo ese concepto, los Oficios 00253 de 23 de abril de 1975 y 00320 de 23 de julio de 1975, muestran, indudablemente, las características específicas de los actos creadores de una situación jurídica general, abstracta, es decir, igual para todos los que se encuentren en idénticas condiciones de hecho.

"En efecto, dice el primer documento que: 'los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos, producción de aceros, producción de coque así como las operaciones de trefilado, laminado, etc., etc., no constituyen actividad minera. De esta manera queda fuera de las atribuciones de este Ministerio conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos en estas últimas actividades'. Y el segundo expresa: 'Todas las fases de la minería del carbón gozarán de la exención de derechos arancelarios para la importación de los equipos requeridos. El carbón es un producto susceptible de

ser comercializado de muy diferentes maneras. La coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 413 de 1975. Por lo anterior, este Ministerio no puede autorizar exención de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización'.

"No cabe duda de que esas son reglas en sentido material, puestas por la administración en forma de oficios dirigidos a las personas dedicadas a la industria siderúrgica, pero que hubieran podido aparecer en decreto o resolución, pues lo esencial, esto es, las disposiciones normativas, se aprecian claramente, inclusive con lo que se puede entender como considerandos de las mismas". Después de transcribir las normas citadas en la demanda concluye así: "La comparación de los actos administrativos materia de censura con las normas legales y reglamentarias antes copiadas, con base en la aceptación de que la industria siderúrgica, ejerce actividades mineras como son la exploración y explotación de sus minas, el beneficio primario de los minerales hasta constituir los materiales que se alimentan a la fase siderúrgica propiamente dicha", como lo ha reconocido el Ministerio de Minas y Energía, presentan una contradicción, pues mientras los ordenamientos superiores autorizan la exención arancelaria para la importación de maquinarias y equipos técnicos, accesorios y repuestos necesarios para la exploración, explotación, transformación y beneficio de minerales por parte de la industria, los actos de inferior categoría la niegan respecto de los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos de los minerales y de las operaciones de trefilado y coquización que sí constituyen, según los expertos, actividades propias de la industria minera.

"III

"CONCLUSION

"Es procedente acceder a las peticiones de la demanda".

Para resolver se considera

De todos los antecedentes largamente mencionados, aunque tan sólo se destacaron los principales apartes, se concluye que el punto debatido es aquél según el cual el proceso que comienza con la extracción del carbón desde las minas hasta aquél en que se produce el coque es todo o en alguna parte propio de la actividad minera o de la actividad siderúrgica, porque según sean de la primera o de la segunda las gracias mencionadas en las disposiciones transcritas pueden acordarse o no a quien se ocupa de dicho proceso.

Por esta razón es inevitable transcribir casi todo el dictamen, excelente, de los peritos en donde se lee:

"CONSIDERACIONES PRELIMINARES

"Establecido el punto de transición de las actividades mineras a las actividades siderúrgicas, aquél en que aparece el 'arrabio' en el Alto Horno, vamos a describir someramente las etapas y procesos a que en la actividad minera se someten las materias primas, hasta llegar a la alimentación del Alto Horno en un estado y forma tal que la reduc-

ción del elemento mineral de hierro se realice en una forma **'eficiente'**, produciendo otro elemento (arrabio) apto para las operaciones subsiguientes de transformación del hierro en productos utilizables en la construcción y en las industrias que elaboran artículos para el uso por el hombre.

"MATERIAS PRIMAS

"Los minerales básicos que como **materias primas** se utilizan en la producción de hierro metálico y acero, son: hierro, carbón y caliza, que para su debido uso deben cumplir determinados requerimientos técnicos a los cuales se llega mediante su preparación, procedimiento que se inicia en el propio yacimiento o mina y termina en la boca del Alto Horno.

"Los elementos primarios o materias primas que entran en la producción del 'arrabio', se encuentran en la naturaleza en un estado tal que dista mucho del estado óptimo que deben mostrar en el momento de ser cargados al Alto Horno, para su transformación en 'arrabio'.

"El mineral de hierro se encuentra en vetas, a flor de tierra o subterráneas, de donde se le arranca en fragmentos de diversos tamaños, desde polvo hasta bloques de considerable figura, que debe ser transportado, transformado y clasificado en fragmentos de tamaño uniforme. Estas operaciones así descritas sintéticamente, envuelven procesos mecánicos difíciles, complicados y costosos.

"El carbón también se encuentra en mantos o filones, más comúnmente subterráneos, de donde debe ser arrancado, elevado a la superficie y transportado al sitio de su beneficio. Este elemento, más que los anteriores, requiere un proceso largo y complejo de adecuación para llegar a ser propio para abastecer un Alto Horno.

"En forma similar, la caliza se encuentra en canteras de donde debe ser arrancada, transportada, triturada y clasificada para entrar al Alto Horno y a la planta de sinterización (aglomeración). Este proceso físico implica instalaciones que, si bien son simples, son de una magnitud y un costo muy apreciables.

"MERCADO DE MINERALES

"Las empresas mineras venden sus minerales listos para su utilización, pero también pueden venderlo sin que estén totalmente adecuados; algunas empresas como Acerías Paz del Río S. A. se ven obligadas por las circunstancias a encarar todos los frentes.

"Las razones por las cuales Acerías Paz del Río S. A. se ocupa de los dos procesos, minero y siderúrgico, son por una parte, la escasez de productores, y por otra, principalmente el hecho de que en el área de su trabajo se encuentran como caso excepcional los tres minerales. Sin embargo cabe anotar: a) que no hay por ahora grandes abastecedores de mineral de hierro, y tiene que producirlo de acuerdo a sus necesidades; b) que en años anteriores se estaba comprando tanto carbón para mezclas como coque, producido este último en colmenas o pilas de tierra y en hornos de ladrillo, pero siendo un poducto de baja calidad; c) porque su propia caliza tiene buena calidad y es suficiente en cantidad.

"No es por lo tanto extraño que en la zona de su factoría se observen también plantas de tratamiento de minerales, y es más comprensible esto si se tiene en cuenta que en un país pobre como el nuestro, el minero no tiene hoy día capacidad de grandes inversiones.

"Lo dicho anteriormente será fundamental para los años futuros, cuando nuestros mineros cooperados se sientan con suficiente respaldo para instalar preparadoras de minerales. Esto será quizá un hecho con las próximas exportaciones de carbón o coque y verán así en el Ministerio con la política con que ha venido actuando, al verdadero protector del pequeño minero.

"PREPARACION DE MINERALES

"Comprende, en general, el acondicionamiento y arreglo de los minerales de hierro, carbón y caliza, por medio de triturado, lavado, tamizado y compactado por briquetación o sinterización y también coquización, según el caso, para dejarlos en condiciones de que, como materias primas, puedan aprovecharse directa o indirectamente de acuerdo con los requerimientos técnicos exigidos en la producción de hierro metálico y acero.

"INSTALACIONES Y EQUIPOS

"Para llevar a cabo la preparación de los minerales, de tal manera que cumplan las especificaciones técnicas exigidas por el Alto Horno, las respectivas explotaciones requieren el siguiente equipo, se entiende el mineral puesto en boca-mina:

"HIERRO. Trituradoras; crivas, en las que se obtienen dos productos: a) los gruesos que en un 65% se utilizan directamente en el Horno; y b) los finos que en un 35% se aglomeran por medio del llamado método de sinterización ya que de otra manera atascarían el Alto Horno o no se podrían aprovechar, lo cual se traduciría en una gran pérdida.

"La Sinterización. Compacta los finos de hierro produciendo pedazos muy duros llamados chicharrones: consiste en transportar por medio de una gran banda metálica de 2.00 metros de ancho por 34 metros de longitud efectiva, que circula a una velocidad de 2,5 a 3,5 m. por segundo, una capa de 0.30 metros de alto de una mezcla previa de finos de hierro, finos de caliza y finos de coque; esta banda pasa por una zona donde se eleva la temperatura hasta 1000'C produciendo una masa o chicharrones.

"CARBON. Del socavón llega a la superficie mezclado con tierra, rocas (respaldos del filón) y piritas, indeseables desde todo punto de vista para el proceso siderúrgico. Cumple en primer lugar eliminar los minerales extraños, mediante una clasificación manual; luego viene la operación de trituración, tamizado y lavado en una instalación mecánica (planta de lavado) compleja y costosa. El final de esta operación nos presenta un carbón limpio, triturado o partículas de tamaños diversos pero que tampoco es apto para abastecer un Alto Horno por: que: a) es deleznable y flojo; b) es de tamaño muy pequeño; c) tiene muchos gases.

"**La Coquización.** El carbón en su estado natural contiene el elemento 'carbono', residuos sólidos de diversas naturaleza (cenizas) y substancias volátiles. Para transformarlo en elemento apto para abastecer un Alto Horno precisa 'coquizarlo', es decir, sustraerle todas las substancias volátiles, y transformarlo de estado macizo a estado poroso.

"Para evitar los inconvenientes del carbón mineral, tal como sale de la mina, se somete en las plantas denominadas coquerías a un calentamiento en ausencia del aire, que se denomina coquización y produce una materia prima llamada coque excelente en Altos Hornos; este proceso se lleva a cabo: 1) Por métodos primitivos de pilas de carbón en el suelo tapadas con tierra donde entra poco aire, en ausencia del cual se quema el carbón produciendo el coque en cantidades de 1 tonelada por quema aproximadamente. 2) En hornos construidos con ladrillo como los que tiene el 70% de nuestros mineros. El carbón se coquiza pero no es de óptima calidad; además, no permite utilizar los gases que son productos de gran valor como sucede en las baterías de coque de Acerías Paz del Río, que no es otra cosa que la misma producción de coque, pero más técnica.

"El producto principal de las baterías de coque es el 'coque metalúrgico', que después de someterlo a un proceso físico de trituración y tamizado para unificar el tamaño de los fragmentos, es materia apta para abastecer un Alto Horno.

"CALIZA. El mineral calcáreo que sale de la mina se somete a trituración primaria y secundaria y luego se transporta en las cantidades requeridas a la planta de sinterización, donde se mezcla con los finos del hierro para producir el sinter. Este procedimiento o innovación permite aprovechar la caliza con más eficiencia que echando parte directamente al Alto Horno.

"PRODUCCION DE HIERRO METALICO

"La labor de obtención de hierro metálico a partir de mineral de hierro, comprende exclusivamente como se ha anotado dos grandes **Fases** o procesos que se catalogan como dos grandes industrias, a saber:

"**Fase primera.** Producción adecuada de materias primas.

"**Fase segunda.** La propiamente siderúrgica.

"**Fase Primera**

"**Producción de materias primas** o sea la labor de obtención de las mismas, es decir minería, y su preparación o beneficio para ponerlas en las condiciones y especificaciones exigidas para su práctica utilización en el Alto Horno.

"**Fase Segunda**

"**Siderurgia** es el proceso de obtención de hierro metálico en Altos Hornos, a partir de las tres materias primas siguientes: a) mineral de hierro; b) coque; y c) caliza, técnicamente preparadas dentro de las

especificaciones y condiciones exigidas, y abastecidas en las cantidades requeridas.

"De lo dicho se desprende que **la siderurgia** se inicia en el momento en que las materias primas anotadas, debidamente preparadas dentro de las condiciones y especificaciones exigidas y debidamente dosificadas, entran en el Alto Horno, siendo lógicamente en la boca del Alto Horno donde termina la preparación de los minerales.

"EL TEMARIO

"El análisis anterior aunque muy sintetizado, es suficientemente completo, sobre los procesos de transformación del mineral de hierro en hierro metálico; lo hemos presentado para dar al profano un conocimiento general del problema y de los tratamientos y etapas que son el asunto de la controversia y con el objeto de que se comprenda así con toda claridad las amplias contestaciones que nos permitimos dar a continuación, sobre las preguntas formuladas por el ACTOR en el mismo orden en que se encuentran en el libelo o expediente del proceso;

"a) De lo anteriormente expuesto se deduce que las labores de extracción del mineral de hierro y las operaciones subsiguientes de trituración, de clasificación en zarandas o tamices en tamaños medianos y finos, de sinterización de estos últimos para aglomerarlos en chicharrones, así como las labores de transporte en estas distintas etapas del tratamiento del mineral, hasta llevarlo al Alto Horno, son operaciones de **minería**, pues se trata de adecuar el mineral de hierro en un 'Insumo' o materia prima de Alto Horno con características técnicas propias para adelantar la reacción de reducción en forma eficiente; anotamos que los finos de mineral de hierro interfieren, atascándolo, el funcionamiento del Alto Horno, por lo cual se deben eliminar, o aglomerarlos, como hace Paz del Río en su planta de sinterización;

"b) Las labores de extracción del carbón, su clasificación, lavado, trituración, molienda, coquización y cribado, así como las labores de transporte en estas distintas etapas de tratamiento del mineral, hasta llevarlo a las tolvas del Alto Horno, forman el campo de actividades del minero;

"c) La explotación de una cantera de calcáreos es una actividad minera. Es decir, las labores de extraer la caliza, triturarla, tamizarla y transportarla desde el yacimiento hasta las tolvas del Alto Horno, es una actividad minera;

"d) La coquización del carbón, etapa en la cadena de la adecuación del carbón en insumo del Alto Horno, con especificaciones técnicas apropiadas, es una actividad minera. Los subproductos que se obtienen en la coquización del carbón en baterías y que se desperdician en la coquización en colmenas, después de una simple adecuación, son insumos propios para la industria química. Tales son las breas, alquitranes, sulfato de amonio, benzoles, ácido sulfúrico y naftalina, cuyo volumen de producción depende de la composición del mineral carbón. El mineral carbón tal como sale de la mina no sólo es inadecuado para alimentar un Alto Horno, sino que puede ser fatal. Por una parte, el carbón mineral produce una combustión muy rápida con baja temperatura impropia para reducir el mineral de hierro. Y por la otra, las

materias volátiles que están contenidas en todos los carbones, pueden producir reacciones nocivas y aún explosiones. Por estas razones, es indispensable coquizar el carbón mineral, que es la operación de extraerle las materias volátiles y transformarlo en una masa porosa donde se encuentra el carbón en forma casi elemental;

"e) Los tratamientos físicos de los minerales de hierro, del carbón y de las calizas, hasta adecuarlos para ser cargados al Alto Horno, son actividades propias de la industria minera;

"f) La industria siderúrgica integrada consiste esencialmente en la fabricación de acero, desde la reducción del mineral hasta la elaboración de los productos finales. Para iniciar dicha actividad, la industria siderúrgica requiere las materias primas que se obtienen de los minerales de hierro, carbón y calizas transformados de acuerdo a las especificaciones que requiere esta industria.

"g) En el complejo industrial de Acerías Paz del Río S. A. observamos instalaciones para desarrollar actividades de la industria minera y también actividades de la industria siderúrgica, como también observamos equipos suficientes para adecuar las materias primas de hierro, carbón y calizas propias de la industria minera y equipos para producir el arrabio y para su posterior transformación en productos comerciales de diversas formas.

"Conclusiones

"Del análisis que acabamos de hacer sobre las etapas recorridas desde la extracción del mineral de hierro hasta la siderurgia o producción del arrabio en el Alto Horno se desprende lo siguiente:

"A) PRIMER PROCESO

"Necesidad de materias primas Hierro, Carbón y Caliza que salen de la mina en condiciones impropias para utilizarlas en Siderurgia y requieren adecuarse mediante un tratamiento denominado **Preparación de Minerales** que consiste inicialmente en su trituración y cribado. Para aprovechar los finos del mineral de hierro se aglomeran con la caliza y los finos de coque por el sistema llamado de sinterización: el carbón se lava y luego por el sistema de coquización se endurece y extraen las materias volátiles nocivas en el Alto Horno y que dan valiosos subproductos como Alquitrán, Brea, Benzoles.

"B) SEGUNDO PROCESO

"El hierro triturado y también el fino sinterizado o aglomerado y el coque del carbón, pasan así preparados al segundo proceso, que es el de alimentación del Alto Horno o **Siderurgia** para producción del Arrabio.

"Lo dicho está totalmente de acuerdo con el espíritu del Decreto 0314 de 1975 (Febrero 24) que en su ordinal d) del artículo 1º dice: 'transformación: es el conjunto de procesos físicos y químicos a que se someten los minerales o los concentrados de minerales, para la obtención de un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al consumo', definiendo así la última fase del proceso o actividad minera, es decir, de la industria minera.

"Por último, si es indiscutible que la Siderurgia empieza cuando se echan en el Alto Horno las materias primas hierro, carbón, y caliza debidamente adecuadas, es lógico que la adecuación de estos minerales mediante las etapas de beneficio y transformación pertenece a la parte minera y es propia de ella".

No son necesarias más disquisiciones para concluir que los hechos demuestran que los actos demandados son nulos porque contrarían los motivos y los objetivos de las disposiciones legales y reglamentarias de superior jerarquía que fueron ya transcritas.

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 Son nulos los actos administrativos contenidos en el oficio número 00253 de veintitrés (23) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975) firmado por el Viceministro de Minas y Energía y enviado a Darío Vallejo Jaramillo como presidente de Acerías Paz del Río S. A. en cuanto por él se decidió como consideración del Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía que no constituyen actividad minera los procesos de reducción, refinación y tratamientos físicos de los minerales, la producción de coque y en cuanto se acordó que como consecuencia de lo anterior el Ministerio de Minas y Energía no puede ni reconocer ni recomendar las exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos para tales actividades;

2º Son nulos los actos administrativos contenidos en el oficio número 00320 de veintitrés (23) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975) suscrito por el Viceministro de Minas y Energía al presidente encargado de Acerías Paz del Río S. A. en cuanto por ellos se reitera en todos sus puntos el criterio que sobre exenciones de derechos de aduana para la industria siderúrgica se expresó en la comunicación número 0253 de veintitrés (23) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975) según la cual la coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto "no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto trescientos catorce (314) de mil novecientos setenta y cinco (1975)" y como consecuencia decide el Ministerio que no puede autorizar exenciones de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios para las operaciones de coquización.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese al Ministro de Minas y Energía, archívese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INTERVENCION ECONOMICA DEL ESTADO. — Artículo 32 de la Constitución Nacional. Ley 7ª de 1943. Ley 155 de 1959. Decreto Legislativo Nº 149 de Enero 27 de 1976. Ley 28 de 1976. Intervención en el precio de las drogas efectuado por el Ministerio de Salud. Facultades de origen legislativo y de naturaleza legislativa.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**).

Referencia: Expediente Nº 2657. Actor: Hugo Palacios Mejía.

Se decide la demanda incoada por el doctor Hugo Palacios Mejía, en acción pública, para que se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución 5886 del 27 de julio de 1976, dictada por el Ministerio de Salud, "por la cual se determina la política del Ministerio de Salud para la fijación de precios a los medicamentos", pero sólo en los siguientes aspectos:

"En cuanto adopta el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I, (Metodología) del anexo al cual se refiere dicha Resolución y que se titula 'Política para la fijación de precios a los medicamentos'; del anexo citado.

"En cuanto adopta los numerales 2.1 y 2.4 del Capítulo 2 (Disposiciones generales), del anexo citado".

Como hechos expuso los siguientes:

"1º El 27 de julio de 1976, por medio de la norma acusada, el Ministerio de Salud adoptó un documento titulado 'Política para la fijación de precios a los medicamentos'.

"2º La política adoptada por el Ministerio es claramente contraria a la Constitución y a las leyes, como demostraré luego.

"3º La política adoptada por el Ministerio para fijar el precio de cada producto sujeto a control, consiste en lo siguiente:

"a) Se toman los costos de la materia más el material de envase y empaque; el Ministerio acepta como prueba de ellos los manifiestos

de importación y las facturas. A estos costos se los denomina 'costo primo';

"b) Al 'costo primo' se le agrega el porcentaje de pérdida que sufre la materia prima durante el proceso de elaboración. Dicho porcentaje ha sido fijado caprichosamente por el Ministerio en el literal 'c' del numeral 1.1 del Capítulo I. Decimos que este porcentaje de pérdida es común en todos los procesos y equipos;

"c) A los costos anteriores se añade el 'costo fabril' representado, ante todo, en el valor de la mano de obra y los demás elementos vinculados en forma directa a la fabricación de cada producto.

"Para determinar este 'costo fabril' el Ministerio ha fijado, también caprichosamente, unos valores comunes o 'normalizados'; ellos constan en el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento mencionado y a dicho literal se refiere parte sustancial de esta demanda. El Ministerio afirma entonces, por ejemplo, que fabricar una tableta cuesta a todos los laboratorios cinco centavos y que fabricar un 'frasco gotero' cuesta a cualquier laboratorio un peso.

"Sin perjuicio de exponer adelante las razones jurídicas que hacen inconstitucional e ilegal este aspecto de la política adoptada, basta ahora señalar como un hecho, su carácter antitécnico. Porque es bien sabido que los 'costos fabriles' dependen en forma sustancial de las **'economías de escala'**, es decir, que dentro de ciertos límites, el costo unitario de un producto es menor cuando se fabrican muchas unidades que cuando se elaboran pocas. No es idéntico, entonces, el costo de producir mil tabletas o mil frascos goteros, que el de cien mil.

"Hay ciertos productos farmacéuticos que no pueden fabricarse en gran escala, por estar destinados a enfermedades poco frecuentes, o a pacientes de condiciones especiales. Si el Gobierno fija los precios dentro del supuesto de que estos productos tienen idénticos 'costos fabriles' a los de otros que gozan de un mercado más amplio, inducirá a la industria a fabricar solamente aquellos medicamentos respecto de los cuales resulte acertado el costo que supone el Gobierno y a descontinuar los demás, para no sufrir pérdidas cuantiosas. El costo social de este aspecto de la política del Gobierno, puede, pues ser enorme, Porque por ejemplo, muy posible es que una tableta para el dolor de cabeza tenga 'costos fabriles' inferiores a los de una tableta para enfermedades cardíacas.

"Pero además, entre las muchas razones que ocasionan 'costos fabriles' diferentes entre diversas empresas de una misma industria figuran las **estructuras salariales.** Si una empresa contrata su mano de obra en condiciones diferentes a otra, sus 'costos fabriles' no pueden ser iguales a los de ésta;

"d) A la suma de todos los costos anteriores, denominada 'costo de producción', se deben añadir los 'gastos generales', consistentes en administración, ventas, distribución y promoción; tales gastos son fijados por el Gobierno en un 85% de todos los costos anteriores. Como se observa, estos costos no dependen, como los anteriores, de factores tecnológicos, sino de la política comercial de cada laboratorio. El Gobierno ejerce un control efectivo sobre los precios al señalar este por-

centaje, pues así evita que gastos extravagantes en empaques lujosos o promociones de ventas afecten en forma injustificada los precios al público;

"e) Sobre la suma de los costos y gastos ya mencionados el Ministerio adiciona otro factor: la 'utilidad' para el laboratorio en cada producto, la cual no puede exceder del 10.5% de todos los costos anteriores, según el Ministerio. Fácilmente se advierte que si los costos y gastos aceptados hasta este punto por el Gobierno, son inferiores a los costos y gastos reales, este margen de utilidad que es de suyo reducido, resulta aún menor;

"f) La suma de los costos y gastos anteriores es el 'precio al distribuidor': el 'precio al público' resulta de añadirle al 'precio del distribuidor' un 66.66% determinado por el Ministerio. Este porcentaje se denomina 'margen de comercialización', y beneficia al comerciante pero no al productor;

"g) Siendo el 'costo de producción' el 100%; los 'gastos de administración' el 85% de los primeros y la 'utilidad' igual al 10.5% de la suma anterior (es decir un 136.26%), al sumar estos porcentajes se obtiene 340%. Por eso el literal 'h' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento mencionado sobre política de precios indica que, para mayor agilidad, al señalar 'precios al público' se multiplicará el 'costo de producción' por el factor 3.4;

"h) Sinembargo, si la rentabilidad anual de un laboratorio (definida como la relación entre la utilidad neta antes de impuestos sobre el capital propio) (Sic) es superior al 33%, el Ministerio de Salud no accederá a revisar los precios de sus productos, a pesar de que la aplicación de la metodología expuesta hubiese justificado un aumento. **Este límite se encuentra en los numerales 2.1 y 2.4 del capítulo 2 del documento mencionado y también contra ambos se dirige esta demanda.**

"4) La política o metodología descrita atrás podría ser objeto de varias glosas desde el punto de vista económico, financiero o de salud social. Pero, por supuesto, los cargos de esta demanda se referirán, únicamente, a aquellos aspectos que resultan contrarios al orden jurídico".

Como violados, citó los artículos 30, 32 y 38 de la Constitución Nacional, los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, 1º y 17 de la Ley 155 de 1959.

A manera de concepto de la violación expuso:

"PRIMER CARGO:

"Violación de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 y del artículo 32 de la Constitución.

"El literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento mencionado, acogido en el artículo 1º de la resolución acusada, cuando señala cómo se deben valorar los 'costos fabriles' aceptables al fijar precios a los medicamentos, excluye la posibilidad de tener en cuenta en dichos costos las diferencias en los **niveles de salarios** existentes entre las empresas productoras. **Dicha exclusión se observa 'prima facie'.**

"Cuando los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 facultan al Gobierno para fijar precios, le ordenan que haga tal cosa con el fin exclusivo de evitar 'indebidas especulaciones' y ciertamente, el reconocimiento de los costos salariales reales envueltos en el 'costo fabril' no puede considerarse 'indebida especulación'. Por esto cuando el Gobierno adopta una metodología que impide a cada productor conseguir que sus 'costos fabriles' reales **derivados de salarios** se acepten íntegramente, excede la facultad legal. Dicho exceso lleva además a violar el artículo 32 de la Carta, como expondré enseguida.

"El artículo 32 de la Carta obliga a intervenir 'por mandato de la ley' y 'dentro de una política de ingresos y **salarios**'. Por eso cuando el Estado al actuar excede la Ley, y cuando adopta una política de intervención que **en forma evidente impide tener en cuenta los efectos que los diversos niveles salariales producen en los 'costos fabriles' de cada empresa**, viola los dos aspectos de la norma constitucional citada.

"Pido, pues, con base en estos motivos, no sólo la nulidad, sino la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acogió el literal 'd' numeral 1.1 del Capítulo I del documento 'Política para la fijación de precios a los medicamentos'.

"SEGUNDO CARGO:

"Violación de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943; de los artículos 1º y 17 de la Ley 155 de 1959, y del artículo 38 de la Constitución.

"Concepto de la violación:

"Según el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acogió el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento tantas veces mencionado, **el Ministerio no puede tener en cuenta las pruebas contables que exhiban los fabricantes para demostrar el 'costo fabril' real del producto**: tales costos han sido fijados ya de manera uniforme en ese literal por el Gobierno para todos los empresarios.

"Al adoptar tal política, el Gobierno excedió las facultades consagradas en los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 y 1ª, 17 de la Ley 155 de 1959, pues estos artículos lo autorizan para 'fijar precios' pero no para **'presumir y desconocer costos'** como hace la norma objeto de esta demanda. La facultad de 'fijar precios' está encaminada a reprimir la 'especulación indebida' y los precios 'inequitativos', pero no comprende la de obligar a los productores a vender a precios que desconozcan sus costos reales. Al exceder, por este concepto, el 'mandato de la ley' en un acto de intervención, el Gobierno violó también en forma ostensible el artículo 32 de la Constitución.

"Pero además, violó también de modo manifiesto el artículo 38 de la Carta. Porque según este artículo 'para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos'.

"Ahora bien, en una sociedad democrática, donde los deberes sociales existen para los particulares y para el Estado, (artículo 16 de la

Constitución), no es lógico afirmar que en los casos de intervención del Estado, sólo éste tiene el derecho de emplear como prueba los libros de contabilidad y demás papeles anexos, de las personas. El artículo 38 significa que en todos los casos de intervención del Estado, las personas pueden exigir que la presentación de sus libros de contabilidad y demás papeles anexos sea aceptada como prueba a su favor, si llenan los requisitos de la ley. Sin embargo, el artículo acusado, en cuanto presupone ciertos 'costos fabriles' y no deja campo para la prueba contable, viola 'prima facie' esta norma constitucional.

"También por este concepto solicito la anulación y suspensión provisional de la norma acusada, en cuanto adoptó la parte citada arriba del documento sobre política de precios.

"TERCER CARGO:

"**Violación del artículo 17 de la Ley 155 de 1959 y de los artículos 30 y 32 de la Constitución.**

"Concepto de la violación:

"Según el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, la fijación de precios por las autoridades tiene por objeto 'garantizar tanto los intereses de los consumidores **como el de los productores** y comerciantes'. Es obvio que no se garantizan los intereses de los productores si se les niega la posibilidad de conseguir que los 'costos fabriles' en que incurren realmente sean aceptados en su totalidad al fijar precios a sus productos. Por tal motivo, el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acoge el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento mencionado debe ser suspendido provisionalmente y anulado.

"El desconocimiento de los 'costos fabriles' reales vulnera, además, la garantía de la propiedad privada que consagra el artículo 30 de la Carta. Y no se diga que es éste uno de aquellos casos en los cuales, como advierte el mismo artículo, la ley obliga al interés privado a ceder ante el interés social. Porque la Ley 155 de 1959 al decir que el señalamiento oficial de precios tiene el fin de '**garantizar tanto los intereses de los consumidores como el de los productores y comerciantes**', no subordina unos a otros, sino que establece la necesidad de conciliarlos. Mientras la ley no establezca una **subordinación** entre esos intereses —privados todos— la conciliación de ellos sólo puede hacerse sin desconocer lo que estrictamente pertenece a cada uno. La conciliación operará, pues, respecto de las manifestaciones menos claras del derecho de cada uno, pero no respecto de la parte indiscutible de ese derecho. De modo que si un productor puede demostrar que ha incurrido en ciertos 'costos fabriles' deben serle reconocidos en forma plena.

"Cualquier criterio diferente, como el que contiene el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 al adoptar el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento aludido, implica violación de la garantía constitucional del artículo 30.

"La norma objetada en este cargo viola también el artículo 32 de la Carta, puesto que no se ajusta al 'mandato de la Ley' 155 de 1959.

"Cuando los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 facultan al Gobierno para fijar precios, le ordenan que haga tal cosa con el fin exclusivo de evitar 'indebidas especulaciones' y ciertamente, el reconocimiento de los costos salariales reales envueltos en el 'costo fabril' no puede considerarse 'indebida especulación'. Por esto cuando el Gobierno adopta una metodología que impide a cada productor conseguir que sus 'costos fabriles' reales **derivados de salarios** se acepten íntegramente, excede la facultad legal. Dicho exceso lleva además a violar el artículo 32 de la Carta, como expondré enseguida.

"El artículo 32 de la Carta obliga a intervenir 'por mandato de la ley' y 'dentro de una política de ingresos y salarios'. Por eso cuando el Estado al actuar excede la Ley, y cuando adopta una política de intervención que **en forma evidente impide tener en cuenta los efectos que los diversos niveles salariales producen en los 'costos fabriles' de cada empresa**, viola los dos aspectos de la norma constitucional citada.

"Pido, pues, con base en estos motivos, no sólo la nulidad, sino la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acogió el literal 'd' numeral 1.1 del Capítulo I del documento 'Política para la fijación de precios a los medicamentos'.

"SEGUNDO CARGO:

"Violación de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943; de los artículos 1º y 17 de la Ley 155 de 1959, y del artículo 38 de la Constitución.

"Concepto de la violación:

"Según el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acogió el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento tantas veces mencionado, **el Ministerio no puede tener en cuenta las pruebas contables que exhiban los fabricantes para demostrar el 'costo fabril' real del producto**: tales costos han sido fijados ya de manera uniforme en ese literal por el Gobierno para todos los empresarios.

"Al adoptar tal política, el Gobierno excedió las facultades consagradas en los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 y 1ª, 17 de la Ley 155 de 1959, pues estos artículos lo autorizan para 'fijar precios' pero no para **'presumir y desconocer costos'** como hace la norma objeto de esta demanda. La facultad de 'fijar precios' está encaminada a reprimir la 'especulación indebida' y los precios 'inequitativos', pero no comprende la de obligar a los productores a vender a precios que desconozcan sus costos reales. Al exceder, por este concepto, el 'mandato de la ley' en un acto de intervención, el Gobierno violó también en forma ostensible el artículo 32 de la Constitución.

"Pero además, violó también de modo manifiesto el artículo 38 de la Carta. Porque según este artículo 'para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos'.

"Ahora bien, en una sociedad democrática, donde los deberes sociales existen para los particulares y para el Estado, (artículo 16 de la

Constitución), no es lógico afirmar que en los casos de intervención del Estado, sólo éste tiene el derecho de emplear como prueba los libros de contabilidad y demás papeles anexos, de las personas. El artículo 38 significa que en todos los casos de intervención del Estado, las personas pueden exigir que la presentación de sus libros de contabilidad y demás papeles anexos sea aceptada como prueba a su favor, si llenan los requisitos de la ley. Sin embargo, el artículo acusado, en cuanto presupone ciertos 'costos fabriles' y no deja campo para la prueba contable, viola 'prima facie' esta norma constitucional.

"También por este concepto solicito la anulación y suspensión provisional de la norma acusada, en cuanto adoptó la parte citada arriba del documento sobre política de precios.

"TERCER CARGO:

"Violación del artículo 17 de la Ley 155 de 1959 y de los artículos 30 y 32 de la Constitución.

"Concepto de la violación:

"Según el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, la fijación de precios por las autoridades tiene por objeto 'garantizar tanto los intereses de los consumidores **como el de los productores** y comerciantes'. Es obvio que no se garantizan los intereses de los productores si se les niega la posibilidad de conseguir que los 'costos fabriles' en que incurren realmente sean aceptados en su totalidad al fijar precios a sus productos. Por tal motivo, el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 del Ministerio de Salud, en cuanto acoge el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento mencionado debe ser suspendido provisionalmente y anulado.

"El desconocimiento de los 'costos fabriles' reales vulnera, además, la garantía de la propiedad privada que consagra el artículo 30 de la Carta. Y no se diga que es éste uno de aquellos casos en los cuales, como advierte el mismo artículo, la ley obliga al interés privado a ceder ante el interés social. Porque la Ley 155 de 1959 al decir que el señalamiento oficial de precios tiene el fin de **'garantizar tanto los intereses de los consumidores como el de los productores y comerciantes'**, no subordina unos a otros, sino que establece la necesidad de conciliarlos. Mientras la ley no establezca una **subordinación** entre esos intereses —privados todos— la conciliación de ellos sólo puede hacerse sin desconocer lo que estrictamente pertenece a cada uno. La conciliación operará, pues, respecto de las manifestaciones menos claras del derecho de cada uno, pero no respecto de la parte indiscutible de ese derecho. De modo que si un productor puede demostrar que ha incurrido en ciertos 'costos fabriles' deben serle reconocidos en forma plena.

"Cualquier criterio diferente, como el que contiene el artículo 1º de la Resolución 5886 de 1976 al adoptar el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento aludido, implica violación de la garantía constitucional del artículo 30.

"La norma objetada en este cargo viola también el artículo 32 de la Carta, puesto que no se ajusta al 'mandato de la Ley' 155 de 1959.

"CUARTO CARGO:

"Violación del artículo 32 de la Constitución Nacional y de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943.

"Concepto de la violación:

"El artículo 1º de la Resolución acusada, al adoptar el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo del documento 'Política para la fijación de precios a los medicamentos', excedió la autorización intervencionista contemplada en los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, y violó, por eso, el artículo 32 de la Carta.

"En efecto, la facultad de fijar precios que otorga al Gobierno el artículo 2º de la Ley 7ª de 1943 tiene un límite preciso; consiste en que las medidas respectivas deben ceñirse a los fines que en forma expresa señala la Ley, y esos fines constan en el artículo 1º de ella y son evitar 'indebidas especulaciones'.

"Ahora bien, no se puede sugerir que si a un producto se le señala un precio que reconoce sus 'costos fabriles' reales demostrados por los medios legales de prueba, dicho señalamiento daría lugar a una 'especulación indebida'.

"Sin embargo, el procedimiento adoptado en el literal 'd' del numeral 1.1 del Capítulo I del documento al cual se refiere esta demanda, hace ineficaces las pruebas que las empresas puedan aportar acerca de sus verdaderos 'costos fabriles', pues el Gobierno los ha fijado de antemano y en forma común para todas ellas.

"Obsérvese, finalmente, que el procedimiento señalado en el literal 'd' difiere en forma sustancial del acogido en la misma Resolución para aceptar los costos de materia prima, envase y empaque, pues respecto de éstos sí se aceptan pruebas tales como facturas y manifiestos de importación.

"Reconocer, al fijar los precios, los 'costos fabriles' que cada productor pueda demostrar legalmente, no es colaborar a la 'especulación indebida'; por ello el literal 'd' del documento mencionado excede las facultades de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943.

"El artículo 32 de la Constitución advierte que la intervención del Estado en la economía se hará 'por mandato de la Ley'.

"Por eso, cuando se realiza un acto de intervención como el contenido en la Resolución que acuso, excediendo el mandato de la ley, se desconoce también la norma constitucional citada.

"QUINTO CARGO:

"Violación del artículo 17 de la Ley 155 de 1959, y de los artículos 30 y 32 de la Constitución.

"Concepto de la violación:

"El artículo 1º de la Resolución acusada, al acoger los numerales 2.1 y 2.4 del Capítulo 2 del documento 'Política para la fijación de

precios a los medicamentos', dispuso que tales precios no serían revisados cuando la rentabilidad global del respectivo laboratorio excediera el 33% anual. La rentabilidad se definió como la relación entre la utilidad neta antes de impuestos dividida por el capital propio.

"La norma acusada vulnera los derechos de los productores garantizados en el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, pues desconoce que la rentabilidad de una empresa no puede limitarse únicamente a la de su capital. En efecto, en términos contables, el capital es apenas uno de los elementos que componen el patrimonio de la empresa, y hay recursos que, sin ser parte del capital, sí lo son del patrimonio y pertenecen a los socios o empresarios, y no a terceros. Tal es el caso, por ejemplo, de las utilidades no distribuidas, y de algunas de las llamadas 'reservas'. Tales utilidades y reservas pertenecen a los socios o empresarios en cuanto tales (es decir, no dan lugar a pago de intereses, y en esto se distinguen de los préstamos de los socios a la empresa) y por lo mismo es natural que tengan derecho a obtener una utilidad como la que obtienen los recursos aportados a título de capital.

"Pero además, la norma acusada desconoce el derecho que los empresarios tienen a procurar que sus inversiones produzcan rendimientos suficientes para atender **todos** sus gastos: cuando la norma acusada establece que la rentabilidad de un laboratorio debe calcularse **antes de impuestos** para decidir si se aumentan los precios de sus productos, excluye uno de esos gastos. Por eso **tal norma crea la posibilidad aberrante de que un laboratorio no obtenga utilidad alguna después de impuestos, y sin embargo no pueda conseguir que el Ministerio le revise el precio de sus medicamentos.** En efecto, como es bien sabido, la renta líquida para efectos tributarios es distinta de la utilidad contable, y tiende a ser superior a ésta, pues la Ley tributaria no admite como gastos y deducciones ciertas expensas que, contablemente, sí determinan el nivel de utilidades. Por ello es posible que las utilidades contables desaparezcan al pagar los impuestos de renta y complementarios pertinentes.

"Por todas las razones anteriores, la norma acusada, al adoptar las partes aludidas en este cargo del documento sobre 'Política de precios', desconoce la garantía a los derechos de los productores que contiene el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, y por ello viola la garantía constitucional a la propiedad consagrada en el artículo 30 de la Carta, y constituye una intervención por fuera del 'mandato de la Ley', desconociendo así el artículo 32 de la Constitución".

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su vista de fondo expresó:

"El artículo primero de la Resolución 5886 de 1976, del Ministerio de Salud, dispone:

"Adóptase como política para la fijación de precios a los medicamentos, la contenida en el anexo adjunto a la presente Resolución, documento titulado: 'POLITICA PARA LA FIJACION DE PRECIOS A LOS MEDICAMENTOS'" (fl. 1).

"Los numerales del anexo adjunto a que se contrae la demanda de nulidad, expresan:

"Del Capítulo I: 'Constituyen elementos para la fijación de precios:

"1.1. Elementos del método. Normalización.

" 'Constituyen elementos para la fijación de precios:

"... d) Costo fabril.

"Normalizado de acuerdo con la siguiente tabla:

"Tabletas, comprimidos, pastillas. $ 0.05 (cinco centavos).

"Tabletas recubiertas con una sola capa $ 0.07 (siete centavos).

. . . . . .

"Jarabes y elíxires. $ 1.10 (un peso diez centavos) ..." (fl. 2).

"Del capítulo 2:

" '2.1. La rentabilidad máxima aceptada al laboratorio, para revisión de precios, será de treinta y tres por ciento (33%) antes de impuestos. La referida rentabilidad se medirá mediante la relación: utilidad neta antes de impuestos capital propio' (fl. 2 v.).

"Numeral 2.4. 'Los precios de los productos con factor promedio por encima del tres punto cuatro (3.4) o rentabilidad superior al treinta y tres por ciento (33%) quedan congelados y no serán revisables sino en la medida en que el incremento de costos modifique esas condiciones y las coloque por debajo de los límites estipulados' (fl. 3).

"Como normas violadas se indican en la demanda los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943 y el 32 de la Constitución Nacional.

"Si se analizan los argumentos expuestos por el demandante no puede menos que reconocerse que le asiste la razón en lo que pide, pues en verdad mediante la Ley 7ª de 1943 se facultó al Gobierno para evitar indebidas especulaciones, que conforme al artículo 52 de la Constitución Nacional 'se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes...'.

"Como puede verse, esta intervención está condicionada al mandato de la Ley, y aun cuando en la Resolución 5886 de 1976, del Ministerio de Salud, se omitió expresar la norma de la cual se hizo uso al proferir la Resolución acusada, todo parece indicar que tal norma no existe sin que pueda aducirse en su defecto el contenido de la Ley 7ª de 1943, pues en ésta las facultades se dan al Gobierno y bien sabido es que el Gobierno lo integran el Presidente de la República y el respectivo Ministro.

"Obvio que el costo fabril 'depende en realidad del proceso especial de fabricación y del equipo que emplea cada productor', pues en verdad ello equivaldría a suponer que todas las materias primas tienen un mismo valor y que la administración, maquinaria, mano de obra y volumen de producción son idénticos en todas las empresas que se dedican a su procesamiento.

"Por este aspecto, la Fiscalía considera que debería accederse a lo demandado, sinembargo, para llegar a este resultado positivo se encuentra con un obstáculo de forma, cual es la falta de autenticación del documento anexo a la Resolución 5886, pues a pesar de ser tal anexo complementario, su autenticación separada se hace indispensable por razón de pertenecer al mismo los numerales demandados.

"Si tal omisión no ha sido subsanada antes de proferir sentencia, en concepto de esta Fiscalía no puede fallarse en el fondo del presente proceso".

Por tanto, debe la Sala elucidar ante todo si el acto acusado está o no debidamente autenticado.

Al folio 1 obra copia de la Resolución Nº 5886 del 27 de julio de 1976, materia de la acusación en este proceso. Allí se lee: "Es fiel copia. — Leonor Romero de Celedón. — Jefe Archivo General" y se agrega "Es copia auténtica, Leonor Romero de Celedón. — Jefe Archivo General". Además, se observa un sello en el que se lee: "República de Colombia. Ministerio de Salud Pública. Sección de Servicios Generales. Jefe Archivo".

Al folio 1 vuelto e integrando un solo cuerpo con el folio 1, comienzan los anexos de que trata la resolución acusada, anexos que se extienden hasta el folio 6.

La parte de anexos que va del folio 1 v., al 4, están cobijados bajo el enunciado: "Continuación de la Resolución número 5886, "por la cual se determina la política del Ministerio de Salud para la fijación de Precios a los Medicamentos".

Considera la Sala que la autenticación visible al folio 1 comprende lo que va desde este folio hasta el 4, porque forma un solo cuerpo integrante de la Resolución 5886, que es la acusada.

En cuanto a los cuadros o formularios de los folios 4 v. a 6, no integran el acto acusado, siendo meras indicaciones sobre la manera de suministrar los datos previstos en la Resolución 5886 de 1976.

De consiguiente, debe concluirse en que el acto acusado y sus anexos integrantes se hallan debidamente acreditados en el proceso.

No observándose causal alguna de nulidad, para resolver se considera:

Se acusa en primer término, la Resolución 5886 por ser violatoria de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, e indirectamente, del artículo 32 de la Carta.

En concepto de la Sala, los citados textos de la Ley 7ª de 1943 fueron reiterados por el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, el que es del siguiente tenor:

"Artículo 17. En cumplimiento del artículo 32 de la Constitución Nacional, el Ejecutivo podrá intervenir en la fijación de los precios con el fin de garantizar tanto los intereses de los consumidores como el de los productores y comerciantes. La fijación de precios podrá realizarla el Gobierno, como una de las medidas que se tomen con base en la investigación que se haya verificado de acuerdo con esta Ley,

y para los productos o servicios de la empresa objeto de la investigación.

"Igualmente el Estado podrá adoptar las siguientes medidas:

"a) Fijar un plazo perentorio para que cesen las prácticas, sistemas o procedimientos prohibidos;

"b) Someter a la empresa o empresas cuyas prácticas se investigan, a la vigilancia de la respectiva entidad encargada del control, por un tiempo determinado, en cuanto a su política de producción, costos, distribución y precios, y con el solo fin de comprobar que la empresa o empresas acusadas no continúan ejerciendo las prácticas comerciales restrictivas que dieron lugar a la investigación".

Basta comparar el artículo transcrito con los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, para percatarse de lo dicho:

"Artículo 1º —Ley 7ª de 1943— 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 2º —Ley 7ª de 1943— El Gobierno dictará las medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta Ley, y así podrá fijar: los precios máximos de venta o los mínimos en los distintos mercados del país, de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios".

La Ley 155 de 1959 regula la misma materia de que tratan los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, a saber, la intervención del Estado, con base en el artículo 32 de la Constitución, en los precios de los productos de primera necesidad (víveres, drogas, etc.).

No puede, pues, existir el quebranto directo de los citados textos de la Ley 7ª e indirecto del artículo 32 de la Carta, si aquella fue derogada por la Ley 155 de 1959.

No obstante, la Sala considera que la Ley 155 de 1959, complementó, sin derogar, los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943.

Se acusa, también, la Resolución 5886 por quebranto directo del artículo 17 de la Ley 155 de 1959 e indirecto del artículo 32 de la Constitución, en cuanto la citada ley atribuyó la intervención al "Gobierno" y la Resolución 5886 fue dictada por el Ministro de Salud, el que por sí solo no es el Gobierno.

Aunque nada se diga sobre el particular en el acto acusado, aparece de su contexto que el Ministerio de Salud obró en uso de las atribuciones que le fueron conferidas por el artículo 2º, letra b), del Decreto Legislativo Nº 149 de enero 27 de 1976, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 28 de 1974.

Ese precepto modificó, a su vez, el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, en el sentido de que se encomendó la intervención prevista en la Ley 155 de 1959 (en desarrollo del artículo 32 de la Carta) al Ministro de Salud, cuando de drogas se tratare.

Obsérvese que el artículo 32 de la Constitución habla de "Intervención del ESTADO" no del "GOBIERNO". Por tanto, bien puede la ley ordenar que la referida intervención la ejercite un Ministro o un Superintendente, que fue lo que hizo el Decreto-Ley 149 de 1976.

Por tanto, debe concluirse en que el literal b) del artículo 2º del Decreto 149 en referencia, constituye suficiente fundamento para la intervención en los precios de las drogas, efectuado por el Ministerio de Salud en el acto acusado, el cual constituye una aplicación del citado Decreto Legislativo, el que es, a su vez, aplicación del principio de la intervención económica prevista por el artículo 32 de la Carta, como una medida sujeta al mandato del legislador, legislador que puede ser el ordinario, esto es, el Congreso, o el extraordinario, o sea el Presidente de la República, pues el Acto Legislativo Nº 1 de 1968 no reprodujo la prohibición contenida en el Acto Legislativo 1 de 1936, en virtud de la cual le estaba vedado al Presidente efectuar la intervención por medio de decretos dictados en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Primer Mandatario, en ejercicio de lo dispuesto por el artículo 76, numeral 12 de la Carta.

Por tanto, si el Decreto Legislativo Nº 149 de 1976 ordenó la intervención en los precios de los bienes y servicios determinados en los artículos 1º a 6º del mismo Decreto, en desarrollo del artículo 32 de la Constitución y adscribió esa intervención al Ministro de Salud, modificó, en lo que le sea contrario, la legislación anterior.

Encuentra la Sala que el acto acusado se ajusta a la Ley que ordenó la intervención, y no viola el artículo 32, C. N.

En efecto, como lo ha sostenido esta Corporación, la intervención del Estado, por mandato del legislador, conforme a este precepto, no pertenece a la categoría normativa del numeral 11 del artículo 76 de la Carta, sino que integra una clase diferente de normas a saber, las que facultan al Estado para la intervención ordenada por el legislador, facultades de **origen** legislativo y de naturaleza legislativa, desde el punto de vista material, e indefinidas en el tiempo, mientras la ley de intervención esté vigente; aunque no sean ilimitadas en su materia, pues ésta se halla delimitada por el mandato mismo de intervención y por las demás normas de la Constitución que adscriben al Congreso la expedición de cierta clase de normas, como las leyes cuadros o la regulación o limitación de las actividades o profesiones de los particulares, o la expedición de Códigos en las distintas ramas de la Legislación, etc. (Arts. 76, 39, etc. C. N.).

De otra parte, al fijar el Gobierno, en acto ya no general y abstracto sino individual y concreto el precio de las diversas drogas, queda expedita a los afectados con ese acto, la acción de plena jurisdicción para obtener la fijación de un precio legal y equitativo.

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, oído el concepto del señor Fiscal,

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha noviembre cuatro de mil novecienos setenta y siete (1977).

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, (no asistió), *Carlos Galindo Pinilla, Alvaro Pérez Vives.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO. — Cuándo debe ser motivado? Cuándo debe ser la motivación. Control de legalidad y jurisdiccional sobre motivos?

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

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Aníbal Restrepo S.**)

Referencia: Expediente Nº 4002. Resoluciones Ministeriales. Actor: 'COMPAÑIA COLOMBIANA DE CERAMICA, S. A.'.

El apoderado judicial de la Compañía Colombiana de Cerámica S. A., ha demandado ante esta Corporación, la nulidad de la Resolución número 02746 de Noviembre 7 de 1972 mediante la cual el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social impartió aprobación a la reforma estatutaria de la Organización Sindical de primer grado y de base denominada "Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Cerámica S.A." a que alude el acta de la Asamblea General celebrada por dicha organización, con fecha 27 de agosto de 1972.

En el aparte del escrito de demanda se afirma que el Ministerio del Trabajo dio aprobación a la reforma estatutaria "con abuso de autoridad y desviación de poder..." de conformidad con los artículos 353, 386 y 387 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demanda se funda en la siguiente argumentación, que transcribe la Sala por ser pertinente:

"1. El artículo 366 del Código Sustantivo del Trabajo le asignó competencia privativa al Ministerio del Trabajo para reconocer la personería jurídica de los sindicatos, reconocimiento que debe hacerse en el caso de que los Estatutos del Sindicato sean contrarios a la Constitución Nacional, a las Leyes de la República, a las buenas costumbres, o contravengan disposiciones especiales del Código Sustantivo del Trabajo, como lo enseña la citada disposición legal.

"2. La más alta autoridad de toda asociación es la reunión de las personas que la integran y que comunmente denomina 'asamblea general'. Con relación a las asociaciones sindicales, en particular, dispone el artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo que 'ninguna asamblea general' puede actuar válidamente sin el **quórum** estatutario, que no será inferior a la mitad más uno (1) de los afiliados".

"Y el artículo 387 **ibídem** señala el modo como puede operar ese máximo organismo sindical, denominado 'asamblea general', en el evento de que determinadas circunstancias fácticas, expresamente previstas en la citada norma legal, impidan reunión física de la mitad más uno, por lo menos, de los trabajadores que integran la organización sindical.

"Dice así la citada norma legal: 'Cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulta impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea'.

"Como se ve, la mencionada norma legal exige que se den determinadas circunstancias fácticas, que de suyo hagan físicamente imposible la reunión de los trabajadores integrantes de la asociación, en una proporción igual a la mitad más uno, cuando menos, para que sea viable la operancia de ese otro modo de expresión de la asamblea general, que la mencionada norma legal prevé: De donde resulta que sólo unas determinadas y precisas circunstancias fácticas previstas por la ley, que hagan impracticable el sistema establecido en el artículo 386 citado, autorizan a la organización sindical para reglamentar en sus estatutos 'otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea'.

"3. Consecuencialmente, habrá que indagar en cada caso si la reunión de la asamblea general del sindicato, en una proporción por lo menos igual a la mitad más uno de sus afiliados, es en verdad impracticable, para que sea jurídicamente posible la excepción mencionada, teniendo en cuenta que 'impracticable' es, según el diccionario de la Academia de la Lengua, 'lo que no se puede practicar, es decir ejercitar'.

"Además, será aplicable la excepción mencionada a trabajadores sindicalizados que no pueden reunirse físicamente en una proporción mínima de la mitad más uno, porque: a) 'La naturaleza misma de las actividades' que ejercen se lo impide, como sucede, por ejemplo, con el personal adscrito a tripulaciones aéreas, terrestres o marítimas; b) por causa de la 'profesión de los afiliados', cual es el caso de los vendedores y agentes viajeros que desempeñan sus funciones en lugares distintos a la sede de la empresa empleadora; c) por motivo de la 'distribución geográfica', en el evento de que la empresa empleadora tenga factorías, sucursales o agencias en distintos lugares del país, si el sindicato es de base, o porque los afiliados al sindicato laboral con patronos que tienen sus lugares de trabajo en diferentes lugares del país, como puede suceder con los sindicatos de industria o gremiales; y d) Porque "el excesivo número" de los trabajadores afiliados al sindicato haga impracticable que se reúnan en una proporción mínima de la mitad más uno.

"A los sindicatos cuyos miembros se hallan en cualesquiera de las circunstancias anotadas, les concede la ley un régimen de excepción, para que el derecho de expresión de cada uno de sus miembros sea operante, para que el régimen legal que garantiza la libre expresión

de las opiniones de sus miembros, en forma democrática, no se convierta en letra muerta.

"4. Pero para que el sindicato pueda reunir sus asambleas generales por fuera de las previsiones señaladas en el artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo es indispensable que no exista ninguna duda sobre la imposibilidad en que se hallan sus afiliados para reunirse, cuando menos, en la proporción de la mitad más uno, por cualesquiera de las causas que el artículo 387 **ibídem** señala taxativamente, en atención a que las normas legales de carácter exceptivo son de riguroso entendimiento, de literal observancia, que de suyo rechazan la aplicación analógica, como lo enseñan las reglas de hermenéutica jurídica.

"5. Pese a la claridad de la norma establecida como regla general en el artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo y de la precisa regulación taxativa que consagra, a manera de excepción el artículo 387 **ibídem**. sucedió que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con abuso de autoridad y desviación de poder, aprobó en su Resolución acusada la reforma del artículo noveno de los Estatutos del mencionado sindicato, en los términos que se copiaron en los hechos 3º y 4º de esta demanda.

"Mediante el citado acto administrativo permitió dicho Ministerio la violación del artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida del artículo 187 **ibídem**, pero lo cierto es que en el caso del sindicato de base de los trabajadores de la COMPAÑIA COLOMBIANA DE CERAMICA, S. A. no se da ninguno de los requisitos señalados en el artículo 387 citado. En efecto, todos los miembros del nombrado sindicato laboran en una sola empresa, que tienen su factoría en el Municipio de Madrid, (Cundinamarca); en una sola planta industrial; en actividades de producción que no les exige alejarse del mencionado lugar de trabajo; y el número de sus afiliados era de trescientos noventa y seis (396) trabajadores como aparece del Acta de 27 de agosto, ya citada, que se reunían en asamblea general, sin inconveniente alguno desde el funcionamiento del sindicato, en la forma prevista por el artículo noveno original de sus Estatutos.

"6. Pero además de cuanto se deja expresado resulta que en el caso **sub judice** se reformaron los supradichos Estatutos con la finalidad de sustituir la máxima autoridad sindical, que no por mandato legal expreso la asamblea general de los trabajadores que integran el sindicato, por un organismo de expresión distinto, no previsto ni autorizado por norma legal alguna.

"En efecto, la cuestionada reforma estatutaria dijo al respecto: 'La máxima autoridad del sindicato es la ASAMBLEA DE DELEGADOS, que estará formada por un delegado por cada diez afiliados o fracción de cinco (5) o mas. Será quórum de la reunión la asistencia de la mitad más uno de los delegados presentes. La elección de los delegados se hará por votación secreta y papeleta escrita y su período será de un año'.

"Pero resulta que lo que permite el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo es que la Asamblea General, sin perder su natu-

raleza jurídica propia y su máxima jerarquía en todos los órganos representativos del sindicato, se integre en un momento dado y por razón de las precisas circunstancias fácticas señaladas en dicha norma, en forma distinta a la prevista como regla general en el artículo 386 del citado Código.

"Mas la ley no autoriza al Sindicato para crear estatutariamente ningún órgano que sustituya su Asamblea General, que por imposición legal expresa es la máxima autoridad del Sindicato.

"7. Ante lo dispuesto en las normas legales que se han citado, resulta ostensible que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobó la cuestionada reforma estatutaria con abuso de autoridad y desviación de poder, puesto que tal reforma viola lo que claramente se dispone en los artículos 386 y 387 del Código Sustantivo del Trabajo, comentados antes, en relación con el artículo 353 **ibídem**, conforme al cual los sindicatos deben ajustarse a la ley en su organización, funcionamiento y ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

"La mencionada reforma estatutaria ha permitido, contra el querer de la ley, que grupos minoritarios de trabajadores de la COMPAÑIA COLOMBIANA DE CERAMICA S. A. suplanten el querer y la voluntad de los trabajadores que integran el sindicato de base de esa empresa, puesto que la referida reforma estatutaria conduce necesariamente a la consecuencia de sustituir un sindicalismo basado en el principio democrático de 'la mitad más uno', que es el autorizado por la ley colombiana, por un sindicalismo manipulado por pequeños grupos minoritarios, que de hecho sustituyen la voluntad real de los trabajadores por el querer de unos pocos, con las consecuencias que es de suponer ante los derechos y facultades que al sindicato le asignan los artículos 353, 357, 366, 369, 373, 374 y 376 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se invocan como infringidos con el acto enjuiciado, los artículos 366, 386 y 387 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 44 de la Constitución Nacional y en las normas establecidas en los artículos 14, 353, 357, 373, 374 y 376 del mismo Código citado.

El proceso ha recibido la tramitación legal, habiéndose constituido en parte impugnadora, mediante el apoderado, el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Cerámica S. A. En alegato de conclusión aquél se opuso a las peticiones de la demanda y defendió, la legalidad del acto enjuiciado.

No existiendo vicio procedimental que invalide lo actuado la Sala procede a dictar sentencia, previas las siguientes

Consideraciones

1) En la oportunidad legal, la Fiscalía Cuarta del Consejo emitió conceptos en sentido adverso a las pretensiones de la demanda.

Sea lo primero entrar a analizar si la resolución impugnada puede ser propuesta en cualquier tiempo y por cualquier persona.

En efecto según jurisprudencia del Consejo de Estado de agosto 10 de 1961 y 21 del mismo mes de 1972 se dijo que "los artículos 62 a

65 del Código Contencioso Administrativo prescriben que la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos, sin distinguir entre los creadores de situaciones jurídicas generales y particulares, por lo que no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente".

2) Como en el fondo la impugnación toca con la defectuosa, ilegal e insuficiente motivación del acto administrativo, se anota:

La administración, por regla general, no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo a su medida, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta aseveración no se concluye que los actos administrativos puedan carecer de motivo legal, porque es bien sabido que éstos tienen que corresponder a la existencia de una situación fáctica o legal anterior de carácter determinante, máxime cuando con dichos actos se afecten ciertas situaciones jurídicas ya creadas.

De allí que la carencia de motivos justificativos deje ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad: o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.

Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular.

La doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez, al ejercer su control, constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

Aunque no es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, la doctrina ha sentado ciertas pautas a ese respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada: el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento: el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expide siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley: en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado.

Visto lo anterior, se agrega:

Si los motivos del acto administrativo se refieren a la constatación de la situación fáctica, a su calificación jurídica o a la interpretación de la ley que lo fundamenta, el control es de legalidad y puede ir hasta la confrontación de la exactitud de los motivos expuestos.

Si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular.

Si la administración motiva sin estar obligada a ello, los motivos expresados serán susceptibles de control jurisdiccional y su inexactitud podrá producir la anulación del acto.

Finalmente, la motivación, ante todo, debe ser seria, adecuada o suficinte e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos. Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que las presentó como justificación, carente de motivación.

En opinión de la Sala, la resolución en estudio adolece de esta última falla, tal como se aplica luego a la transcripción del siguiente párrafo de la motivación: "Que hecho el estudio del expediente se observa que las reformas introducidas a los estatutos vigentes se ajustan a las prescripciones del artículo 369 del Código Sustantivo del Trabajo, y no son contrarias a la Constitución Nacional y leyes de la República, ni a las buenas costumbres del país".

La obligación de motivar no se cumplió con la formulación del párrafo transcrito, ya que las frases allí empleadas servirían o son susceptibles de ser aplicadas a todos los casos de reformas estatutarias y son las clásicas fórmulas de comodín que nada dicen ni indican. Tampoco se aprecia allí mismo los fundamentos enunciados por el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo. Y la referencia que se hace del artículo 369 del mismo Código no es pertinente, puesto que esta norma determina los procedimientos y la competencia, pero no los motivos o las circunstancias de hecho para variar la composición de la Asamblea General del Sindicato.

Pero la Sala anota que la administración no estaba facultada para emitir discrecionalmente el acto impugnado. Ella debía ajustarse a los factores de la ley. Estos factores son nociones jurídicas claras y concretas que deben ser examinadas por el funcionario objetivamente, de acuerdo con los datos de la experimentación, y su falsa o errónea calificación implica violación de la ley, controlable jurisdiccionalmente.

3) El Código Sustantivo del Trabajo exige que en los estatutos de las organizaciones sindicales se establezcan reglas que permitan una participación democrática y representativa de los afiliados, ya que como lo dice bien el señor apoderado de la empresa, las asambleas sindicales debe ser fiel expresión de las mayorías.

Por eso mismo la ley admite otros sistemas de participación en las asambleas, pero solo como excepción. Y esa incompatibilidad de la participación directa de todos los afiliados como se indica en la demanda solo "será aplicable la excepción mencionada a trabajadores sindicalizados que no pueden reunirse físicamente en una proporción mínima de la mitad más uno, porque: a) "la naturaleza misma de las actividades" que ejercen se lo impide, como sucede, por ejemplo, con el personal adscrito a tripulaciones aéreas, terrestres o marítimas; b) por causa de la "profesión de los afiliados", cual es el caso de los vendedores y agentes viajeros que desempeñan sus funciones en lugares distintos de la sede de la empresa empleadora; c) Por motivo de la "distribución geográfica", en el evento de que la empresa empleadora tenga factorías, sucursales o agencias en distintos lugares del país, si el sindicato es de base, o porque los afiliados al sindicato laboren con patronos que tienen sus lugares de trabajo en diferentes lugares del

país, como puede suceder en los sindicatos de industria o gremiales; y d) porque "el excesivo número" de los trabajadores afiliados al sindicato haga impracticable que se reúnan en una proporción mínima de la mitad más uno".

En tal sentido el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

"Cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulta impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea".

Como se observa en la parte motiva de la resolución acusada no se hizo ni se apreció los factores que el mismo artículo señala como el de naturaleza de las actividades de los afiliados, número excesivo y situación geográfica.

Según se vio en la inspección judicial, las asambleas se llevaban a cabo aun en días hábiles y horas laborables, con permiso de la empresa. No se demostró que se hubiese impedido siquiera en alguna oportunidad la celebración de tales asambleas. Además el número excesivo de trabajadores afiliados al sindicato que impidiese la reunión de la Asamblea quedó desvirtuado con la afirmación del señor Fiscal del Sindicato de que éstas se llevaban a cabo normalmente, con las normales dificultades propias de esta clase de reuniones. Tanto es así que el día 27 de agosto, fecha en la que se celebró la asamblea que modificó los estatutos, también se trabajaba en la Empresa y no obstante se conformó el quórum suficiente para deliberar y tomar determinadas decisiones. Igualmente se demostró en la Inspección Judicial que el Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Cerámica S. A. tiene adecuadas y suficientes oficinas en el lugar sede de la Empresa y cuando ésta no las poseía, la Empresa facilitaba en horas laborables un local apropiado.

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

Falla:

Artículo primero: Declárase la nulidad del artículo primero de la Resolución Número 02746 de 7 de noviembre de 1972, expedida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en lo referente a la aprobación que hizo del artículo noveno de los Estatutos del "Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Cerámica S. A.".

Artículo segundo. En consecuencia, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social procederá a hacer las anotaciones correspondientes en el Registro Sindical, respecto a la aprobación de la reforma estatutaria de que se da cuenta el Acta de 27 de agosto de 1972, celebrada por el mencionado Sindicato.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 19 de agosto de 1977.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

NIVELES MINIMOS DE PRODUCTIVIDAD. — Nulidad a la Resolución número 072 de 1976 originaria del Ministerio de Agricultura "por la cual se determinan los niveles mínimos de productividad para el año de 1975".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., octubre trece de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**).

Referencia: Expediente Nº 2248. Actor: Bernardo Carreño Varela.

En demanda presentada ante esta Corporación el día 14 de abril del año en curso, el ciudadano BERNARDO CARREÑO VARELA, en acción pública, obrando en su propio nombre, solicita de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

"Nulidad de la Resolución Nº 072 de marzo 9 de 1976, del Ministerio de Agricultura 'por la cual se determinan los niveles mínimo de productividad para el año de 1975', que adjunto en copia auténtica, del Diario Oficial Nº 34553 del 18 de mayo de 1976.

"Subsidiariamente solicita que se decrete la nulidad de los artículos 1º y 7º de la citada Resolución".

También solicitó la SUSPENSION PROVISIONAL, de los actos acusados, y esta fue decidida por auto de fecha 25 de abril de este año.

Como hecho para sustentar la anterior solicitud, el actor expresó:

"El único hecho que debo referir al Honorable Consejo de Estado es que el señor Ministro de Agricultura en uso de las atribuciones y obligaciones que le imponen los artículos 56 de la Ley 135 de 1961, y 4º del Decreto 1369 de 1974 dictó la resolución impugnada. Sólo que en vez de dictarla para que rigiera el año de 1976 como ha debido hacerlo, la dictó por los años de 1975".

En esta Corporación, el proceso ha recibido el trámite correspondiente y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes consideraciones:

El concepto Fiscal

El doctor Gilberto Gartner Posada, Fiscal Segundo, en su vista de fondo fechado el 31 de agosto del año en curso, sostiene que bastan las consideraciones que el señor Consejero sustanciador hizo en el auto que decidió la suspensión provisional, para "concluir que el acto demandado, por contrariar en forma ostensible normas legales de superior jerarquía, debe ser declarado nulo".

Para resolver se considera

A petición del demandante, se suspendió provisionalmente el acto acusado, por auto de 25 de abril del año en curso, con las siguientes consideraciones:

"Según el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 (hoy 21 de la Ley 4ª de 1973), se tendrán como terrenos adecuadamente explotados aquéllos cuyos propietarios hayan cumplido determinados requisitos, entre otros, el señalado en el ordinal 3º que dice:

"3º Que durante los tres (3) años inmediatamente anteriores, han obtenido en su predio los mínimos de productividad que para la respectiva región, cultivo o explotación ganadera haya señalado el Ministerio de Agricultura".

"Y conforme al Decreto Reglamentario Nº 1369 de 1974, artículo 1º, **'En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 56 de la Ley 135 de 1961, introducido por el artículo 21 de la Ley 4ª de 1973, el Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable del Consejo Asesor de Política Agropecuaria, expresado en la forma indicada en los artículos 4º y 5º de este Decreto, SEÑALARA ANTES DE CADA 1º DE FEBRERO, sin perjuicio en lo dispuesto en el citado artículo 5º, los mínimos de productividad QUE DEBEN REGIR EN EL RESPECTIVO AÑO, mediante Resolución de carácter general para cada uno de los cultivos, explotación ganadera o forestal existentes en una región o subregión. Dichos niveles se fijarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes".** (Mayúsculas y subrayas de la Sala).

"O sea, que los mínimos de productividad deben ser señalados por Resolución de carácter general antes del 1º de febrero del año respectivo y rigen, precisamente, para el año en el cual se dicta la Resolución.

"El acto acusado, en cambio, no obstante que pretende apoyarse en las facultades conferidas 'por los artículos 56 de la Ley 135 de 1961 con la modificación introducida por la Ley 4ª de 1973 y 4ª del Decreto 1369 de 1974', señala, en marzo 9 de 1976, 'los niveles mínimos de productividad para el año de 1975'.

La simple comparación entre las normas superiores que sirven de fundamento a la Resolución acusada y ya analizados, con las disposiciones contenidas en los 20 artículos de dicha Resolución, es suficiente para que salte a la vista, sin necesidad de razonamientos, investigaciones o análisis, la ostensible, manifiesta y flagrante violación de las normas legales y reglamentarias invocadas por el demandante".

La situación no ha cambiado, no hubo pruebas, por ser un asunto de puro derecho y la Sala encuentra plenamente valederas las razones expuestas en la providencia citada sin que se considere necesarios otros argumentos.

La violación de las normas superiores citadas por el demandante, implican la prosperidad de la nulidad impetrada.

En mérito de las graves 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:

Declárase la NULIDAD, en todas sus partes, de la Resolución Nº 072 de nueve (9) de marzo de 1976, originaria del Ministerio de Agricultura "por la cual se determinan los niveles mínimos de productividad para el año de 1975".

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Archívese el expediente.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día trece de octubre de mil novecientos setenta y siete.

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

Victor C. Villaquirán M., Secretario.

PERSONAL DOCENTE. — Traslado de profesores escalafonados para poder reclamar sobre la estabilidad. El profesor debe cumplir el traslado y así evitar el abandono del cargo. Los cargos ejercidos transitoriamente y que produzcan incremento en la remuneración, no determinan para el profesor escalafonado un "estatus" jurídico diferente al obtenido en la categoría correspondiente.

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

(Consejero ponente: **Doctor Ignacio Reyes Posada**).

Referencia: Expediente Nº 2084. Resoluciones Ministeriales. Actor: Jorge Edgar Paz Guerrero.

Consulta el Tribunal Administrativo de Nariño su sentencia de 18 de agosto de 1977, recaída en el juicio iniciado por el señor JORGE EDGAR PAZ GUERRERO, por intermedio de apoderado, mediante el cual se solicitó hacer las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nula la Resolución Nº 2503 de cuatro de mayo de 1976 proferida por el Ministro de Educación Nacional en virtud de la cual se dispone regresar a la docencia en su calidad de Profesor de Enseñanza Secundaria, al señor Jorge Edgar Paz Guerrero, quien ejerce el cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones, de Pasto, y a partir del Primero de abril de 1976, trasládase al señor Jorge Edgar Paz Guerrero, como profesor de Enseñanza Secundaria, con asignación mensual de acuerdo a la categoría que acredite en el (sic) Escalafón docente, de la Normal Nacional de Varones de Pasto a la Normal Nacional de Varones de Manizales, en reemplazo de Luis Jaime Herrera Ríos, quien renunció";

"SEGUNDA. Que, en consecuencia, se disponga el restablecimiento al cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de Pasto o a otro de igual o superior categoría en relación (sic) con el señor Jorge Edgar Paz Guerrero;"

"TERCERA. Que, así mismo, se condene a la Nación —Ministerio de Educación Nacional— a pagar en favor del mentado señor Jorge Edgar Paz Guerrero los sueldos (sic), prestaciones, primas y demás de-

rechos laborales dejados de percibir por mi poderdante desde que se produjo prácticamente su despido del cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de Pasto hasta que se efectúe el restablecimiento a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría".

"CUARTA. Que se declare que no hay solución de continuidad para efectos de las prestaciones sociales en relación con el lapso de separación de la Administración por la causa indicada".

Como hechos de la acción el actor relata que se encuentra inscrito en la Cuarta Categoría Especial del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria; que "inusitadamente en virtud de la Resolución Nº 2503 de 4 de mayo del año en curso proferida por el Ministerio de Educación se dispuso regresar a la docencia en su calidad de Profesor de Enseñanza Secundaria al señor Jorge Edgar Paz Guerrero, quien ejerce el cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de Pasto, como profesor de enseñanza secundaria con asignación mensual de acuerdo a la categoría que acredita en el escalafón docente, de la Normal Nacional de Varones de Pasto a la Normal Nacional de Varones de Manizales, en reemplazo de Luis Jaime Herrera Ríos, quien renunció, con manifiesta desmejora en cuanto a la categoría y remuneración"; y que tal acto se asimila a un despido, pues quebranta la estabilidad que confiere el escalafón.

El actor señala las disposiciones violadas en especial los artículos 6º y 9º de la Ley 43 de 1945 y explica su contenido.

Adoptado el trámite procesal el Tribunal falló en la siguiente forma:

"PRIMERO. "Es nula la Resolución Nº 2503 de 4 de mayo de 1976, proferida por el Ministerio de Educación Nacional en virtud de la cual se dispone regresar a la docencia en su calidad de Profesor de Enseñanza Secundaria, al señor JORGE EDGAR PAZ GUERRERO quien ejerce el cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones, de Pasto, Nariño y a partir del Primero de abril de 1976, trasládase al señor Jorge Edgar Paz Guerrero, como profesor de Enseñanza Secundaria, con asignación mensual de acuerdo a la categoría que acredite en el Escalafón docente, de la Normal Nacional de Varones de Manizales, en reemplazo de Luis Jaime Herrera, quien renunció".

"SEGUNDA. Como consecuencia de la nulidad que se declara, el Ministerio de Educación Nacional restablecerá al señor JORGE EDGAR PAZ GUERRERO, al cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de Pasto, Nariño, o a otro de igual o superior categoría".

"TERCERA. Condénase a la Nación —Ministerio de Educación Nacional— a pagar en favor del señor JORGE EDGAR PAZ GUERRERO, los sueldos, prestaciones, primas y demás derechos laborales dejados de percibir desde que se produjo su despido del cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de Pasto, Nariño, hasta que se efectúe el reintegro al servicio. La Nación debitará de la suma que pague al demandante, todo lo que éste hubiere devengado del Estado, en el desempeño de cualquier cargo público".

"CUARTA. Para todos los efectos prescritos en las leyes laborales, se declara que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio, con relación al tiempo en que permanezca fuera del mismo".

Como la consulta se resuelve de plano la Sala procede a hacerlo previas las siguientes consideraciones:

Tanto de la relación de hechos de la demanda como del Capítulo relativo a las disposiciones violadas y concepto de la violación, se encuentra que el actor, ante la resolución de traslado a la docencia en otro establecimiento educativo asimiló el traslado a un despido y, en consecuencia, se abstuvo de obedecer la orden superior negándose a iniciar la prestación de servicios en el establecimiento a donde había sido designado. Así se deduce de los hechos tercero y cuarto de la demanda, en donde se afirma: "Tal acto se asimila a un despido, pues quebranta la estabilidad que confiere el escalafón, ya que se produce una manifiesta desmejora en cuanto a la categoría y remuneración": "mi poderdante con tan extraño proceder quedó separado de sus funciones en la actividad docente y prácticamente fue despedido arbitrariamente de la Administración". En el mismo orden de ideas afirma el apoderado del actor al analizar las disposiciones violadas: "mi poderdante no se sometió a semejante tratamiento y se consumó el despido".

Tal hecho encuentra confirmación en el oficio dirigido al Tribunal Administrativo de Nariño por el Asistente Administrativo de la División de Personal del Ministerio de Educación Nacional, visible a folio 29 del expediente, en el cual se afirma "que el señor JORGE EDGAR PAZ GUERRERO fue nombrado Profesor de Enseñanza Secundaria de tiempo completo especialidad Biológicas en la Normal Nacional de Varones en la ciudad de Manizales, de acuerdo con mensajes del Director no se presentó a laborar y por tal razón se declaró vacante el cargo".

Está probado en el proceso que el actor se encuentra inscrito en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria en Cuarta Categoría Especial con especialidad en Biológicas y Química (folio 9). Venía ejerciendo el cargo de Rector de la Normal Nacional de Varones de la ciudad de Pasto desde el 1º de octubre de 1968, hasta cuando fue regresado a la docencia en su calidad de Profesor de Enseñanza Secundaria a la Normal de Varones de Manizales, "como profesor de enseñanza Secundaria a la Normal de Varones de Manizales, como profesor de enseñanza secundaria, con asignación mensual de acuerdo a la categoría que acredita en el Escalafón Docente" como lo expresa la Resolución Nº 2503 de 4 de mayo de 1976, objeto de la acusación.

Como hemos visto la demanda indica como violado el artículo 9º de la Ley 43 de 1945 y el 17 de la Constitución Nacional. El artículo 9º citado establece que "ningún profesor escalafonado en desempeño de funciones docentes oficiales, podrá ser destituido de su cargo sin antes ser excluído del Escalafón".

En el presente caso el actor no fue destituido ni aparece acción alguna del Ministerio de Educación enderezada a excluir al señor PAZ GUERRERO del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, sino que se decretó un simple traslado, dentro de la categoría docente, en que se encuentra ubicado, a la Normal Nacional de Varones de Manizales.

En ninguna norma legal aparece que la estabilidad relativa de que gozan los profesores inscritos en el Escalafón Nacional implica para

la Administración la imposibilidad de decretar traslados, cuando se respeta la categoría en que el funcionario esté inscrito y la asignación mensual que a tal categoría corresponde. Así, por ejemplo, el artículo 36 del Decreto 30 de 1948 establece que "los profesores en el ejercicio de la docencia tan solo podrán ser trasladados de un establecimiento a otro cuando, a juicio del Ministerio, dicho cambio redunde en beneficio de la educación". De suerte que es claro que la capacidad para juzgar sobre las necesidades del servicio la otorga el reglamento al Ministerio de Educación y no al juicio o parecer del funcionario escalafonado.

En igual sentido se ha expresado en referidas oportunidades esta Corporación, como aparece en la sentencia que se transcribe: "Estima la Corporación que no existe ninguna norma que prohíba trasladar al personal escalafonado, siempre que su sueldo y categoría sean conservados o mejorados, y de acuerdo con la tesis sostenida por el Consejo, lo primero que debe hacerse por el empleado, es trasladarse para poder reclamar, porque de lo contrario existe abandono del cargo".

La doctrina anterior es consecuente con el ordenamiento jurídico que nos rige, porque al organizarse el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria se tendió a la clasificación técnica y científica de los profesores para agruparlos en categorías y especialidades, garantizando su estabilidad y organizando el sistema de ingreso al servicio, de promociones y ascensos; pero sin que por ello la Administración pierda su capacidad de dirección de la Educación Pública, ni se demerite la organización jerárquica en esta rama administrativa. Por lo tanto la negativa de un profesor trasladado de acatar la orden superior no es más que un acto de rebeldía, no amparado por ninguna disposición legal, que en consecuencia encaja en la figura jurídica de abandono del cargo.

El segundo aspecto señalado en la demanda como violatorio de los derechos que asisten al actor es el relativo a la desmejora alegada por el hecho de ser retirado del cargo de Rector para regresar a la docencia, con la consiguiente desmejora en categoría y remuneración. Tampoco encuentra la Sala fundamento legal a esta afirmación por dos razones: por lo que hace al cargo, lo que debe tenerse en cuenta es la categoría en el escalafón, ya que el cargo de Rector es un cargo administrativo no escalafonado y por lo tanto su ejercicio en nada afecta, ni positiva ni negativamente, la categoría del funcionario. La Administración puede llamar al profesor escalafonado a prestar servicios en cargos docentes administrativos, por su naturaleza transitorios, sin que ello desmejore ni afecte la condición del profesor. Otra cosa es que tales cargos administrativos tengan una remuneración suplementaria por las funciones propias del cargo, pero debe entenderse que tal remuneración rige durante el tiempo en que se ejerza el cargo administrativo, sin que constituya una situación creada e inmodificable. Así lo establece el artículo 1º del Decreto 524 de 1975 "por el cual se determinan las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional, en cuyo artículo 1º, literal c) al señalar las asignaciones de estos funcionarios dice:

"c) Rectores o Directores de educación secundaria o media y educación superior no universitaria, el sueldo básico correspondiente a la

categoría a la cual pertenezcan dentro del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria o Especial más un 30% adicional, por el hecho de ocupar tal empleo y durante el tiempo que lo ejerza".

De modo que está claro que la remuneración del profesor llamado a ocupar el cargo de rector se incrementa en un 30%, pero solo durante el tiempo que ejerza el cargo, lo que demuestra claramente que dentro de la organización del ramo educativo tales cargos son transitorios, sin que su ejercicio determine para el profesor escalafonado un status jurídico diferente al obtenido en la categoría correspondiente.

Por las consideraciones expresadas se concluye que el Ministerio de Educación Nacional, al dictar la Resolución acusada, obró dentro de las facultades que le son propias, sin que pueda tachársele de desvío de poder o falsa motivación que conduzca a su nulidad. Tampoco violó el acto derechos legalmente protegidos del funcionario quien, por el contrario, al negarse a obedecer la orden de traslado incumplió sus deberes, incurriendo en abandono del cargo. Así habrá de decidirse y en consecuencia se revocará la sentencia consultada.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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,

PRIMERO. REVOCASE la sentencia consultada, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 18 de agosto de 1977.

SEGUNDO. DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado en la sesión celebrada el día 21 de octubre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PERSONERIA JURIDICA. — ASOCIACION GUARDIA NACIONAL PENITENCIARIA. — Recurso de súplica de la suspensión provisional de la Resolución Nº 001751 de junio de 1975 originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la organización sindical anotada.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**).

Contra la suspensión provisional de la Resolución Nº 001751 de 13 de junio de 1975, originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la organización sindical "Asociación Guardia Nacional Penitenciaria" (ASOGANALPE), que ordenó el Honorable Consejero doctor Ignacio Reyes Posada por auto del 5 de noviembre del año en curso, el señor Jairo Antonio Grisales Acosta por conducto de apoderado y el doctor Carlos Vicente de Roux dentro de la oportunidad legal y en ejercicio del derecho que les confiere el inciso primero del artículo 89 del Código Contencioso Administrativo, interpusieron recurso de súplica, basándose en los argumentos que la Sala sintetiza así:

Del señor Grisales: a) Que el auto suplicado contradice la sentencia de 29 de julio de 1977 del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la Resolución Nº 0042 de enero 6 de 1976 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que revocó la Resolución Nº 001751 acusada;

b) Que en ninguna de las normas que regula el funcionamiento del Ejército Nacional y de los Cuerpos y Fuerzas de Policía figura el personal de vigilancia Carcelaria, siendo forzada la interpretación que por llevar armas y uniformes, se equiparan a miembros del Ejército y de los Cuerpos de Policía de cualquier orden a que se refiera el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo;

c) Que la interpretación de "cualquier orden" de que trata el artículo, se refiere a que en la Policía hay personal de vigilancia;

d) Que sobre la calidad de empleados públicos del orden civil de los Guardianes, distintas dependencias oficiales se han pronunciado;

e) Que el objeto de la suspensión provisional es evitar un perjuicio notoriamente grave que no demuestra el demandante;

f) Que los trabajadores y empleados sin ninguna distinción tienen derecho a constituir organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, según los convenios internacionales adoptados por Colombia, y

g) Que el Consejo de Estado no tiene atribución para cancelar la personería jurídica de un Sindicato y que con la tesis de que todo el personal armado se equipara a Ejército Nacional y Policía para efectos de derechos de asociación, el de vigilancia privada, los celadores, etc., perderían el derecho de asociarse.

Del doctor Carlos Vicente Roux: 1º Las limitaciones al derecho de asociación son de orden legal y no constitucional, no siendo del caso considerar al cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria desprovisto del derecho de Sindicalización; la única limitación consagrada a ese derecho es la que el artículo 441 del C. S. T. establece con relación a los Miembros del Ejército y de los Cuerpos o Fuerzas de Policía de cualquier orden y el hecho de que las Fuerzas Armadas no sean deliberantes ni pueden ejercer la función del sufragio (Art. 160 Constitución Nacional), no guarda relación con la prohibición de sindicalizarse, pues el sindicalismo no es instrumento de indisciplina social ni amenaza de cesación colectiva arbitraria e indiscriminada de labores. Si el legislador quitó a los miembros del Ejército y de la Policía el derecho de sindicalizarse, lo fue por la necesidad de conciliar el reconocimiento de un derecho general con la exigencia de que ciertos estamentos mantengan un régimen de disciplina excepcional, para la defensa de la organización social.

2º El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria es un cuerpo civil que trabaja al servicio del Ministerio de Justicia, bajo la dependencia de la Dirección General de Prisiones y desempeña la función de que trata el literal j) del artículo 1º del Decreto 576 de 1974 y el Decreto 1817 de 1964, dentro de la organización, clasificación y jerarquías establecidos por el Decreto 2655 de 1973, constituyendo un conglomerado permanente extenso y diversificado que el Decreto 2655 vinculó al conjunto de disposiciones que regulan la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama Ejecutiva, calidad esta que se predica no sólo de la Guardia ya admitida en la carrera penitenciaria, sino también del personal que adelanta cursos de formación o capacitación para Guardián.

3º El Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelario no pertenece a las Fuerzas Militares ni a la Policía Nacional, según lo dispuesto en los Decretos 2337, 2338 y 2339 de 1971, y cuando se pone de presente que el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo hace referencia a las Fuerzas de Policía "de cualquier orden" a efectos de prohibir que sus miembros se agrupen en organizaciones sindicales, debe tenerse en cuenta que para la época de expedición del Código de Trabajo en 1950 no existía un cuerpo de Policía único, a nivel Nacional, sino a Nivel Departamental y Municipal, y sólo a partir del Decreto 1841 de 1953 se creó una organización Policiva para todo el país.

4º Tampoco por lo que respecta a las determinaciones materiales de su actividad es dable considerar al cuerpo de Guardianes como de

la Policía, pues las tareas de la Dirección General de Prisiones distan mucho de las funciones de Policía; todos sus recursos materiales y humanos se dirigen a hacer efectivas las penas privativas de la libertad que imponga el poder judicial, pero con miras a la rehabilitación del delincuente mediante un tratamiento de educación y trabajo, lo que interesa al orden público, pero que no tiene las características propias del orden público policivo, ya que la tarea de la Dirección de Prisiones empieza donde la actuación del Estado deja de ser policiva, preventiva, de vigilancia ciudadana, para convertirse en represiva-rehabilitativa mediante la aplicación de las penas privativas de la libertad y el tratamiento de reeducación. La comprensión del hecho de que la función Carcelaria y Penitenciaria debe ejercerse con criterios propios de una integración social llevó al Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas a expedir la Resolución 663-C (XX IV) del 31 de julio de 1957, relativa a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptando las recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario y sobre establecimientos generales y correccionales, adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrada en Ginebra en 1955.

Muy lejos está de las funciones de los militares o de los miembros de los Cuerpos de Policía, dice el recurrente, el personal de custodia y vigilancia de los establecimientos Carcelarios, pues forman un complejo dispositivo de recursos materiales y humanos ajenos a la práctica de cualquier suerte de rehabilitación social.

5º El Cuerpo de Custodia y Vigilancia no es un cuerpo armado de carácter permanente. Para el cumplimiento de sus funciones no requiere armas (Art. 91 Decreto 1817 de 1964). Siendo los patios de las Cárceles los lugares de trabajo por excelencia de los Guardianes, desarrollan sus labores con prescindencia de las armas y solo quienes trasladan los reclusos y tienen la vigilancia externa del establecimiento están autorizados para portarlas. Esas armas no son de dotación personal y las reciben de un armero a quien deben devolverlas, pues está prohibido llevarlas a sus dormitorios o sacarlas fuera de la Cárcel; para garantizar la tenencia de ellas, cada Guardián debe dejar en depósito una suma de dinero. No existe pues en las Fuerzas Militares, ni en las Fuerzas de Policía, por lo que respecta al amparo del arma de dotación, algo que remotamente se parezca al depósito de garantía que debe dejar el Guardián Carcelario.

Para resolver se considera

Dice el artículo 168 de la Constitución Nacional:

"La fuerza armada no es deliberante.

"No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército, y con arreglo a las leyes de su instituto.

"Los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los cuerpos armados, de carácter permanente, no podrán ejercer la función

del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos".

Y el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo en su primer inciso expresa: "El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial, con excepción de los miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden...".

Exceptúa pues esta última disposición del derecho de asociarse a los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden. Y el sentido natural y obvio de esa norma, es el de que si bien la Guardia Nacional Penitenciaria no se halla incorporada a las fuerzas armadas o a la Policía Nacional, ello no quiere significar que aquella disposición restrinja el concepto de miembros del ejército nacional y de los cuerpos de policía de cualquier orden a los que con esos nombres se conocen ordinariamente, sin hacerse al respecto distinción alguna, pues, entiende la Sala, en esa expresión están implícitos otros cuerpos policivos como los Resguardos de Aduanas, los de Rentas Departamentales, los de Circulación y Tránsito y los de vigilancia de Cárceles como la Guardia Nacional Penitenciaria, cuerpo este integrado por un conjunto de individuos que formando agrupaciones y al mando de sus superiores jerárquicos, se dedica en forma permanente y especial al cuidado y custodia de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad por cuenta de autoridad competente, especialmente de los establecimientos destinados para tal fin como son las Cárceles y las Penitenciarías.

La Guardia Nacional Penitenciaria según su estatuto reglamentario, se caracteriza por obedecer a una organización más o menos militar. Pero de todos modos esa Guardia, que tiene el carácter de cuerpo civil independiente de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Policía, no está desprovista en forma alguna, según las normas orgánicas de ella (Decreto 1817 de 1964), de aquellas cualidades que se han mencionado propias de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Y ellas indudablemente quedan comprendidas dentro de la prohibición contenida en el artículo 168 de la Constitución Nacional y de la excepción consagrada en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo. Si no fueran esos los alcances de las disposiciones en mención, el legislador no hubiera empleado una locución tan amplia, tan genérica, como "fuerza armada" utilizada en el artículo 166 de la Carta o "fuerza de policía de cualquier orden" consignada en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, expresiones donde queda incluido sin distingo alguno, el personal que presta sus servicios en instituciones armadas como la Guardia Nacional Penitenciaria, y en cambio hubiera empleado una locución de carácter más restringido. Ese es indudablemente el verdadero sentido de las normas citadas, sin que sea necesario profundizar en su estudio para desentrañar su significado siendo lógico concluir que los miembros de la Guardia Carcelaria que constituye un cuerpo armado permanente, no pueden, ni deben, por su propia índole, pertenecer a agrupación sindical alguna.

La Sala, pues, prohija las razones expuestas por el doctor Ignacio Reyes Posada en la providencia que ha sido objeto del recurso de súplica y, por ello, dicha providencia será confirmada en cuanto a la

suspensión provisional, de la Resolución Nº 001751 de 13 de junio de 1975 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que se decreta en el numeral primero de su parte resolutiva solicitada de modo expreso en el libelo de demanda.

La declaratoria que se hace en el numeral segundo de la parte resolutiva del proveído recurrido habrá de revocarse pues, como se ha dicho, la solicitud de suspensión provisional se concretó expresamente a la resolución impugnada, sin comprender otros aspectos de la controversia, como cancelación de la anotación e inspección en el registro sindical, estatuto, cancelación del registro de la Junta Directiva de la Asociación Guardia Nacional Penitenciaria en la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, abarcados con el decreto de suspensión provisional.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

Resuelve:

1º Reconocer personería al doctor Arturo Sánchez Zambrano para representar en el presente asunto al señor Jairo Antonio Grisales Acosta Presidente de la Asociación Nacional Penitenciaria, y al doctor Carlos Vicente de Roux R., para actuar en su propio nombre.

2º CONFIRMASE el numeral primero de la parte resolutiva de la providencia dictada por el Honorable Consejero doctor Ignacio Reyes Posada el 5 de noviembre del año en curso.

3º REVOCASE el numeral segundo de la parte resolutiva de la misma providencia.

Cópiese, notifíquese y vuelva el expediente al despacho del Honorable Consejero Ponente para los fines legales consiguientes.

La anterior providencia la discutió y aprobó la Sala de Decisión el día 13 de diciembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES. — Según la doctrina tradicional la indebida acumulación de acciones lleva a una decisión de inhibitoria total, por ineptitud sustantiva de la demanda; pero, según la concepción moderna, acogida por el Consejo de Estado, se acepta que en esta hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes e inhibirse en el resto.

HUELGA Y ARBITRAMENTO. — Facultad de los sindicatos para declararla o solicitarlo y requisitos, según los casos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio dieciséis de mil novecientos sententa y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Aníbal Restrepo S.**).

Referencia: Expediente Nº 2820. Resoluciones Ministeriales. Actor: Industria de Cobre y Aluminio "INCOAL".

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por medio de apoderado "Industria de Cobre y Aluminio Ltda. —Incoal— demanda las Resoluciones números 02972 de septiembre 26 de 1974, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 03511 de noviembre 19 del año 1974, expedida por el mismo Ministerio, para que el Consejo de Estado declare:

"Primero: La nulidad de la Resolución número 02972 de septiembre 26 de 1974, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Segundo: La nulidad de la Resolución número 03511 de noviembre 19 de 1974, proferida por el mismo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Tercero: Que para restablecer en sus derechos a mi poderdante, se declare la ilegalidad de la huelga decretada por la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Industrial de Cobre y Aluminio Ltda. —Incoal—, el pasado mes de agosto de 1974.

Hechos

Los que sirven de fundamento a la acción considera necesario transcribirlos la Sala, y se relacionan así:

"1. El pasado 26 de septiembre de 1974, el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución acusada Nº 02972, por la cual se resuelve una solicitud de declaratoria de ilegalidad de una huelga y se convoca un Tribunal de Arbitramento Obligatorio", tal como reza su encabezamiento.

"2. Tal como aparece en la parte motiva de la citada providencia, el doctor Ricardo Flórez Mejía, actuando como Gerente General de 'Industria de Cobre y Aluminio Ltda., Incoal Ltda.', solicitó la declaratoria de ilegalidad de la huelga declarada por el Sindicato de Trabajadores de la mencionada empresa, en la Asamblea General realizada el día 4 de agosto de 1974.

"3. Tal como aparece en los considerandos de la misma Resolución 02972, a la Asamblea General del Sindicato, que se reunió el 4 de agosto de 1974, asistieron cincuenta y cuatro (54) afiliados de los 59 que tenían en ese entonces el Sindicato de Trabajadores de la mencionada empresa, sindicato que por lo mismo, no comprendía en ese 4 de agosto, la mayoría de los trabajadores de la empresa.

"4. Como aparece igualmente en los considerandos de la Resolución Nº 02972, a la citada Asamblea General del mencionado Sindicato también asistieron 19 trabajadores que no se encontraban sindicalizados para esa fecha, 4 de agosto de 1974, por lo que ciertamente no podían intervenir en la Asamblea General del citado sindicato.

"5. Estos 19 trabajadores, como se expresa en la parte motiva de la Resolución 02972, se afiliaron posteriormente al sindicato existente en la tantas veces nombrada empresa Incoal.

"6. El Ministerio del Trabajo, luego de comprobar y valorar los anteriores hechos, concluyó en la parte motiva de la Resolución 02972 que, en consecuencia la Asamblea General realizada el día 4 de agosto del año en curso por los trabajadores de la Empresa 'Industria de Cobre y Aluminio Ltda. —Incoal Ltda., **afiliados al sindicato** de Trabajadores de la Industria Electrometalúrgica y Metalmecánica de Antioquia, se hizo con el lleno de los requisitos legales...' (las subrayas no son del texto).

"7. En la parte resolutiva de la Resolución 02972 el Ministerio no accedió a declarar la ilegalidad de la huelga, y convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, amén de otras disposiciones complementarias.

"8. Tal resolución fue notificada personalmente al Gerente de la Empresa, como al Presidente del Sindicato en los primeros días del mes de octubre pasado.

"9. Contra la citada Resolución Nº 02972 se interpuso recurso de reposición por parte de la empresa, en memorial presentado el 9 del mismo mes de octubre, como consta en la parte motiva de la Resolución Nº 03511.

"10. Tal recurso de reposición fue resuelto negativamente mediante la Resolución Nº 03511 de noviembre 19 de 1974 proferida por el mismo Ministerio de Trabajo resolución por la cual, además, se integró el Tribunal de Arbitramento Obligatorio. Esta resolución fue notificada al apoderado de la empresa, el siguiente 20 de noviembre de 1974.

Finalmente como fundamento de hecho, se manifiesta en la corrección de la demanda que según "los considerandos de la Resolución 02972, el total de trabajadores de la empresa ascendía a 144".

La fundamentación de Derecho en lo pertinente dice:

"La cuestión de derecho planteada al Ministerio y que por esta demanda se plantea hoy a la consideración del Honorable Consejo de Estado, es, en el fondo, muy sencilla".

"Se trata de apreciar la validez de un acto jurídico: la decisión adoptada el 4 de agosto de 1974, por la Asamblea General del Sindicato al cual estaban afiliados los trabajadores de Incoal Ltda., acto jurídico que fue considerado válido por el Ministerio de Trabajo, y por lo cual, el Ministerio no accedió a declarar la ilegalidad de la huelga, y convocó e integró un Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

"En el campo del derecho en general, y más en concreto, en los eventos de acciones como la ejercida en el presente caso, de plena jurisdicción o restablecimiento del derecho, el acto jurídico se contempla, estima, juzga y aprecia, en el momento de su celebración, pues en tal mandato debe concurrir sus elementos constitutivos o esenciales.

"En los casos de decisiones o actos jurídicos de personas jurídicas y órganos u organismos colectivos, para que la voluntad de la mayoría pueda considerarse voluntad de todo el órgano o persona jurídica, el derecho ha consagrado normas imperativas que suponen la participación o posibilidad de participación de todos los miembros del órgano colectivo, para que haya una deliberación, como resultado de la cual se adopte una decisión sobre la cuestión respectiva, que valga como decisión de ese órgano colectivo, o de la persona jurídica. Tal la importancia de las normas sobre quórum, convocatorias y deliberaciones de los órganos colectivos".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

Se citaron en la demanda como violadas las siguientes disposiciones: inciso 2º del artículo 31 del Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 2º del Decreto 939 de 1966, literal d) artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 429, 41 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 444 del mismo Código subrogado hoy por el artículo 31 del Decreto Ley 2351 de 1965. Se indicó además que los actos enjuiciados habían sido expedidos en forma contraria a la ley y con desviación de las respectivas atribuciones, haciendo un análisis detallado de las normas citadas como infringidas.

Concepto Fiscal

La Fiscalía Cuarta de la Corporación al emitir su concepto de fondo, pidió al Consejo que "se declarase incompetente para conocer de la acción propuesta", previas las siguientes consideraciones:

"Los actos acusados se relacionan con la convocatoria del Tribunal de Arbitramento para la decisión del conflicto colectivo surgido en-

tre el Sindicato de Trabajadores de la Industria Electrometalúrgica y Metalmecánica de Antioquia y la empresa Industrial de Cobre y Aluminio Limitada 'Incoal Limitada'. Debe presumirse que al quedar ejecutoriadas las providencias que convocaron dicho Tribunal, éste fue integrado e instalado, dadas las características sociales y económicas del conflicto colectivo laboral, el cual requiere por mandato legal de rápidos términos para su solución.

"Sobre esta base y ante la perspectiva de que se presenten sentencias contradictorias de la transitoria jurisdicción arbitral y/o de la ordinaria laboral que controla esta, de una parte, y de la contencioso administrativa, de la otra, en cuanto a la regularidad legal de la convocatoria del organismo arbitral, la Fiscalía piensa que siendo los actos de convocatoria (como los causados) y de integración del organismo arbitral, actos procesales del conflicto colectivo laboral, escapa a su control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

"Lo anterior lleva a la Fiscalía a compartir en su integridad los planteamientos del fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo (ACAV) y la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (AVIANCA), el 24 de julio de 1971".

Como el juicio se ha tramitado con el lleno de las formalidades que le son propias, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y como además se ha citado para sentencia, la Sala para proferirla hace las siguientes consideraciones:

Analizada la demanda y en especial su parte petitoria, hay que concluir que se configura en ella una indebida acumulación pretensiones. Por un lado, la pretensión de nulidad del acto complejo (Resoluciones Números 02972 y 03511) que se negó a declarar ilegal la huelga de Incoal y que convoca a un Tribunal de Arbitramento: y por otro, la que busca la anulación de los actos que integran ese Tribunal.

Y es indebida esta acumulación porque las pretensiones enunciadas no pueden tramitarse por una misma vía procesal. Mientras las primeras deben seguir el proceso ordinario contencioso, la última, o sea la que toca con la designación de los árbitros, sólo puede resolverse mediante un proceso electoral. La calificación aquí hecha se infiere de la lectura del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y en particular de lo que dispone su numeral 3º.

Siguiendo este ordenamiento, no sólo el juez tendrá que ser competente para conocer de todas (aquí, en principio, lo es) y que éstas no se excluyan entre sí (tampoco se observa este obstáculo) sino que las diferentes pretensiones puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Pero aunque la doctrina tradicional afirma que en los casos de indebida acumulación de acciones la decisión debe ser inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la demanda, la concepción moderna, que es la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, acepta que en estas hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes e inhibirse en el resto. Aunque en apariencia la elección queda al arbitrio del fallador, no sucede esto en la rea-

lidad porque la escogencia no es caprichosa, ya que este no podrá decidir de fondo sino aquellos extremos que hayan sufrido el trámite adecuado y para los cuales tenga competencia.

Refuerza lo aquí expuesto el salvamento de voto al auto de julio 9 de 1974 de los Consejeros Juan Hernández Sáenz y Carlos Portocarrero Mutis; salvedad que posteriormente fue acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Allí se lee: "Cuando en una demanda se acumulan acciones cuyo conocimiento corresponde a distintos Tribunales, ella deberá admitirse en cuanto aquellas que sean de competencia del Consejo de Estado; pero si se admite la demanda, sin salvedad alguna, la sentencia deberá decidir sobre aquellas cuya calificación compete al Consejo e inhibirse de resolver en cuanto a las demás".

Cabe aquí hacer una observación frente al caso concreto. Aún en la hipótesis de que la designación de los árbitros pudiera estudiarse de fondo, existiría un obstáculo para ello, ya que el acto que designó el árbitro tercero, y, que en esa forma al integrar adecuadamente el Tribunal le dio vida, no fue objeto de impugnación. Aparece en el expediente que este paso se cumplió mediante la Resolución Nº 00251 y por no haberse podido poner de acuerdo los nombrados inicialmente. Se infiere esto de la copia del laudo, en el que los árbitros afirman tal hecho y dan el número de la resolución atrás citada y el nombre del árbitro designado por el Ministerio del Trabajo para ocupar la tercera casilla.

Además, y en este mismo orden de ideas, aunque la acumulación fuera viable, la pretensión relacionada con la mencionada designación, tampoco podría resolverse porque estaría caducada al tenor del artículo 209 del C. C. A. Para este efecto cabe recordar que la demanda se presentó el día 15 de enero de 1975 (folio 22) cuando ya habían corrido mucho más de los diez días señalados en la antecitada norma.

En consecuencia, la Sala pasa a estudiar las pretensiones relacionadas con la no declaratoria de ilegalidad de la huelga y con la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, aspectos para los cuales sí tenía competencia y que sufrieron el trámite ordinario de rigor.

El artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 31 del Decreto Ley 2351 de 1965, dispone:

"DECISION DE LOS TRABAJADORES

"1. Terminadas las etapas de arreglo directo y de conciliación de las partes, sin que se hubiere logrado un arreglo de conflicto, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de la huelga o por solicitar al Ministerio del Trabajo que el diferendo se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

"2. La huelga o la solicitud del arbitramento serán decididos en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la Asamblea General del Sindicato o Sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores. Antes de celebrarse la Asamblea, se dará aviso a las autoridades del trabajo para que éstas puedan presenciar y comprobar su desarrollo".

Y el Decreto 939 de 1966 en sus artículos 1º, numerales 1º y 2º y artículo 2º, dispone:

"ART. 1º — 1. Cuando una huelga se prolongue por treinta (30) días sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen al cese de actividades, los trabajadores podrán, dentro de los diez (10) días siguientes, solicitar al Ministerio del Trabajo que el diferendo se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, caso en el cual se aplicarán las disposiciones legales vigentes.

"2. La solicitud de arbitramento será decidida en votación secreta y papeleta escrita por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la Asamblea General del Sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores. Antes de celebrarse la Asamblea se dará aviso a las autoridades del trabajo para que éstas puedan presenciar y comprobar su desarrollo.

"ART. 2. — Cuando las partes de común acuerdo o los trabajadores, no pidan la constitución del Tribunal de Arbitramento Obligatorio de que trata el artículo anterior, el Ministerio del Trabajo podrá ordenar que aquél se constituya para resolver, como en los casos anteriores, los puntos del pliego de peticiones sobre los cuales no hubo acuerdo en las etapas previstas en la Ley".

De la lectura de las normas transcritas vemos que la facultad de las organizaciones sindicales con capacidad para declarar y hacer efectiva una huelga, u optar por el Tribunal de Arbitramento, surge nítidamente del hecho que dichos sindicatos tengan como afiliados la mayoría de los trabajadores, es decir todos aquellos que de acuerdo con el artículo 22 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo presten sus servicios a una empresa o persona jurídica o natural, mediante un contrato de trabajo, es decir que dicho contrato reuna los requisitos o elementos propios de él.

El artículo 31 del Decreto-Ley 2351, dice que la huelga o Tribunal se declara o solicita en los casos de sindicatos mayoritarios, en asamblea de estas organizaciones convocadas y celebradas en los términos señalados en la Ley: y cuando se trate de sindicatos que no tengan dicha mayoría, el mismo artículo es claro cuando estatuye que la huelga o solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, será decidida por la **"mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa"**, una vez se hayan agotado los trámites previos de la negociación colectiva, o sea la culminación de las etapas de arreglo directo o de conciliación.

Distinto es el caso cuando existan dos o más sindicatos, donde ninguno tenga la mayoría absoluta del total de trabajadores, evento en el cual la huelga o tribunal de arbitramento se deciden por los afiliados de estos sindicatos en asamblea única, conforme lo predica el Decreto 2351 de 1965, Decreto 939 de 1966.

Tenemos entonces que el artículo 31 del Decreto Ley 2351 de 1965 expresamente distingue entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. Hace esta distinción para efectos de la declaratoria de la huelga o la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, indicando consecuentemente que cuando el sindicato o sindicatos forman

la mayoría la decisión la toman los sindicalizados en su asamblea general; y que cuando estas organizaciones no conforman dicha mayoría, la decisión la toman en asamblea general de trabajadores, tanto los sindicalizados como los que no lo son.

Distinto es el caso de los llamados pactos colectivos, que solamente pueden ser celebrados por trabajadores no sindicalizados y cuyo trámite, celebración o firma no exige procedimiento previo especial, que sí lo establece expresamente el Código Sustantivo del Trabajo para los conflictos colectivos surgidos de un pliego de peticiones presentado por una organización sindical.

Resumiendo tenemos que concluir que cuando se inicia un conflicto colectivo por parte de sindicatos mayoritarios, sus afiliados en asamblea general tienen capacidad decisoria para declarar la huelga o solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

Si existen dos o más organizaciones sindicales pero minoritarias cada una en relación con el total de trabajadores, pero conjuntamente sí conforman la mayoría de trabajadores, la decisión de declarar la huelga o la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento se debe tomar en una asamblea conjunta de los afiliados a dichas organizaciones.

Y finalmente como excepción a la norma general a que aluden las que antes transcribimos, cuando ninguna o todas las organizaciones sindicales no integran la mayoría de trabajadores, la posibilidad o alternativa de declarar la huelga o la solicitud para que se convoque e integre el Tribunal de Arbitramento corresponde a la mayoría de los trabajadores de la Empresa.

El artículo 31 del Decreto 2351 que subrogó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, nada dice de quien puede convocar la Asamblea General en el caso de Sindicatos Minoritarios y por lo mismo induce a concluir que dicha convocatoria se podría hacer por tales organizaciones sindicales o por la mayoría absoluta de trabajadores, previo aviso al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Pero esta interpretación quedó virtualmente aclarada con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Dicho artículo, comienza expresando que "los Decretos Legislativos números 2351 de 1965 y 939 de 1966, seguirán rigiendo como Leyes levantado el estado de sitio, con las modificaciones y adiciones siguientes:

"2º En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos los trabajadores, en asamblea general, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, sean sometidas al fallo de un Tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

"El Ministro del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores en asamblea ge-

neral, someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo".

Conforme al acta que recoge la decisión de la expresada asamblea de declarar la huelga, resultaría que tal procedimiento pudiese haber sido idóneo conforme al artículo 31 del Decreto 2351 de 1965; pero a la fecha de su celebración 4 de agosto de 1974, ya se encontraba vigente el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y por lo mismo estima la Sala que la convocatoria y celebración de la asamblea general del sindicato de Incoal que decretó la huelga no se ajustó enteramente al ordenamiento legal contenido en dicha norma, ya que el número de afiliados al sindicato de base no sobrepasaba a la mitad del número total de trabajadores que prestaba sus servicios a la Empresa que eran parte en el expresado conflicto colectivo de trabajo, según las listas de trabajadores que obran en autos.

Del texto del artículo 3º numeral 2º, debemos concluir que la actuación del Ministerio es decisoria, ya que es a éste a quien le toca de oficio o a solicitud de parte conforme lo pregona dicha norma, quien puede hacer dicha convocatoria de asamblea, tratándose de sindicatos minoritarios. Pero distinguiendo que cuando parte de los trabajadores se encuentra representada por una o más organizaciones sindicales, a que el sindicato o sindicatos agrupe la mayoría de los trabajadores, estos pueden hacer las declaraciones o decisión de huelga o solicitud de convocatoria del Tribunal ante el Ministerio del Trabajo para que haga la convocatoria a todos los trabajadores para que opten por cualquiera de las dos alternativas.

Lo hasta aquí escrito con base en las normas que se alegaron como violadas, permite concluir que la nulidad del acto no se produjo en la realidad. Otra cosa sería que el actor hubiera citado como infringido el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, norma que a primer golpe de vista aparece como violada. Con todo, y por tratarse de una justicia rogada, la Sala no puede entrar de oficio a su análisis. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que a la Jurisdicción Contencioso Administrativa no le compete una confrontación general de legalidad y que, como consecuencia, sus juzgadores deben fallar únicamente con base en las normas que se citan como violadas en la demanda y por el concepto de violación alegado. Se diferencia en este campo el Contencioso Administrativo del control de exequibilidad que ejerce la Corte, ya que a partir de la Ley 96 de 1936 y luego del artículo 29 del Decreto 432 de 1969, a ese organismo le toca una confrontación general de constitucionalidad, lo que le da a sus fallos el carácter no solo de **erga omnes** sino de absolutos y definitivos.

Y se dice que la violación de la citada Ley 48 (numeral 2º del artículo 3º) se produjo en la práctica porque al ser el Sindicato de Incoal minoritario la Asamblea General de sus trabajadores tenía que ser convocada por el Ministerio del Trabajo.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda, los días 8 y 24 de junio de 1977.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

EXTRANJEROS. — Nulidad de las Resoluciones números 1976 de noviembre 14 de 1975 y 1.140 de agosto 25 de 1976 por medio de las cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores cancela la Visa ordinaria número 892 expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York al señor Jorge Morra Zablath.

EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL PARA LOS EXTRANJEROS. — Requisitos, pactos internacionales, respecto de los derechos humanos.

EXTRANJEROS. — Régimen Legal.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre primero de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Antonio Cárdenas V.**).

Referencia: Expediente Nº 2589. Actor: Jorge Morra Zablath

El señor Jorge Morra Zablath, vecino de Santa Marta, extranjero, utiliza la acción de plena jurisdicción, consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, para pedir que el Consejo de Estado decrete la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1º) De la Resolución Nº 1796 de noviembre 14 de 1975, por medio de la cual el Ministerio de Relaciones cancela la Visa ordinaria Nº 892, dada al señor Jorge Morra Zablath por el Consulado de Colombia en Nueva York;

2º) De la Resolución Nº 1140 de agosto 25 de 1976, que confirma la anterior al resolver el recurso de reposición, agotando así la vía gubernativa.

Hechos

El señor apoderado del actor relata los siguientes hechos:

"1º El señor Jorge Morra Zablath, de nacionalidad palestina, ingresó al país provisto del Pasaporte Nº 220064 expedido por el Alto Comisario de Jerusalén en Nueva York, el 11 de septiembre de 1946, con Visa Ordinaria Nº 892 expedida el 28 de agosto de 1947 por el Cónsul General de Colombia en Nueva York. Es decir hace 30 años.

"2º Como había ingresado al país en condición de 'Estudiante', en el año de 1954 el Ministerio de Relaciones Exteriores le concedió la profesión de 'Comerciante', lo cual le fue comunicado a la División Administrativa del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

"3º Resulta ahora que, según concepto del DAS —que el Ministerio recoge— el mencionado extranjero no ejerce ninguna actividad lucrativa y en cambio se ha dedicado a deambular permanentemente por las calles de Santa Marta con personas de dudosos antecedentes. Y,

"4º No obstante —repito— su dilatada permanencia en el país, que aquí tiene radicados parientes de tan estrecho grado de consanguinidad como son la madre y los hermanos; que pertenece a varias sociedades mercantiles, es administrador de los bienes de su señora madre, es poseedor de un patrimonio apreciable y que contra él no había habido queja antes, el Ministerio de Relaciones Exteriores dispone la cancelación de su Visa Ordinaria por medio de los actos acusados".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

El acto acusado da el fundamento legal del artículo 15 del Decreto 144 de 1955.

Con cita de la misma norma, el apoderado arguye que "El Gobierno ha hecho mal uso del artículo XV, por cuanto éste lo habilita para cancelar la Visa solo cuando haya ocurrido hechos anteriores o coetáneos a su otorgamiento. Pero de ninguna manera para hechos posteriores como son los referidos por el propio Ministerio de las Resoluciones acusadas, hechos que tienen un tratamiento jurídico distinto. Esta aplicación indebida del precepto implica el quebrantamiento de norma jurídica superior por acto de inferior categoría que en aquella pretende basarse".

Concepto del Ministerio Público

El Fiscal Primero del Consejo de Estado, doctor Carlos Ramírez Arcila, opina que debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Considera que la motivación de las Resoluciones es "bastante vaga e imprecisa", porque eso de "deambular con individuos de dudosos antecedentes" es cuestión que presta a muchas dudas, y que "de aceptarse como postulación jurídica, crearía, eso sí, un grave antecedente".

Agrega que "ello en manera alguna vendría a constituir un hecho anterior a la visa" y conocido con posterioridad a su expedición, como se exige en la norma que se ha indicado como violada.

"Además de lo expuesto, en el expediente obra un buen acerbo probatorio (escrituras, certificados y testimonios), indicativo de que el señor Jorge Morra Zablath es persona que posee un apreciable patrimonio, cuyo manejo, lo mismo que la administración de algunas sociedades de las cuales hace parte, ocupan buena parte de su tiempo en actividades lucrativas, lo cual permite deducir que las afirmaciones que se hacen en contrario, en las referidas Resoluciones, no corresponden a la realidad. Vale decir, que no coinciden ni con el su-

puesto del acto acusado, ni con el de la norma en que éste dice fundamentarse, lo cual conduce a una falsa motivación".

Consideraciones de la Sala

Los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 1796 de 1975 y 1140 de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, deciden "cancelar la Visa Ordinaria número 892, expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York, al señor Jorge Morra Zablath, por considerar que es inconveniente para el país la permanencia de dicho extranjero, teniendo en cuenta los antecedentes que en su contra han sido presentados".

Según los considerandos de las resoluciones administrativas, el señor Morra, de nacionalidad palestina, ingresó al país provisto de pasaporte con Visa ordinaria número 892, del Consulado de Colombia en Nueva York, del 28 de agosto de 1947, en condición de estudiante y con fecha 13 de febrero de 1954, el Ministerio de Relaciones le reconoció la profesión de comerciante.

Es decir, su entrada al país hace treinta años y la estadía subsiguiente están hechas de acuerdo con las leyes nacionales y le otorgan el derecho de permanecer y residir en Colombia.

Para cancelar la visa, el funcionario arguye que "la División de Extranjería del DAS solicita la cancelación de la visa ordinaria otorgada al extranjero Jorge Morra Zablath con base en los hechos enunciados anteriormente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1414 de 1955".

El hecho invocado consiste en que "el mencionado extranjero no ejerce ninguna actividad lucrativa, sino, por el contrario, se dedica a deambular permanentemente por las calles de Santa Marta con individuos de dudosos antecedentes, demostrando con esto un estado nocivo y peligroso para la sociedad".

La norma jurídica que soporta la decisión prevé lo siguiente: "Cuando posteriormente a la expedición de una visa, el Gobierno tuviere de la persona a quien se la hubiere concedido informes desfavorables, desconocidos antes de otorgarla, o que impliquen que las declaraciones hechas por el interesado al obtenerla fueron falsas o incompletas, podrá cancelarla el Ministerio de Relaciones Exteriores, a solicitud del Servicio de Inteligencia Colombiano, auncuando el extranjero se hallare en Colombia" (Decreto 1414 de 1955, por el cual se crea la tarjeta de tránsito y se dictan otras disposiciones sobre extranjeros, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades legales que le confiere el artículo 6º de la Ley 2ª de 1936, publicado en el Diario Oficial Nº 28777 del 11 de junio de 1955).

La norma invocada prevé que hechos desconocidos en el momento de conceder la visa, que posteriormente se descubren, pueden dar lugar a la cancelación de la visa. Es decir, que el Gobierno hubiere sufrido engaño mediante declaraciones falsas, inverídicas o incompletas, de suerte que de haber conocido la verdadera conducta del extranjero no habría concedido el permiso. Se presupone una conducta pretérita, mas no posterior al acto de permitir el ingreso del extranjero al país.

Todos los hechos expuestos por el Ministerio en el acto acusado, a más de ser vagos e imprecisos, como "deambular por las calles de Santa Marta con individuos de dudosos antecedentes, demóstrando con esto un estado nocivo y peligroso para la sociedad", son posteriores a su entrada al territorio nacional, y además están ampliamente desvirtuados con hechos positivos, como el de poseer bienes, participar en actos de comercio, en administración de inmuebles, etc., según pruebas fehacientes aportadas en el debate probatorio.

La situación jurídica del extranjero residente en Colombia está ampliamente protegida por la Constitución Nacional, ya que "es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. **Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos.** Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes. Los derechos políticos se reservan a los nacionales" (Constitución Política de Colombia: artículos 10 y 11).

Y así, el extranjero —como el nacional— sometido a las leyes colombianas, respetándolas y obedeciéndolas, también tiene el amparo del artículo 26 de la Carta, porque "**Nadie** podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (**Nadie**, subrayado con intención pronombre indeterminado: ninguna persona). Y también, como un derecho civil y una garantía social, el extranjero está amparado, porque "Las autoridades de la República están instituídas **para proteger a todas las personas residentes en Colombia**, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (Constitución de 1886, artículo 19; codificación de 1936, artículo 15; codificación de 1945, artículo 16).

"**La expulsión del Territorio Nacional, para los extranjeros**" es una pena accesoria, de acuerdo con el artículo 42 del Código Penal y 677 del de procedimiento penal, que sólo puede imponerse de acuerdo con las leyes y decretos sobre la materia.

Y en este mismo orden de principios y fidelidad a las garantías constitucionales, el artículo 175 del Código Nacional de Policía (Decreto-Ley 1355 de 1970-, prevé que "No podrá imponerse la pena de expulsión del país sino en sentencia judicial dictada en juicio por infracción penal que la autorice. También podrá imponerse mediante resolución motivada de la autoridad de policía legalmente competente y solo cuando se han ejercido los derechos políticos que les son vedados o por violar las condiciones del permiso de ingreso al país, siempre que consten por escrito, aunque no sea en el pasaporte, y en cuanto haya testimonio escrito de que fueron debidamente notificados al beneficiario del permiso".

La Ley 74 de 1968 (diciembre 26), "por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966", en el artículo 13 de la parte correspondiente al PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, prevé que "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones de seguridad se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas". (Diario Oficial Nº 32681).

E igualmente la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, (Costa Rica), el 22 de noviembre de 1969, nos da la certidumbre de que Colombia posee una tradición de respeto a los derechos humanos, y en su Constitución Política, en su legislación y en la jurisprudencia nacional se ha anticipado en muchos años a esas declaraciones para el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano y a los Pactos internacionales que por medio de leyes han sido ratificados.

Conclusiones

a) Los extranjeros disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. (C. Nal. Art. 11º);

b) La pena de expulsión del país puede imponerse a los extranjeros en sentencia judicial dictada en juicio por infracción penal que la autorice (Art. 42 C. P.; 677, 6º Código Procedimiento Penal; 175 C. Nal. P.);

c) También la puede disponer la autoridad de policía legalmente competente cuando el extranjero ha ejercido los derechos políticos que le están vedados; o por violar las condiciones de ingreso al país, siempre que conste por escrito que el inmigrante las conoció.

(Art. 175 C. Nal. P.; Art. 13 de la Ley 74 1968; Ley 16 de 1972);

d) Cuando la decisión de expulsión provenga de una persona, autoridad o funcionario administrativo, habrá recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado. (Art. 176 C. Nal. P.);

e) "El juez o funcionario que imponga la pena de expulsión o la ejecute sin el cumplimiento de las formalidades de que tratan los artículos anteriores quedará incurso en el delito de abuso de autoridad" (Art. 177 C. Nal. P.)

Sentencia

El análisis de las normas citadas, y los hechos demostrados en este proceso, ponen de manifiesto la violación de ellas y en especial del artículo décimo-quinto del Decreto 1414 de 1955, por lo que habrán

de aplicarse los artículos 62 y 67 del C. C. A. (Ley 167 de 1941), anulando las Resoluciones acusadas y ordenando el restablecimiento del derecho que el señor Morra Zablath tiene de residir en Colombia mientras cumpla la Constitución y leyes del país.

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, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

Falla

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 1796 de noviembre 14 de 1975, y 1.140 de agosto 25 de 1976, por medio de las cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores cancela la Visa ordinaria número 892 expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York, al señor Jorge Morra Zablath.

Segundo. En consecuencia, el señor Morra Zablath puede continuar residiendo en Colombia, sometido a la Constitución y leyes de la República.

Cópiese, publíquese y notifíquese. En firme esta sentencia, comuníquese al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Se deja constancia de que este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas V.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA. — Concepto de Mayoría absoluta para decidir, Art. 11 del Decreto 1265 de 1970.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera — Bogotá, D.. E., agosto doce de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**).

Referencia: Expediente Nº 2180. Actor: Sociedad Aseguradora Gran Colombiana S. A.

Por auto de 30 de noviembre de 1976, el señor Consejero sustanciador doctor CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, admitió la demanda presentada por la sociedad ASEGURADORA GRANCOLOMBIANA S. A. tendiente a obtener la declaración de nulidad de la Resolución Nº 4738 de 2 de julio de 1976, originaria del Ministerio de Obras Públicas y Transportes "por medio de la cual se aprueba la liquidación final y definitiva de un contrato" y decretó la suspensión provisional del acto acusado, por considerar que había manifiesta violación de varios artículos del Decreto-Ley 2733 de 1959.

Oportunamente el señor apoderado del Fondo Vial Nacional, por medio de un extenso alegato, interpuso el recurso de súplica contra el proveído citado en lo referente al decreto de la suspensión provisional.

Por auto de 10 de febrero del año en curso, la Sala de Decisión, conformada por tres Consejeros... "los restantes de la Sala" y con intervención de dos de ellos, por la muerte del otro Consejero que la integra, decidió el recurso de súplica en el sentido de revocar el auto impugnado y declarar, en su lugar, que no procedía la suspensión provisional de los actos impugnados.

En memorial visible al folio 107 del cuaderno Nº 1, el señor apoderado de la parte actora, solicita que se decrete la nulidad del auto que decidió la súplica, por cuanto considera que la Sala de Decisión está compuesta por tres Consejeros y no por dos y que conforme al Decreto 2071 de 1956 (sic), la mayoría absoluta de los Consejeros solo puede decidir, sin estar totalmente integrada la Sala, cuando la ausencia obedece a "justa causa", pero no cuando ella es injusta y cuando hay vacancia.

En base del recurso, que la súplica debe ser decidida por los cuatro Consejeros que componen la respectiva Sección.

Se considera

Conforme al artículo 2º del Decreto 2071 de 1950, entre cuyos considerandos vale la pena transcribir el último: "Que se hace necesario introducir algunas modificaciones al procedimiento establecido en los artículos 47 y 48 de la Ley 167 de 1941, a fin de armonizarlos con las normas reorgánicas contenidas en el mencionado Decreto Legislativo número 4120 de 1949, y propiciando así una más eficaz y pronta administración de justicia, en beneficio del restablecimiento de la tranquilidad social", es decir, con el objeto de que la ausencia de uno o varios Consejeros, no fuera obstáculo para lograr "eficaz y pronta administración de justicia", se dispuso que bastaba la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación o de la respectiva Sala, para decidir, jurisdiccionalmente o no y que bastaba la firma de esa mayoría calificada, para que la decisión así adoptada tuviera plena eficacia legal.

Entender la norma en el sentido que la ausencia justificada sí paraliza a la Sala o Corporación y hace imposible la administración de "eficaz y pronta justicia", es francamente traicionar el espíritu del legislador, expuesto en los considerandos del Decreto y frustrar el objetivo de la norma.

Pero, además, para tranquilidad de quienes prefieren la interpretación exegética, hoy rige el artículo 11 del Decreto Ley 1265 de 1970, cuyo inciso final dice: "Las providencias que profieran las salas requieren mayoría absoluta de votos y serán suscritas por todos los magistrados y conjueces que concurran a dictarlas, aun por aquéllos que hayan disentido. El disidente deberá salvar su voto dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia, pero su retardo no impide la notificación de este y la prosecución del trámite".

Basta, pues, la asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de una Sala o Sección, para que, por unanimidad, puedan decidir, aunque alguno o algunos de sus miembros no comparezcan o intervengan, sin que sea necesario investigar si la ausencia tiene justa causa o no.

Ciertamente, la mayoría absoluta de los miembros de una Sección de cuatro Consejeros, es de tres, pero como el recurso de súplica, llamado horizontal por no ser jerárquico, debe ser decidido por los Consejeros de la Sala respectiva con exclusión del ponente o autor de la providencia suplicada. La Sala de decisión, en estos casos, es de tres Consejeros y la mayoría absoluta de los mismos es de DOS. En consecuencia, el recurso de súplica puede ser decidido por DOS Consejeros, si están de acuerdo y eso exactamente fue lo que sucedió en el asunto **sub judice.**

En consecuencia, NO HAY LUGAR A DECRETAR la nulidad invocada.

En firme esta providencia, vuelvan los autos al Consejero Ponente, Doctor Portocarrero Mutis.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día doce de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — OBJETO ILICITO.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinte (20) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**).

Referencia: Juicio Nº 2688. Demandante: José Antonio Salazar Cruz. Resoluciones Ministeriales.

El señor JOSE ANTONIO SALAZAR CRUZ por medio de apoderado instauró demanda de plena jurisdicción ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Se declare la nulidad de las Resoluciones Ministeriales números 1805 del 3 de septiembre de 1971 y 2617 del 12 de noviembre de 1971, proferidas por el Ministerio de Comunicaciones.

"SEGUNDA. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene al Ministerio de Comunicaciones al pago de las obligaciones insolutas derivadas del contrato de 20 de octubre de 1970, suscrito entre esa Entidad y mi poderdante, pago que deberá efectuarse con imputación a los fondos que el Ministerio tiene disponibles en el Instituto Nacional de Radio y Televisión.

"TERCERA. Se condene al Ministerio de Comunicaciones al pago de los perjuicios que ha causado al contratista por incumplimiento del contrato y por las falsas imputaciones que se hacen al doctor José Antonio Salazar Cruz, en la parte motiva de las providencias acusadas, con menoscabo de su prestigio personal y profesional".

El **a quo** sintetizó los HECHOS en que fundamenta la demanda, así:

"El 20 de octubre de 1970 fue suscrito un contrato de prestación personal de servicios entre Humberto González Narváez, Ministro de Comunicaciones y José Antonio Salazar Cruz, mediante el cual se le asignaban a este último funciones específicas.

"Como retribución a los servicios prestados, el Ministerio de Comunicaciones se obligó a pagarle por concepto de honorarios, la suma de $ 7.200.00 por quincenas vencidas, con imputación a los fondos que el Ministerio tiene disponibles en la cuenta de control de Emisiones en el Instituto Nacional de Radio y Televisión.

"Inicialmente se contrató durante el tiempo comprendido entre el 16 de octubre de 1970 y el 31 de diciembre del mismo año. En ejercicio de la posibilidad de prórroga consagrada en la cláusula 6ª, el tiempo de duración fue ampliado por seis meses contados a partir del 1º de enero de 1971. El 23 de junio de 1971, las partes acordaron ampliar el plazo previsto por seis meses más, contado a partir del 30 de junio y variar la remuneración aumentándola a $ 7.800.00 por quincena vencida.

"Estando en el desempeño de sus funciones, el 19 de agosto de 1971 el señor Viceministro le exigió por escrito al demandante presentar los estudios sobre sistemas de control de emisiones, su organización, funcionamiento y ampliación; los proyectos de reglamentación del servicio telefónico en áreas metropolitanas; la reglamentación para el establecimiento del servicio telefónico rural y del servicio de radiocomunicaciones rurales; el programa de alta prioridad en la información y las comunicaciones del Gobierno para la creación de un Consejo Superior de Comunicación Social y el proyecto de preparación de un servicio nacional de transmisión de datos; todo ello en el término de cuatro días hábiles.

"El 23 de agosto el contratista dio respuesta al señor Viceministro, manifestando que estaba en absoluta imposibilidad física para presentarle todos los estudios requeridos 'dentro del angustioso término y en las condiciones por usted señaladas'.

"El 3 de septiembre de 1971 el Ministro de Comunicaciones declara la caducidad administrativa del contrato, mediante Resolución número 1805.

"Interpuesto el recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución número 2617 del 12 de noviembre de 1971 que confirmó en todas sus partes la Resolución recurrida".

Se invocan en el libelo como disposiciones infringidas por los actos impugnados los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional; 254 y 255 de la Ley 167 de 1941, 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959; 1602 del Código Civil Colombiano; y 20 del Decreto 528 de 1964.

El apoderado del actor en un detenido estudio jurídico, expone el concepto de la violación de las normas anteriormente citadas.

El Tribunal se declaró inhibido para fallar en el presente proceso por falta de competencia, al considerar que estando en presencia de un contrato de trabajo, aún en tratándose de actos administrativos como lo son las Resoluciones acusadas, no puede entrar a examinar la situación planteada, por haber sido expresamente sustraída de su competencia, de conformidad con el artículo 32, ordinal 2º literal a) del Decreto 528 de 1964, según el cual los Tribunales contenciosos conocen en primera instancia 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, cuya cuantía sea inferior a cincuenta mil pesos.

De la providencia dictada por el **a quo** interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante, razón por la cual han venido los autos a esta Entidad, para definir la alzada, como pasa a hacerlo, previas las siguientes

Consideraciones

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo es de opinión que debe confirmarse el fallo recurrido, por cuanto la justicia contenciosa administrativa no sería competente para conocer de la presente acción, en virtud de lo previsto en el Decreto 528 de 1964, artículo 32, ordinal 2º, literal a), ya que se configuran todos los elementos que tipifican el contrato de trabajo, es decir, los que se hallan contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, sin que sea aceptable el argumento del apoderado del actor en el sentido de que este estatuto no es aplicable al caso de autos por tratarse de un contrato administrativo, pues para saber si se llenan los requisitos esenciales a la existencia de una relación laboral, necesariamente deberán tenerse en cuenta las normas que sobre el particular establece el mencionado Código Sustantivo del Trabajo.

En el asunto **sub iudice** el Gobierno Nacional celebró un contrato de prestación de servicios con el demandante, con fecha 20 de octubre de 1970, en el cual éste se obligó a lo siguiente:

> "Estudiar los sistemas de control de emisiones en su organización, funcionamiento y ampliación bajo la inmediata dirección del Viceministro de Comunicaciones: 2) Asesorar al Ministerio de Comunicaciones en la adquisición por parte de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones de las plantas telefónicas contratadas por los Municipios de los Departamentos del Valle del Cauca y Santander: 3) Proyectar la reglamentación del servicio telefónico en las áreas metropolitanas y la reglamentación para el servicio telefónico rural y del servicio de radiocomunicaciones rurales: 4) Estudiar el programa de alta prioridad inmediata de la información y las comunicaciones del Gobierno para la creación de un Consejo Superior de Comunicaciones y un Comité ejecutivo de la Comunicación Social: 5) Colaborar en la preparación de un servicio nacional de transmisión de datos: 6) Revisar las providencias que deban tramitarse por el Viceministro y prestar la asesoría relacionada con los proyectos de Ley que cursan en el Congreso: 7) las otras funciones que le señale el Viceministro, relacionadas con asuntos jurídicos a su cargo".

De conformidad con el artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, que posteriormente fue modificado por el Decreto 3074 del mismo año, "para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestaciones de servicios para el desempeño de dichas funciones".

En tal virtud el negocio **sub lite** debe ser definido en armonía con las disposiciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa,

por cuanto las providencias impugnadas constituyen actos administrativos susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción y no ante la justicia laboral ordinaria, pues de las cláusulas del convenio suscrito entre el Gobierno Nacional y el actor, se colige que aunque se trata de un contrato administrativo, se viola de manera flagrante el precepto anteriormente transcrito, ya que aquél carece de objeto lícito, porque versa sobre materias que no pueden regularse mediante convenciones con los particulares, como quiera que están taxativamente reservadas a funcionarios administrativos y nunca a contratistas.

En esta forma al contrario de lo que sostiene el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y la Fiscalía Cuarta de esta Corporación, la jurisdicción contenciosa administrativa sí es competente para conocer de actos relacionados con la caducidad de contratos de prestación de servicios, por ser —se repite— del orden administrativo y de actos emanados de la administración. Pero como el convenio se refiere a funciones de carácter permanente, en relación con las cuales no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, habrá de revocarse la sentencia del Tribunal, que declaró la inhibición para decidir el presente negocio en primera instancia por falta de competencia y, en su lugar, no accederá a las peticiones de la demanda,

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se,

Resuelve:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala, en sesión verificada el nueve (9) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977).

Samuel Buitrago Hurtado, Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

AGENTES DIPLOMATICOS. — Solicitud de anulación de pasaporte diplomático por considerarse inválido matrimonio civil con base en el cual se expidió. Competencia del Consejo de Estado por tratarse de acto administrativo emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores.

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

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

Referencia: Expediente 2341.

Después de haber anulado la Sala toda la actuación surtida dentro del presente negocio, y luego de haber corregido aquello que dio lugar a la anulación de lo actuado, corresponde ahora pronunciar la sentencia de única instancia, teniendo presente que ninguna causal de anulación aparece dentro de este proceso, que da cuenta de lo siguiente:

"Con poder suficiente otorgado por la señora Beatriz Mantilla de García Moreno, su abogado quien es titular de la tarjeta profesional 289, en acción de plena jurisdicción ejercida dentro del término legal, pide al Consejo de Estado 'declarar la nulidad de la autorización y del registro del Pasaporte Diplomático Nº d-112448 de abril 4 de 1975 expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia a la señora MARTHA LIA PINZON DE GARCIA MORENO, incluyendo la nulidad del Pasaporte mismo, por no ser esta última señora, la esposa legítima del doctor GUSTAVO GARCIA MORENO, funcionario consular al servicio de Colombia'. A título de restablecimiento del derecho agrega la demanda, 'pido que además de la nulidad impetrada se disponga que sólo la señora BEATRIZ MANTILLA DE GARCIA MORENO tiene derecho a pasaporte diplomático cuando le sea expedido con ese carácter a su esposo el doctor GUSTAVO GARCIA MORENO, y que le sea retirado el pasaporte diplomático a la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno".

Los fundamentos de hecho y las omisiones sobre los cuales se fundamenta la acción son, en síntesis los siguientes:

El doctor Gustavo García Moreno y la actora son esposos legítimos, puesto que contrajeron matrimonio por los ritos de la religión ca-

tólica. Este matrimonio está separado eclesiásticamente y ninguno de los esposos ha muerto. A pesar del vínculo matrimonial existente, entre el doctor García Moreno y la señora Mantilla, aquel contrajo nuevo matrimonio civil en Venezuela con la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno. Mientras el doctor García tiene derecho a la expedición de su pasaporte diplomático, la señora Martha Lía Pinzón no disfruta de tal prerrogativa, la cual es únicamente para la **esposa legítima** que es la actora, pues la propia ley excluye a la segunda señora "porque el matrimonio civil en estas circunstancias no tiene reconocimiento legal en Colombia frente a un matrimonio católico válido". Como el Ministerio de Relaciones Exteriores aceptó el matrimonio civil del doctor García Moreno "y autorizó y registró" el pasaporte que se enjuicia, "desconociendo los efectos civiles y políticos del matrimonio católico celebrado con la actora", el acto acusado es nulo. Finalmente la señora Beatriz de García Moreno, tiene interés directo en el juicio que se inicia.

Las violaciones señaladas por el actor son éstas:

El artículo 3º del Decreto 798 de 1941, porque el Ministerio de Relaciones autorizó y registró el pasaporte diplomático de la señora Martha Lía Pinzón de García, sin cumplir las exigencias contenidas en esa disposición y sin que hubiera exigido a la interesada todos los requisitos del artículo 3º del mismo decreto. El artículo 21 del mismo decreto, cuyo concepto de violación no aparece, pues, el apoderado de la actora se limita a repetir el texto de este artículo que estima quebrantado. El artículo 19 del mismo decreto porque la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno "no ha sido nombrada para ningún cargo diplomático ni consular de la República, en cambio por el acto demandado se le ha concedido pasaporte Diplomático a una persona que según la Ley no tiene derecho a ese privilegio". El artículo 20 del mismo decreto, porque mientras la norma "confiere derecho exclusivamente a la esposa legítima, esto es, a la casada según la Ley Colombiana, como en este caso a doña Beatriz Mantilla de García Moreno, para poseer Pasaporte Diplomático como esposa del funcionario consular doctor GUSTAVO GARCIA MORENO, en cambio, por el acto acusado se le dio Pasaporte Diplomático a una señora que no es la esposa legítima o legal del doctor Gustavo García Moreno como lo es la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno".

La actuación del Ministerio, continúa diciendo la demanda, violó también los artículos 113, 152 del Código Civil, los artículos 12 y 50 de la Ley 157 de 1887 y el artículo 3º del Concordato consignado en la Ley 35 de 1888, porque no reconoció al matrimonio católico los efectos civiles y políticos que él tiene. Termina así el concepto de violación de estos preceptos: En síntesis, al concederle el Pasaporte Diplomático a la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio validez jurídica a un matrimonio civil de colombianos en el exterior estando casado uno de aquellos cónyugues católicamente con otra colombiana".

En esta segunda etapa se constituyó como parte impugnadora y por conducto de apoderado, la señora Martha Lía Pinzón de García, quien después de contestar los hechos fundamentales de la demanda y de solicitar la práctica de unas pruebas que fueron decretadas, alegó dos excepciones: la de prescripción y "La que resulta de la incom-

petencia de Jurisdicción que tiene el Consejo de Estado para conocer de este asunto". Ambas las fundamentó en los hechos de que da cuenta el escrito que corre a folios 62 a 63 del expediente.

Así mismo el representante de la parte actora en la existencia de los quebrantos a las normas superiores que el mismo anota en su demanda, quebrantos que se fundamentan en que la actora es la esposa legítima del doctor García Moreno y no la señora que ahora se presentó como impugnadora, debido a que con aquella se contrajo con anterioridad un matrimonio católico, mientras que con ésta se celebró el mismo contrato pero con arreglo a las leyes civiles. En tales circunstancias, argumenta el representante de la actora, el único matrimonio válido es el primero que corresponde al católico y por lo mismo la segunda esposa no puede ser titular de un pasaporte diplomático como el que se pretende anular por medio de este juicio. Y como la expedición de pasaportes, diplomáticos o no, no es cuestión discrecional, sino reglada, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha debido abstenerse de expedir pasaporte a la segunda esposa del doctor García Moreno, por lo cual el que expidió a doña Martha Lía Pinzón de García Moreno, es nulo y así debe declararse en el fallo que ponga fin a este juicio.

El señor Fiscal colaborador, al intervenir en su alegación final, después de recordar varias jurisprudencias de esta Corporación, las cuales transcribe en su vista, dice:

"De acuerdo con las jurisprudencias referidas, para que la acción de plena jurisdicción prospere, no sólo se requiere que se de una cuestión particular y concreta, sino que quien la estime tenga interés jurídico para demandar.

En el caso de autos la demandante alega su calidad de esposa legítima de un diplomático que no ha sido demandado, pero aun en tal caso, de dónde podría resultar la legitimación para instaurar tal acción?

Si la señora Martha Lía Pinzón en lugar de expedírsele pasaporte privado, se le expidió uno diplomático, en qué puede resultar perjudicada la demandante?

Si ésta, como se afirma en el hecho segundo de la demanda, se encuentra separada eclesiásticamente de su esposo (fol. 13), y si además, aún goza de las ventajas de habérsele revalidado su pasaporte diplomático (fl. 11), no se ve en forma alguna, de qué manera puede resultar perjudicada?, pues la simple satisfacción sentimental no alcanza a estructurar un interés jurídico para accionar.

Por razones de lo anterior, no hace falta entrar a estudiar asi, como se afirma en la demanda, tratándose de la esposa de un diplomático el pasaporte de esa naturaleza, está reservado exclusivamente a la esposa legítima y así, en tal evento, tendría el Ministerio de Relaciones Exteriores la obligación de investigar la legitimidad, categoría y prioridad de los matrimonios, o si al contrario, al no disponer el artículo 20 del Decreto 798 de 1941, que se trate de la esposa legítima, basta con establecer que se acredite, simplemente, tal requisito, sin que se tenga la facultad para entrar a definir cuestiones de derecho reservadas a la jurisdicción civil.

Como conclusión de todo lo anterior, en concepto de esta Fiscalía, a la actora no le asiste interés jurídico para demandar, y, por tal razón, no se debe estudiar el mérito del negocio sino proferir sentencia inhibitoria".

La Sala no se acuerda con el señor Fiscal. No interesa si la demandante está separada de su cónyuge, según las normas de la iglesia, o si como dice el Agente del Ministerio Público, "goza de las ventajas de habérsele revalidado su pasaporte diplomático". Lo que importa es saber que el pasaporte se expide a quien sea la cónyuge, es decir, a quien acredite estar casada con el diplomático.

Por consiguiente, sin que se hubiera demostrado que la prueba llevada al Ministerio de Relaciones Exteriores es inválida, lo cual compete a la jurisdicción ordinaria, no se puede hablar de quebranto alguno a las normas señaladas como infringidas.

Por otra parte, la demandante sí tiene interés procesal, pero ella no está legitimada en causa, porque la acción no puede prosperar, ya que la forma como se ha enfocado el problema significa que necesariamente habría que definir quién de las dos señoras, si la actora o la impugnadora, es la legítima esposa del doctor García Moreno, pues, sin este presupuesto sería imposible establecer la violación de las normas invocadas como quebrantadas en la demanda. Y es claro que tal punto es esencialmente de derecho privado, por lo cual toda controversia que surja alrededor del mismo, debe ser sometida para su decisión a los jueces de la jurisdicción ordinaria, que es la competente para conocer de tales procesos. Por estas circunstancias, no encuentra la Sala quebranto alguno a las normas que como violadas invocó la demanda, toda vez que los quebrantos alegados, parten de una base que la Sala no puede aceptar, y que según la demanda, consiste en que el matrimonio válido es el que contrajo el diplomático con la demandante y el inválido es el contraído con la impugnadora, punto que, se repite, no puede definirse dentro de esta acción ni ante esta jurisdicción.

Sobre las excepciones formuladas por la parte impugnadora, cabe anotar que de la prescripción no prospera, debido a que si la demanda se presentó el 4 de agosto de 1975 (fls. 19 vto.) y el pasaporte acusado se expidió el 4 de abril del mismo año, la acción no alcanzó a caducar porque se intentó dentro del término legal, y sobre la incompetencia de jurisdicción, está de acuerdo la Sala con el excepcionante en el sentido de que compete a la jurisdicción ordinaria resolver sobre la validez de los matrimonios del doctor García Moreno, pero no se acuerda con él, cuando cree que el Consejo de Estado no es competente para conocer de la demanda sobre el acto administrativo contenido en un pasaporte expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por todo esto, las alegadas excepciones no podrán tener prosperidad, y ello se declarará en la parte resolutiva.

Finalmente estima la Sala oportuno recordar que desde las gestiones adelantadas ante la Administración por la señora Beatriz Mantilla de García Moreno, la entidad gubernamental, en comunicación de 3 de junio 1975, enfocando perfectamente el problema que desde entonces ella tenía, le dijo:

"Bien sabe usted que este Ministerio como autoridad administrativa no tiene competencia jurídica para entrar a calificar

la validez o invalidez de un matrimonio civil celebrado por ciudadanos colombianos en el país o en el exterior, porque esa facultad es privativa de los Tribunales y Jueces de la República. Al expedir o revalidar un pasaporte o al conferir una carta de naturaleza o una visa ordinaria, la Cancillería se limita a presumir la validez jurídica de los documentos probatorios del estado civil que se presentan debidamente auténticados por las autoridades competentes, y a registrar con base en ellos el estado civil correspondiente".

Como se ve, pues, la Administración, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores no ha quebrantado ninguna de las normas que se adujeron como violadas por la demanda, razón por la cual, no podrán tener prosperidad las súplicas contenidas en el libelo.

Lo expuesto es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de su colaborador Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falle:

PRIMERO. No es del caso declarar probada ninguna de las excepciones alegadas por la parte impugnadora.

SEGUNDO. Niéganse las peticiones formuladas por la demanda.

Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente, dejando constancia que ella se discutió en varias salas y se aprobó en sesión del día primero de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Miguel Antonio Cárdenas, Carlos Galindo Pinilla.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

TRABAJADORES OFICIALES. — ADQUISICION DE LA CONDICION. — Título VII del Decreto 2339 de 1971. En el Ministerio de Defensa y en la Policía Nacional los trabajadores oficiales solamente adquieren dicha condición, a partir de la firma del contrato a diferencia de los demás trabajadores oficiales con quienes se presume celebrado contrato conforme al modelo oficial llamado contrato ficto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección segunda. — Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Aníbal Restrepo S.**)

Referencia: Expediente Nº 0048. Resoluciones Ministeriales. Actor: Nohemí Mejía de Calderón.

Por habérsele concedido a la parte actora apelación contra el fallo de noviembre 28 de 1975, por la que se accedió parcialmente a sus pretensiones, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el proceso instaurado por la señora Nohemí Mejía de Calderón, debidamente representada, para que se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERO. Es Nula la Resolución Nº 2912 de 1974, originaria del Ministerio de Defensa Nacional.

"SEGUNDO. El Ministerio de Defensa Nacional reconocerá y pagará, a favor de mi procurada, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el Subsidio Familiar y la Prima de Alimentación, estatuidos en la Ley 68 de 1963".

Consideraciones

El recurso recibió ya el trámite de rigor. La Fiscalía Cuarta de la Corporación por su parte, consigna en la vista de fondo la jurisprudencia reiterada de la Sala.

Al efecto la Sala acoge las consideraciones de la Fiscalía.

"**La prescripción.** Considera la Fiscalía que al haberse derogado el Decreto 351 de 1964 que consagraba la prescripción trienal, debe tenerse en cuenta la prescripción de cuatro años consagrada en el artículo 121 del Decreto 2339 de 1971, aplicable al **sub judice.** En este sentido se solicita la modificación del fallo apelado.

"Límite en el tiempo de lo reconocido.

"Ya se dijo que la sentencia apelada limitó los derechos reclamados hasta la vigencia del Decreto 2339 de 1971. Sin embargo la Fiscalía considera que la aplicación a los **trabajadores oficiales** (que solamente lo serán en la medida en que suscriban el contrato de trabajo) del Título VII del mencionado decreto solamente o sea desde la firma del contrato, porque su VALIDEZ está condicionada entre otros requisitos (Art. 107 **ibídem**) a que conste por escrito. Piensa la Fiscalía que no es suficiente la sola existencia del Decreto 2339 de 1971 porque se presentaría el absurdo consistente en que sin suscribirse el contrato, donde debe constar el régimen salarial, y aplicarse el título VII (Art. 112) se estaría remitiendo a un régimen salarial INEXISTENTE. Al paso que, si como lo piensa la Fiscalía, el Título VII sólo se aplica a partir de la firma del contrato, antes de suscribirse el régimen salarial será el legal y después, de acuerdo con la misma ley, será el contractual.

"Y se dice que los **trabajadores oficiales** del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional solamente adquieren dicha condición a partir de la firma de contrato, porque a diferencia de los demás trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968, Art. 7º), donde se **presume** celebrado el contrato conforme al modelo oficial correspondiente (lo que se ha llamado desde la Ley 6ª de 1945 el **contrato ficto**, el vínculo contractual de los primeros solamente tienen VALIDEZ cuando conste por escrito.

"En consecuencia como la demandante suscribió contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1973, piensa la Fiscalía que los derechos impetrados debe reconocérsele hasta el 31 de diciembre de 1972. En este sentido también se solicita la modificación del fallo apelado".

En consecuencia la sentencia apelada se ajusta a la doctrina del Consejo. Pero la parte resolutiva habrá de modificarse en el sentido de que los derechos reconocidos deben llegar hasta el 31 de diciembre de 1972.

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 el 28 de noviembre de 1975, con la modificación de que los complementos salariales ordenados pagar en el numeral 2º de la misma sólo se reconocerán hasta el 31 de diciembre de 1972.

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 25 de agosto de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIO. — Derivada de actos administrativos laborales basados en la presunta comisión de un delito y previos al proceso penal terminado con sentencia de sobreseimiento definitivo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá D E., julio veinticinco (25) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**)

Referencia: Juicio Nº 3135. Demandante: Pedro Tejada Jovel. Resoluciones Ministeriales.

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha 31 de octubre de 1974, interpuso recurso de apelación ante esta superioridad, el apoderado del señor PEDRO TEJADA JOVEL, quien en demanda instaurada ante aquella Corporación, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Es parcialmente nula la Resolución número 5870 de fecha 12 de septiembre de 1972, del Ministerio de Obras Públicas, en cuanto dejó de reconocer los servicios oficiales y salariales del trabajador Pedro Tejada Jovel, durante el lapso que permaneció suspendido en el ejercicio de sus funciones.

"SEGUNDA. En consecuencia, el Ministerio de Obras Públicas, reconocerá y pagará los salarios. primas, bonificaciones, aumentos salariales y demás inherentes al cargo que venía desempeñando cuando fue suspendido en el ejercicio de funciones, computándose este lapso como de actividad para efecto de cesantía, vacaciones, sin solución de continuidad alguna, a favor del actor, desde entonces, hasta su reintegro.

"TERCERA. El Ministerio de Obras Públicas dará cumplimiento a la sentencia dentro del lapso de treinta días, de conformidad con el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Fundamentó el demandante las anteriores peticiones, en estos HECHOS:

"Pedro Tejada Jovel, auxiliar de enfermería del Ministerio de Obras Públicas, con servicios discontinuos desde el año de 1946, fue suspendido, en el ejercicio de funciones y atribuciones, en el

mes de junio de 1964, por decisión de Visitador Fiscal de la Contraloría General de la República, por presuntos manejos dolosos en su cargo.

"La justicia ordinaria no halló fundado cargo alguno contra el honesto trabajador y así lo señaló en providencias de la 1ª y 2ª instancias absolviéndolo de todo cargo y responsabilidad penal por la sindicación hecha.

"El Ministerio de Obras Públicas, por Resolución número 5870 de fecha 12 de septiembre de 1972, después de cuatro años, de que el trabajador reclamaba para el restablecimiento de su derecho, levantó la suspensión que del ejercicio de funciones y atribuciones se había privado por la cuestión penal.

"Dicha entidad gubernamental, Ministerio de Obras Públicas, a pesar de que la asesoría jurídica del mismo, conceptuó que no solamente el señor Tejada Jovel, deberá ser reintegrado a sus funciones y atribuciones, sino, además, al reconocimiento y pago de sus derechos salariales y sociales, causados y dejados de percibir, por culpa de la medida tomada arbitraria e inconsultamente por el Visitador de la Contraloría General de la República, se abstuvo sin razón legal alguna a decretar dicho reconocimiento.

"En consecuencia, H. Magistrado, el Ministerio de Obras Públicas, deberá ser condenado a los reconocimientos impetrados, que dejaron de hacer en la Resolución número 5870 del 12 de septiembre de 1972, y que fueron formuladas conveniente y previamente, como secuela del restablecimiento del derecho".

Se aduce en el libelo como disposiciones infringidas por el acto acusado, los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional 9º, 27, 57 y 140 del Código Sustantivo del Trabajo, normas estas acerca de las cuales hace el apoderado del actor un sintético análisis, para demostrar el quebrantamiento de que fueron objeto.

En su debida oportunidad, el Ministerio de Obras Públicas designó apoderado para que representara a dicha entidad en el juicio, lo que en efecto hizo, durante la primera instancia del mismo.

Habiéndose tramitado el negocio en legal forma y sin que se advierta causal de nulidad que pudiese invalidar la actuación la Sala procede a decir, previas las siguientes

Consideraciones

La resolución impugnada señala que el actor fue suspendido por un Visitador de la Contraloría General de la República por habérsele imputado el delito de peculado y que mediante sentencia del 27 de marzo de 1968, el Juzgado del Circuito Promiscuo de Garzón sobreseyó en forma definitiva al acusado, providencia esta que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en sentencia materia de la apelación consideró, para negar las peticiones de la demanda, que **en nuestro sistema jurídico no caben acciones indemnizatorias por actos provenientes de la administración de justicia**

y que el proferido por la Contraloría General de la República que suspendió al demandante, emana del poder instructor que la ley le ha conferido para los casos de peculado.

Sin embargo, como lo anota la Fiscalía Cuarta del Consejo, en su concepto de fondo, la decisión de un empleado de la Contraloría General de la República, por la cual se suspende en el ejercicio de sus funciones al inculpado, es un acto administrativo previo a las actuaciones judiciales propiamente dichas, de manera que si en el proceso penal no se condena al funcionario, el Estado debe resarcir los perjuicios ocasionados en atención a que toda la actuación judicial provino de un acto administrativo que estimó la comisión de un delito, pero que ante la autoridad competente no fue probado. Y así, en el fondo, podría dar lugar a una indemnización derivada de los actos administrativos de carácter laboral por actuaciones preliminares al proceso penal.

Ya esta Corporación en anterior oportunidad estableció que si el empleado no puede continuar prestando sus servicios a la Administración, en razón de haber sido separado de éstos por causa de una investigación penal y por el hecho de ordenarse su detención si posteriormente no sufre condena alguna, es natural que el Estado deberá resarcirle los perjuicios ocasionados, ordenando su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo separado del cargo que desempeñaba. Así se decidió en el fallo de fecha 10 de marzo de 1972, al dirimir el juicio del señor Luis Antonio Acosta Gómez, del que fue Sustanciador el Consejero que redacta la presente providencia ("Anales" del Consejo de Estado - Año XLVII - Tomo LXXXII - pág. 242).

Tesis esta que reitera la entidad, mas aún cuando en el caso **sub lite**, la suspensión del demandante provino de un acto expedido por un funcionario de la Contraloría General de la República, que acusó al empleado reclamante, lo cual está demostrando que se trata de una actuación esencialmente administrativa.

En relación con la solicitud que se hace en la demanda para que se paguen los sueldos dejados de percibir, como también las prestaciones, es necesario tener en cuenta que para estos eventos debe aplicarse la prescripción trienal a que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, razón por la cual, como la reclamación del pago de las mismas se hizo el 24 de febrero de 1971, sólo deberán reconocerse los sueldos y prestaciones a partir del 24 de febrero de 1968 y hasta el 12 de septiembre de 1972, fecha en que se ordenó el reintegro del actor, por medio de las resoluciones enjuiciadas.

Por lo dicho anteriormente habrá de revocarse la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, para acceder a las peticiones de la demanda en la forma mencionada.

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:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), y en su lugar se

Dispone:

Primero. Declárase la nulidad parcial de la Resolución número 5870 del 12 de septiembre de 1972, expedida por el Ministerio de Obras Públicas, en cuanto dejó de reconocer al señor Pedro Tejada Jovel, los salarios y prestaciones sociales reclamados.

Segundo. En consecuencia, el Ministerio de Obras Públicas, reconocerá y pagará al demandante señor Pedro Tejada Jovel, los salarios, primas, bonificaciones, aumentos salariales y demás inherentes al cargo que venía desempeñando, a partir del 24 de febrero de 1968, hasta el 12 de septiembre de 1972, computándose todo este tiempo como de actividad ininterrumpida, para efectos de cesantía, vacaciones y demás prestaciones sociales.

Tercero. La entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el ocho (8) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977).

Los consejeros,

Carlos Aníbal Restrepo S., Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MILITARES. — La pensión de invalidez por incapacidad absoluta y permanente excluye el subsidio familiar.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 4165. Actor: Octavio Camelo Torres.

Por haberse concedido a la parte actora el recurso de apelación contra la sentencia de septiembre 17 de 1975, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitió el proceso instaurado por conducto de apoderado, por el señor OCTAVIO CAMELO TORRES, para que se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA. Que se declare que es Nula la Resolución Nº 1231 dictada por el Ministerio de Defensa Nacional el 7 de marzo de 1972.

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior nulidad, se condene al Tesoro Público (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar dentro del plazo fijado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, a mi poderdante, el Capitán (r) del Ejército, señor OCTAVIO CAMELO TORES, el valor del subsidio familiar en las cuantías fijadas por las normas legales citadas, como inválido absoluto, a partir de la fecha en que le fue decretada su pensión, teniendo en cuenta el número de hijos.

"TERCERA. Que, como consecuencia de la NULIDAD anterior, se declare que el Ministerio de Defensa Nacional debe incluir dentro de la pensión de INVALIDEZ ABSOLUTA que se paga a mi poderdante el Capitán (r) del Ejército señor OCTAVIO CAMELO TORRES, un subsidio familiar en las cuantías fijadas por las normas legales, o sea del 30% por ser casado, un 5% por el primer hijo y un 4% por cada uno de los demás, reajuste que debe tener operancia desde la fecha en que se le decretó dicha pensión".

Como hechos de la demanda aduce los que se resumen así: El demandante fue retirado del servicio activo por INVALIDEZ ABSOLUTA, con el grado de Capitán del Ejército, mediante el Decreto Nº 205 de 15 de febrero de 1969; el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión mensual de invalidez en cuantía del 100% y unas presta-

Dispone:

Primero. Declárase la nulidad parcial de la Resolución número 5870 del 12 de septiembre de 1972, expedida por el Ministerio de Obras Públicas, en cuanto dejó de reconocer al señor Pedro Tejada Jovel, los salarios y prestaciones sociales reclamados.

Segundo. En consecuencia, el Ministerio de Obras Públicas, reconocerá y pagará al demandante señor Pedro Tejada Jovel, los salarios, primas, bonificaciones, aumentos salariales y demás inherentes al cargo que venía desempeñando, a partir del 24 de febrero de 1968, hasta el 12 de septiembre de 1972, computándose todo este tiempo como de actividad ininterrumpida, para efectos de cesantía, vacaciones y demás prestaciones sociales.

Tercero. La entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en el presente fallo, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el ocho (8) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977).

Los consejeros,

Carlos Aníbal Restrepo S., Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MILITARES. — La pensión de invalidez por incapacidad absoluta y permanente excluye el subsidio familiar.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 4165. Actor: Octavio Camelo Torres.

Por haberse concedido a la parte actora el recurso de apelación contra la sentencia de septiembre 17 de 1975, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitió el proceso instaurado por conducto de apoderado, por el señor OCTAVIO CAMELO TORRES, para que se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA. Que se declare que es Nula la Resolución Nº 1231 dictada por el Ministerio de Defensa Nacional el 7 de marzo de 1972.

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior nulidad, se condene al Tesoro Público (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar dentro del plazo fijado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, a mi poderdante, el Capitán (r) del Ejército, señor OCTAVIO CAMELO TORES, el valor del subsidio familiar en las cuantías fijadas por las normas legales citadas, como inválido absoluto, a partir de la fecha en que le fue decretada su pensión, teniendo en cuenta el número de hijos.

"TERCERA. Que, como consecuencia de la NULIDAD anterior, se declare que el Ministerio de Defensa Nacional debe incluir dentro de la pensión de INVALIDEZ ABSOLUTA que se paga a mi poderdante el Capitán (r) del Ejército señor OCTAVIO CAMELO TORRES, un subsidio familiar en las cuantías fijadas por las normas legales, o sea del 30% por ser casado, un 5% por el primer hijo y un 4% por cada uno de los demás, reajuste que debe tener operancia desde la fecha en que se le decretó dicha pensión".

Como hechos de la demanda aduce los que se resumen así: El demandante fue retirado del servicio activo por INVALIDEZ ABSOLUTA, con el grado de Capitán del Ejército, mediante el Decreto Nº 205 de 15 de febrero de 1969; el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión mensual de invalidez en cuantía del 100% y unas presta-

ciones unitarias, las cuales fueron reajustadas en atención al tiempo doble de que trata el Decreto 1048 de 1970. El actor demandó del Ministerio de Defensa Nacional el reajuste de su pensión solicitando la inclusión del subsidio familiar en cuantía del 30% por ser casado, un 5% por el primer hijo y un 4% por cada uno de los demás, habiéndole sido negada su petición con fundamento en que cuando se causó su retiro estaba vigente el Decreto 3071 de 1968 que en sus artículos 115 y 116 dispone el porcentaje del 5% y 3% si es casado o viudo y por cada uno de los hijos a su cargo, respectivamente y así fue reconocido al actor.

Como disposiciones violadas cita: artículo 30 de la Constitución Nacional, Decretos 3220 de 1953, 325 de 1959, Ley 126 del mismo año y los Decretos 3071 de 1968 y 2337 de 1971.

Se tramitó la instancia con el lleno de los requisitos legales. Fue sustentado el recurso por el apelante que solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

La Fiscalía 4ª de la Corporación hace un juicioso análisis de la situación debatida y solicita la confirmación del fallo apelado. La Sala comparte los planteamientos de la Fiscalía, en los siguientes términos:

"En cuanto a la petición del actor, en su calidad de ex-oficial de las Fuerzas Militares desvinculado con pensión de invalidez bajo la vigencia del Decreto 3071 de 1968, consistente en la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO PROFERIDO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POR EL CUAL NO ACCEDIO AL REAJUSTE PORCENTUAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR Y EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, aparece que aquel fue retirado en forma definitiva en mayo 16/69 (fls. 11 y 12 Ant. Adm.) y que por Resolución Nº 3055 de junio 9/69 se le reconocieron sus prestaciones sociales (fls. 5 a 7 Ant. Adm.). Posteriormente, en junio 3/70 solicitó a la Administración que el subsidio familiar se le reajustara al mismo porcentaje que devengó en su situación de actividad por gozar de la Pensión de Invalidez (fl. 1 Ant. Adm.) y el Ministerio profirió la Resolución Nº 1231/72, que denegó su pretensión (fls. 1 y 2 Exp.). Acudió a la vía judicial el 24 de noviembre de 1972.

"Ahora bien: Bajo la vigencia del Decreto Ley Nº 3071/68 los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares cuando están en situación de actividad gozan del SUBSIDIO FAMILIAR en los porcentajes establecidos en el artículo 64: pero cuando dicho personal es retirado por INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE, según el artículo 130, tiene derecho a percibir la PENSION DE INVALIDEZ sobre los haberes de actividad que están determinados claramente en el artículo 115, o sea que percibe dichas partidas en el 100% de que gozaba en situación de actividad, pero excluye expresamente el subsidio familiar. Esto conduce a que en principio no se tenga derecho al subsidio familiar en la cuantía del 100%, situación que se define claramente en el artículo 116 **ibídem**, que reglamenta las bases de liquidación de dicho SUBSIDIO para el personal retirado en goce de la pensión de invalidez, disposición especial e independiente del régimen pensional, por tratarse de otra prestación.

"En consecuencia, la Administración al dictar el acto acusado (fls. 1 y 2 Exp.) obró conforme al derecho, es decir, aplicó correctamente el artículo 116 del Decreto 3071/68. Además, las otras normas citadas como violadas, unas estaban derogadas y otras (Decreto 2337/71) era aplicable a situaciones futuras".

Por todo lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

Falla:

SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de septiembre de 1975.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 25 de agosto de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PERSONERIA JURIDICA. — El Ministerio de Justicia sí puede cancelar Personería Jurídica a las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones, cuando esas funciones no hayan sido atribuidas a otros organismos, según el literal a) del artículo 13 del Decreto-Ley 576 de 1974. Diferencia entre revocatoria de un acto administrativo y cancelación de una personería jurídica y entre el acto administrativo que crea una situación jurídica particular y el que simplemente declara la existencia de dicha situación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos setenta y siete.

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

Ref.: Expediente 234.

La "Fundación Colegio Americano de Bogotá" por conducto de apoderado legalmente constituido, demandó en acción de plena jurisdicción las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 3856 de 1974 (julio 23) y 4580 de 1974 (agosto 27) del Ministerio de Justicia, por las que se suspendió y canceló la personería jurídica de la FUNDACION COLEGIO AMERICANO de Bogotá.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad se restablezca en todos sus derechos a la FUNDACION COLEGIO AMERICANO DE BOGOTA, quedando vigente la resolución del mismo Ministerio que le concedió personería jurídica por Resolución 1074 de 1974 (marzo 18) sin solución de continuidad, y con el goce de las prerrogativas correspondientes.

TERCERA. Que el Estado colombiano es responsable civil o administrativamente de los perjuicios sufridos por la FUNDACION COLEGIO AMERICANO DE BOGOTA como consecuencia de la vigencia y ejecución de los actos demandados.

CUARTA. Condénase al Estado colombiano a pagar a la FUNDACION COLEGIO AMERICANO DE BOGOTA o a sus causahabientes tales perjuicios, los que serán justipreciados en el juicio y pagados en el plazo legal con los intereses bancarios hasta cuando se haga su cancelación efectiva".

Las pretensiones anteriores se fundamentaron en los hechos que se resumen así:

1) En virtud de la Resolución Nº 1074 de 18 de marzo de 1974, el Ministerio de Justicia otorgó personería jurídica a la actora, lo cual "colocó a esa persona jurídica frente a terceros, como un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente"..

2) Los actos acusados suspendieron la personería jurídica de la demandante sin que el Ministerio de Justicia tuviera competencia para hacerlo" porque en el fondo se está disponiendo sobre una disputa de bienes muebles e inmuebles entre dos partes litigantes y porque "cuando un acto jurídico ha creado una situación jurídica, individual y concreta no puede ser revocada por funcionarios públicos sin el consentimiento del interesado".

3) El acto administrativo de cancelación de personería a la FUNDACION COLEGIO AMERICANO DE BOGOTA no fue notificado en debida forma, porque no se notificó personalmente al representante legal de la demandante y tampoco por edicto, y en tal virtud no puede surtir ningún efecto.

Como disposiciones violadas por los proveimientos enjuiciados, se invocan en el libelo los artículos 10, 11, 12 y 24 del Decreto 2733 de 1959, 66 del Código Contencioso Administrativo, 636 del Código Civil, 63 del Código de Procedimiento Civil.

El concepto de la violación gira en torno de la interpretación de las anteriores normas legales por parte del apoderado de la demandante, relacionándolas con los hechos y omisiones en que dice apoyar la acción.

El proceso fue tramitado regularmente, con arreglo al Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo como juicio ordinario contencioso-administrativo, durante el cual y en oportunidad comparecieron a impugnar la acción la sociedad 'Christian Properties Corporation' y la 'Junta de Fábrica de la Iglesia Presbiteriana de Colombia', por lo cual fueron admitidas como tales a través de su apoderado judicial.

Decretadas y practicadas las pruebas que tuvieron a bien hacer valer en tiempo las partes contendientes, oídas éstas en sus alegaciones de bien probado, lo mismo que el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, ha llegado el momento de proferir sentencia definitiva, ejecutoriado como se encuentra el auto de citación para la misma.

Consideraciones previas a la decisión

Los actos impugnados son del siguiente tenor:

"REPUBLICA DE COLOMBIA. — MINISTERIO DE JUSTICIA. — RESOLUCION Nº 3856 de 19 (23 Jul. 1974). Por la cual se suspende temporalmente una personería jurídica. EL MINISTERIO DE JUSTICIA. En ejercicio de sus facultades legales, y CONSIDERANDO: Que por medio de la Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974, este Ministe-

rio reconoció personería jurídica a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", con domicilio en Bogotá, providencia que fue publicada en el Diario Oficial número 34.080 de fecha 14 de mayo del mismo año, y se halla por consiguiente, vigente en la actualidad; que en escrito elevado a este Ministerio, con fecha 9 del mes en curso, el señor ARISTOBULO PORRAS P., en su calidad de representante legal de la "Junta de Fábrica de la Iglesia Presbiteriana de Colombia", entidad con personería jurídica otorgada por Resolución número 97 de 1939, ha solicitado la revocación directa, o en su defecto la cancelación de la Resolución que concedió personería jurídica a la fundación arriba mencionada.

Que el peticionario fundamenta su solicitud en el hecho de tener la "Junta de Fábrica de la Iglesia Presbiteriana de Colombia" el manejo y administración de los bienes de la citada Iglesia, entre los cuales se cuenta el Colegio Americano de Bogotá y que, por tanto, ni todos ni parte de estos bienes podían declararse como integrantes del patrimonio de la FUNDACION COLEGIO AMERICANO";

Que el peticionario acredita con certificados del Ministerio de Educación Nacional el registro del Colegio Americano en su Sección Diurna como propiedad de "Christian Properties Corporation" y la Sección Nocturna como propiedad de la "Iglesia Presbiteriana de Colombia". Además, con escrituras registradas la propiedad de los inmuebles del Colegio y con certificados del Instituto Nacional del Transporte, la propiedad de los vehículos del mismo. Por último, manifiesta el señor Porras P. en la parte final de su escrito, que posteriormente acreditará la propiedad de los demás bienes declarados como de propiedad de la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO";

Que de acuerdo con lo previsto en el Decreto Número 155 de 1974, en armonía con el Decreto número 1579 de 1972, corresponde al Ministerio de Educación Nacional ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones o fundaciones de utilidad común el objeto de éstas sea prestar el servicio educativo, y que la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", tiene como finalidad esencial, de acuerdo con el artículo 5º de sus estatutos, la de promover la educación y la cultura del pueblo colombiano, en busca de su redención espiritual, social y económica;

Que conforme a los Decretos 125 y 1277 de 1973 corresponde al Ministerio de Educación el reconocimiento de personería jurídica a las entidades que tienen por finalidad la ejecución de programas de educación superior, y que la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" tiene dentro de sus propósitos el de realizar esta clase de programas,

Resuelve:

Primero. Suspender la personería jurídica otorgada a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" mediante Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974, que fue publicada en el Diario Oficial número 34080 del 14 de mayo del mismo año.

Artículo Segundo. Solicitar del Ministerio de Educación Nacional que, conforme a las facultades que le confieren las disposiciones vigentes, realice una visita de inspección al Colegio Americano e informe a

este Ministerio sobre la titularidad de la propiedad de sus bienes y demás aspectos que considere convenientes para la solución del problema planteado.

Para el efecto deben remitirse al Ministerio de Educación Nacional el memorial y documentación anexa, suscrito por el señor ARISTOBULO PORRAS P., y los estatutos y demás documentación de personería jurídica de la Fundación en referencia.

Artículo Tercero. La presente Resolución surte sus efectos a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. — Dada en Bogotá, D. E., a 23 de julio de 1974. (Fdo.), JAIME CASTRO. (Fdo.) GUILLERMO SALAH ZULETA, Secretario General".

MINISTERIO DE JUSTICIA. — OFICINA JURIDICA. — Bogotá, D. E., julio veintiséis (26) de mil novecientos setenta y cuatro (1974). En la fecha notifico personalmente la Resolución que antecede al doctor PABLO ANDRADE, con c. de c. 2.851.853 de Bogotá, advirtiéndole que contra dicha providencia procede el recurso de reposición por la vía Gubernativa. Enterado de su contenido, notificado manifiesta que la consiente. EL NOTIFICADO. (Fdo.) PABLO ANDRADE. EL ABOGADO DE LA OFICINA JURIDICA (Fdo.) JULIO C. MORALES M. (hay un sello de la Oficina jurídica...)

REPUBLICA DE COLOMBIA. — MINISTERIO DE JUSTICIA. — El suscrito. Abogado de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, para los efectos del Artículo Undécimo del Decreto Nº 2733 de 1959,

Hace saber

Que para resolver la solicitud formulada por el señor ARISTOBULO PORRAS P., sobre revocación directa, o cancelación que concedió personería jurídica a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", se dictó la Resolución Nº 3856 del 23 de julio del año en curso, cuya parte resolutiva dice: "ARTICULO PRIMERO. — Suspender la personería jurídica otorgada a la 'FUNDACION COLEGIO AMERICANO' mediante Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974, que fue publicada en el Diario Oficial Nº 34080 del 14 de mayo del mismo año. ARTICULO SEGUNDO. — Solicitar del Ministerio de Educación Nacional que, conforme a las facultades que le confieren las disposiciones vigentes, realice una visita de inspección al Colegio Americano e informe a este Ministerio sobre la titularidad de la propiedad de sus bienes y demás aspectos que considere convenientes para la solución del problema planteado. Para el efecto deben remitirse al Ministerio de Educación Nacional el memorial y documentación anexa, suscrito por el señor ARISTOBULO PORRAS P., y los estatutos y demás documentación de personería jurídica de la Fundación en referencia. ARTICULO TERCERO. La presente Resolución surte sus efectos a partir de la fecha de su expedición. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE", Dada en Bogotá D. E., a 23 de julio de 1974 (Fdo.). JAIME CASTRO (Fdo.) GUILLERMO SALAH ZULETA. — Secretario General".

Con el objeto de notificarla a los interesados, previa advertencia de que contra la citada Resolución procede el recurso de reposición

por la vía gubernativa, se fija el presente Edicto, en un lugar público de este Despacho, por el término de cinco (5) días, contados a partir de hoy miércoles treinta y uno (31) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974). (fdo.) Julio C. Morales M., abogado de la Oficina jurídica..." (Hay un sello de la oficina jurídica).

Se desfija el presente Edicto hoy jueves ocho(8) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, a las cinco (5) de la tarde..."

REPUBLICA DE COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA.
RESOLUCION Nº 4580 de 19 (27 de agosto de 1974).

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición. EL MINISTERIO DE JUSTICIA. — en uso de sus facultades legales, y CONSIDERANDO: Que por medio de la Resolución Nº 3856 del 23 de julio de 1974, este Ministerio suspendió temporalmente la Personería Jurídica otorgada a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", mediante la resolución 1074 del 18 de marzo de 1974;

Que la mencionada Resolución 3856 fue notificada dentro del término legal al señor doctor PABLO ANDRADE QUINTERO en su calidad de Representante Legal de la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" de Bogotá; Que la suspensión ordenada por medio de la Resolución 3856 de 1974, tuvo origen en la petición dirigida a este Ministerio por el señor ARISTOBULO PORRAS P. como Representante Legal de la Junta de FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA", quien no se notificó personalmente de la providencia mencionada y para los efectos del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, se fijó edicto correspondiente que permaneció en lugar público de este Despacho durante CINCO (5) días hábiles contados a partir del 31 de julio de 1974.

Que el doctor PABLO ANDRADE QUINTERO en el momento de notificarse manifestó su consentimiento al contenido total de la providencia notificada, pero estando dentro del término legal de cinco (5) días posteriores al de la notificación, interpuso por escrito. mediante Apoderado. recurso de reposición contra esa misma providencia; y que el señor ARISTOBULO PORRAS P.. en su calidad de Representante Legal de la "JUNTA DE FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA", estando dentro del término de fijación del edicto correspondiente, interpuso también recurso de reposición por escrito, contra la misma providencia;

Que este Despacho debe resolver esos recursos y para ello analiza; El doctor VICENTE GIORDANELLI CARRASQUILLA, como apoderado del doctor PABLO ANDRADE QUINTERO manifiesta en su escrito:

a) Que su mandante consiente la providencia recurrida únicamente en lo que se refiere a solicitar del Ministerio de Educación Nacional una visita de inspección al Colegio Americano y un informe sobre la titularidad de la propiedad de sus bienes y demás aspectos;

b) Que el consentimiento de su mandante no podría extenderse a la suspensión que reconoció Personería Jurídica a la FUNDACION COLEGIO AMERICANO" de Bogotá, por cuanto eso perjudicaría sus intereses;

c) Que el señor ARISTOBULO PORRAS carece de personería para representar los intereses de la Iglesia Presbiteriana Unida de los Estados Unidos de América;

d) Que el señor Porras no fue parte en la actuación que culminó con la Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974;

e) Que el Ministerio de Justicia no tiene facultad legal para suspender los efectos de una resolución, pero sí puede proceder a cancelar una personería "cuando demuestre que el patrimonio aportado no existe, o que se ha extinguido, o que quien lo aportó no podría hacerlo, etc.;

f) Que ni la Iglesia Presbiteriana Unida de los Estados Unidos de América, ni la Iglesia Presbiteriana de Colombia, ni la Christian Propetles Corporation han hecho reclamación alguna; y

g) Que cuando el Ministerio de Justicia suspenda o cancele la Personería Jurídica de una Fundación estaría haciendo una definición de dominio o posesión, y esa definición está prohibida a las autoridades administrativas pues es cuestión que sólo puede definir la Rama Jurisdiccional.

Por otra parte el señor ARISTOBULO PORRAS en su escrito de reposición contra la misma Providencia 3856 de 1974 solicita que sea revocada esa resolución y en su lugar se cancele definitivamente la Personería otorgada a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" de Bogotá, con Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974. Esta solicitud está fundamentada en el hecho de que los bienes aportados para esa fundación no son ni han sido nunca de quienes los aportaron. El apoderado del doctor PABLO ANDRADE QUINTERO tiene razón al afirmar que el Ministerio de Justicia puede cancelar una personería jurídica que haya otorgado a una fundación, cuando se demuestre que quien aportó el patrimonio respectivo no podría legalmente hacerlo. Tal es precisamente la situación que se presenta en el caso, objeto de esta providencia. Efectivamente la "JUNTA DE FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA", entidad con Personería Jurídica, ha demostrado con suficiente prueba documental que ella es y ha sido desde un principio la propietaria del Colegio Americano de Bogotá tanto de los inmuebles, como de los muebles que lo integran; igualmente demostró que se opuso en forma expresa a la intención de convertir ese Colegio en una fundación, prohibición de que tuvieron conocimiento las personas que ante este Despacho declararon como patrimonio de la mencionada Fundación "los bienes muebles, derechos y acciones, laboratorios, equipo de oficina, material didáctico, auxilios, vehículos automotores y en general todos los bienes que en la actualidad posee el denominado Colegio Americano de Bogotá".

Se advierte que el denominado Colegio Americano de Bogotá como tal no podía poseer bienes de ninguna naturaleza por carecer de personería jurídica; al contrario, fue siempre un bien o conjunto de bienes objeto de dominio por alguna persona natural o jurídica que en este caso ha demostrado ser la "JUNTA DE FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA".

Con la prueba allegada este Despacho no tiene duda alguna de que los propietarios del Colegio Americano de Bogotá, nunca consin-

tieron en que ese patrimonio se convirtiera en persona jurídica. Bien sabido es que en una Fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes a los cuales se les da los atributos de personalidad jurídica, con el fin de que ejerza derechos, contraiga obligaciones civiles y sea representada judicial y extrajudicialmente.

Con la misma claridad se percibe que el acto de aportar unos bienes para que ellos se conviertan en fundación, solamente puede ser hecho por quien tenga disposición legal sogre ellos. En el caso que nos ocupa este Ministerio reconoce que los bienes del Colegio Americano de Bogotá, han pertenecido a personas distintas a aquellas que los aportaron a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" de Bogotá. Con esto el Ministerio de Justicia no está haciendo una definición del dominio o de la posesión con relación a los bienes que forman el Colegio Americano de Bogotá, pero sí es forzoso reconocer que algunas personas indujeron en error a la Administración, cuando manifestaron su voluntad de crear una fundación con todos los bienes de ese Colegio sin el consentimiento ni siquiera remoto ni presunto de sus propietarios. En consecuencia desaparece el presupuesto fundamental para la existencia de una Fundación y a este Despacho compete pronunciarse sobre ese hecho, ya que la función encomendada al Ministerio de Educación Nacional por medio del Decreto 155 de 1974, se limita a vigilar la conservación de los bienes de esas fundaciones para que se mantengan con el fin previsto en sus estatutos. Pero en este caso los propietarios de los bienes del Colegio Americano de Bogotá nunca manifestaron ni manifiestan ahora su voluntad de que se conviertan en Fundación, pues tal manifestación fue hecha por terceras personas y contra el querer de la "JUNTA DE FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA". Finalmente los términos de la resolución recurrida señala que fue conveniente suspender la personería jurídica a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", mediante Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974, mientras el Ministerio de Educación Nacional comprobara a quién pertenecían realmente los bienes del Colegio Americano de Bogotá, pero tal comprobación ya fue hecha con suficiente acerbo probatorio ante este despacho por la "JUNTA DE FABRICA DE LA IGLESIA PRESBITERIANA DE COLOMBIA".

Por todo lo anterior,

Resuelve:

ARTICULO 1º Cancelar definitivamente la Personería Jurídica otorgada a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" mediante Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974.

ARTICULO 2º Derogar la Resolución 3856 del 23 de julio de 1974.

ARTICULO 3º La presente resolución rige desde la fecha de su ejecutoria. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. Dada en Bogotá, D. E., a 27 de agosto de 1974. (fdo.) ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO, EL SECRETARIO GENERAL (fdo.) FABIO RESTREPO ARTEAGA..."

NOTIFICACION. Bogotá, D. E., a dos de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro. En la fecha notificó personalmente la providencia que antecede, al señor ARISTOBULO PORRAS PORRAS, con cédula de ciudadanía número 3037363 de Girardot, quien enterado de la Resolución manifiesta que al recibir la llamada telefónica de este Des-

pacho el día 27 de agosto último, comisionó al señor Gonzalo Torrenegra para reclamar y le fue entregada copia auténtica de la Resolución Nº 3856 del 23 de julio del mismo año. En consecuencia, firma como aparece, y expresa que la consiente y que no interpondrá recurso alguno. EL NOTIFICADO, (Fdo.) ARISTOBULO PORRAS P. EL ABOGADO DE LA OFICINA JURIDICA. (Fdo.) JULIO C. MORALES M.

Al cumplirse los cinco (5) días de término para la notificación personal de la Resolución que antecede, el suscrito, Abogado de la Oficina Jurídica HACE CONSTAR: Que en los días 27 de agosto y 3 de septiembre del año en curso, esta Oficina llamó telefónicamente al doctor VICENTE GIORDANELLI CARRASQUILLA, a fin de informarle sobre expedición de la Resolución Nº 4580 del 27 de agosto de 1974 que resuelve los recursos de reposición interpuesto contra la Resolución Nº 3856 de 23 de julio del mismo año, y pedirle se presentara a este Despacho para su notificación personal. Bogotá D. E., septiembre cuatro (4) de mil novecientos setenta y cuatro (1974). (Fdo.) JULIO C. MORALES M. ABOGADO DE LA OFICINA JURIDICA. (Hay un sello de la Jurídica).

Haciendo uso de la facultad que el Juez tiene por ministerio de la ley para interpretar la demanda, luego de una atenta lectura de ésta y del contenido de los actos querellados, debe entenderse que la acción promovida está encaminada a obtener la restitución de la personería jurídica de la demandante y la indemnización de los posibles perjuicios que se deriven de la cancelación de dicha personería, si esta fuere ilegal.

Por tanto no se ve la razón —ni el demandante la da—, para pedir la nulidad de la Resolución Nº 3856 de 23 de julio de 1974 ya transcrita, mediante la cual se suspendió la personería de la demandante, toda vez que esta providencia fue expresamente "derogada" por la Resolución Nº 4580 de 27 de agosto de 1974 preinserta, sin que alcanzara a producir efecto legal alguno por haber desaparecido de la vida jurídica antes de producirse su ejecutoria; al respecto obsérvese que la referida revocatoria sobrevino como consecuencia del recurso de reposición interpuesto ante el Ministerio de Justicia, tanto por el representante legal de la 'Fundación Colegio Americano', como por el de la 'Junta de Fábrica de la Iglesia Presbiteriana de Colombia', todo lo cual haría inocuo cualquier pronunciamiento con relación a la decisión ministerial "por lo cual se suspende temporalmente una personería jurídica" que también devino inocua, como se ha visto.

Así las cosas, la presente decisión queda circunscrita al examen de los cargos de ilegalidad de la Resolución Nº 4580 de 27 de agosto de 1974 del Ministerio de Justicia, en sus artículos primero y tercero y a los efectos de la misma, en caso de ser declarada nula, para proveer al consiguiente restablecimiento del derecho.

Es preciso resolver el problema que plantea el señor Fiscal 1º, quien considera que no se demostró la presentación de la "Fundación Colegio Americano". Estima la Sala que el Certificado que obra en el folio 38 del Cuaderno 1º, según el cual antes de que se expidiera la Resolución Nº 4580 de 1974 el doctor Pablo Andrade estaba inscrito en el Ministerio de Justicia como representante de esa entidad, corroborado por el acta de la reunión de la Junta Directiva del 19 de diciembre

de 1973 (c. Nº 1, folio 31), demuestra que él, como Presidente del Consejo Directivo ejercía su representación judicial. Como entre las personas que otorgan el poder para promover la acción se cuenta el doctor Andrade, es legítima la representación procesal y, por lo mismo, debe proferirse sentencia de mérito.

LOS CARGOS DE ILEGALIDAD DE LA RESOLUCION DE CANCELACION DE LA PERSONERIA JURIDICA.

En el libelo se predica quebranto de los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959 con la expedición de la Resolución Nº 4580 del Ministerio de Justicia, quebranto que el demandante deduce de la falta de notificación personal o por edicto de dicho acto administrativo.

Sobre el particular son abundantes los desarrollos jurisprudenciales, en el sentido de que la falta de notificación del acto no enerva su validez, sino que únicamente afecta la oponibilidad de la decisión: no podría ser de otra manera, ya que la notificación es una diligencia que por lógico sobreviene a la expedición del acto administrativo mismo y que no tiene objeto, ni mucho menos, perfeccionarlo, sino ponerlo en conocimiento de los administrados y, por ello, mientras los vicios intrínsecos al acto hieren su legalidad, los vicios imputables a la notificación, como circunstancias externas que son a la manifestación de la voluntad administrativa en sí, para nada influyen en su validez o legalidad.

De otra parte, la carencia de notificación de la Resolución Nº 4580 del Ministerio de Justicia alegada por la demandante, es un hecho contradicho fehacientemente en los autos, ya que al folio 200 del expediente administrativo (de los actos demandados, legalmente glosados a los autos en virtud del decreto de pruebas y a petición de parte) consta el edicto fijado en la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, para notificar en esa forma la providencia impugnada, cuyo texto es el siguiente:

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE JUSTICIA

Edicto

El suscrito, Abogado de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, para los efectos del artículo Undécimo del Decreto Nº 2733 de 1959.

Hace Saber

Que para resolver los recursos de reposición interpuestos por los señores, doctor PABLO ANDRADE QUINTERO y ARISTOBULO PORRAS P. contra la Resolución de este Ministerio Nº 3856 de fecha 23 de julio de 1974, por la cual se suspendió temporalmente la personería jurídica reconocida a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO", se dictó la Resolución Nº 4580 del 27 de agosto del año en curso, cuya parte resolutiva dice:

ARTICULO 1º Cancelar definitivamente la Personería Jurídica otorgada a la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" me-

diante Resolución 1074 del 18 de marzo de 1974. ARTICULO 2º Derogar la Resolución 3856 del 23 de julio de 1974. ARTICULO 3º La presente resolución rige desde la fecha de su ejecutoria. —NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.— Dada en Bogotá, D. E., a 27 de agosto de 1974. (Firmado). ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO. (Fdo.) FABIO RESTREPO ARTEAGA. Secretario General."

Con el objeto de notificarla a los interesados, se fija el presente Edicto, en un lugar público de este Despacho, por el término de cinco (5) días, contados a partir de hoy cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), a las 8 y media de la mañana

(Hay un sello) JULIO C. MORALES, ABOGADO DE LA OFICINA JURIDICA.

Bogotá, D. E. septiembre nueve de mil novecientos setenta y cuatro. En la fecha se desfija el presente Edicto, por haber llegado a este Ministerio el día treinta (30) de agosto de mil novecientos setenta y cuatro (1974) un marconigrama que suscribe, entre otros, el doctor VICENTE GIORDANELLI, apoderado de la "FUNDACION COLEGIO AMERICANO" donde manifiesta tener conocimiento del contenido de la Resolución que por el presente Edicto se notificaba, con lo cual se hace innecesaria la notificación por Edicto. (hay un sello) JULIO C. MORALES M. ABOGADO DE LA OFICINA JURIDICA".

En consecuencia, el cargo de violación de los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959 no prospera.

Violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959: Dice el demandante que el Ministerio de Justicia no podía 'revocar la personería a través de la cancelación que hizo' mediante la Resolución Nº 4580 acusada, porque para dictar tal acto no medió 'el consentimiento expreso de la parte favorecida con el reconocimiento' exigido por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. O sea, que la actora niega la competencia del Ministerio de Justicia para cancelar la personería jurídica que el mismo Despacho le había otorgado, y confunde de paso el acto administrativo que crea una situación jurídica particular, con el que simplemente declara la existencia de dicha situación.

Sin necesidad de entrar a dilucidar, las diferencias existentes entre los conceptos de revocatoria de un acto administrativo y cancelario de Justicia al cancelar la personería jurídica a la Fundación Colección de una personería jurídica, para la Sala es claro que el Ministerio Americano hizo uso de la atribución conferida expresamente a ese Despacho por el Decreto-Ley 576 de 1974, en su artículo 13, literal a), norma que por ser de igual jerarquía que el Decreto-Ley 2733 de 1959, por haber sido proferida con posterioridad a ésta y, además, especialmente reguladora de la competencia de la administración en lo atinente al reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas, prevalece sobre aquella y por tanto, el Ministerio de Justicia sí puede 'cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones cuando esas funciones no hayan sido atribuídas a otros organismos', como lo prevé el literal a) del artículo 13 del Decreto-Ley 576 de 1974, que sustituyó, reiterando su contenido, al artículo 1º del Decreto-Ley 3172 de 1968 que fue la norma invocada por el Ministerio, para el reconocimiento de la personería jurídica de la demandante.

Se ve, pues, que por este aspecto la Resolución Nº 4580 de 1974 no violó el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, inaplicable como está dicho al caso de autos, por cuanto el literal a) del artículo 13 del Decreto-Ley 576 de 1974 atribuye en forma por demás expresa al Ministerio de Justicia la facultad para cancelar personerías como las de la Fundación Colegio Americano, sin condicionar el ejercicio de la referida función administrativa al consentimiento expreso y escrito de su titular, como lo pretenden la demandante y el Agente del Ministerio Público. La única razón de incompetencia del Ministerio de Justicia para producir la cancelación de personería demandada sería la de que esa fundación estuviera expresamente asignada a otro organismo como lo prevé la disposición últimamente citada, razonamiento no esgrimido por la demandante quizá, precisamente, porque tal disposición no existe y porque el Decreto-Ley 576 de 1974 se encontraba en plena vigencia para el momento en que se profirió la resolución administrativa impugnada.

Violación del artículo 66 del C. C. A.: Como concepto de violación de dicha norma el demandante arguye que "el señor Ministro de Justicia al expedir los actos acusados incurrió en abuso y desviación de sus atribuciones porque entró a decidir en el fondo sobre propiedad de unos bienes que se disputan dos partes litigantes y es sabido que esa clase de pleitos debe definirlos la justicia ordinaria.

Es conveniente agregar que el acto que canceló la personería jurídica de la parte demandante se basó en el hecho de que los bienes de la "Fundación Colegio Americano" "no son ni han sido nunca de quienes los aportaron" y que le canceló la personería jurídica porque estimó que no puede existir como fundación sin tener bienes: y que esta aserción del acto impugnado no ha sido contradicha fehacientemente en el juicio, a saber: que los bienes afectados al cumplimiento de los fines de la fundación sí pertenecían a quienes los aportaron. Por el contrario, según las pruebas que obran en autos, como la constancia de la Asesora Técnica de la Inspección Nacional del Ministerio de Educación (fl. 54, C. Nº 1º), la Sección Diurna del Colegio Americano es propiedad de Christian Properties Corporation y la Nocturna de la Iglesia Presbiteriana.

Es necesario expresar claramente que no se trata de un litigio sobre el mejor derecho a unos bienes, que sería civil, sino acerca de si son o no de propiedad de quienes los aportaron a la fundación para saber si fue constituida con base en un patrimonio afectado por su dueño o dueños al cumplimiento de su finalidad. La Resolución Nº 4580 de 1974 afirma que esto no sucedió y por esta causa canceló la personería jurídica a la fundación, sin que en el juicio se hubiere contradicho esta motivación, la cual, por el contrario, ha sido corroborada por las pruebas que se allegaron a él.

Si la Resolución Nº 3856 de 1974 fue sustituida por la Nº 4580 de ese mismo año, es preciso declarar que, en relación con aquélla no es posible hacer ningún pronunciamiento.

No es cierto que el Ministerio de Justicia al Cancelar la personería jurídica de la Fundación Colegio Americano haya entrado a decidir sobre la propiedad de unos bienes, porque ello sería tan absurdo como afirmar que el Ministerio de Justicia decidió sobre la propiedad de los

mismos bienes en el momento en que hizo el reconocimiento de personería jurídica a la demandante, no obstante que este acto meramente declarativo se limitó a reconocer por ministerio de la ley el hecho del nacimiento a la vida jurídica del nuevo ente, sin que esta manifestación de voluntad administrativa, encaminada sólo a reconocer la facultad de la persona jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, tenga virtualidad suficiente para producir otros efectos que la capacidad legal del ente cuyo reconocimiento se solicita a la Administración. Así pues, ni el reconocimiento de la personería dado por el Ministerio de Justicia a la Fundación Colegio Americano en su Resolución 1074 de marzo de 1974 transmitió bienes en propiedad, ni a ningún título a la citada persona jurídica, ni tampoco ese mismo acto administrativo pudo haber dirimido controversia alguna relacionada con propiedad de bienes, ni mucho menos la Resolución 4580 emanada del referido Ministerio en 1974 pudo decidir algo parecido. Por tanto, se desecha el cargo de violación del artículo 66 del C. C. A.

Violación del artículo 63 del C. de P. C.: Sostiene el demandante que en la actuación administrativa enjuiciada se transgredió la norma consagratoria del "jus postulandi', porque se permitió, 'a una persona que carece del derecho de postulación ejercitarlo a su antojo en materia tan delicada como la cancelación de una personería jurídica'.

La Sala considera que la norma en cita del C. de P. C. no es aplicable en los procedimientos administrativos, 'salvo los casos expresamente determinados en la ley', porque de conformidad con el artículo 35 del Decreto 196 de 1971 no se necesita ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas.

Violación del artículo 636 del C. C.: La demanda hace consistir la violación que alega de esta norma en que por ser 'a la justicia ordinaria a quien corresponde dirimir conflictos que se presenten entre particulares una vez aprobados los estatutos de la persona jurídica', se ha violado el artículo 636 del C. C. porque el Ministerio de Justicia se ha arrogado funciones que no tiene.

Al respecto, cabe destacar que el conflicto que se ventila no es de particulares entre sí, sino de estos con respecto a la legalidad de una decisión de la Administración y, por lo tanto, de competencia de esta jurisdicción. Ninguna controversia de intereses particulares se desata a través del procedimiento administrativo contenido en la Resolución 4580 de 1974 del Ministerio de Justicia. Tampoco se ventiló ni desató a través de la actuación administrativa que culminó con los actos demandados y por la misma razón el actor los ha enjuiciado por los procedimientos y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sobre el cargo que se examina caben las mismas consideraciones hechas ya en relación con la inexistente violación del artículo 66 del C. C. A. y sobre la cual el actor formuló idéntica argumentación.

No existiendo quebranto de ninguno de los preceptos invocados por el demandante no puede prosperar la petición de nulidad de los actos que se impugnan y, por consiguiente, deben desecharse también las pretensiones de declaratoria de responsabilidad del Estado Colombiano que en el mismo libelo se deducen ya que, por otra parte, nada se probó ni se hizo el esfuerzo para demostrar que las decisiones administrativas acusadas hubieran irrogado perjuicio ilegal a la actora.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando constancia que esta sentencia se discutió en varias sesiones y se aprobó en la sesión de la Sala del día 5 de los corrientes, según consta en las actas respectivas.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

CONTRATO DE CONCESION, EXPLORACION Y EXPLOTACION DE CALIZAS. — Decreto 1275 Artículo 27 de 1970. — DERECHO PREFERENCIAL DEL CONTRATISTA.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 1810. — Actor: Guillermo Laserna Pinzón.

En demanda presentada ante esta Corporación con fecha 15 de mayo de 1975, el señor GUILLERMO LASERNA PINZON, por medio de apoderado solicita que se hagan por esta Corporación las siguientes declaraciones:

"Respetuosamente solicitó la ANULACION de los Actos Administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 002847 de agosto 6 de 1974 y Nº 004122 de diciembre 20 de 1974 dictadas por el Ministro de Minas y Energía y como consecuencia, el restablecimiento del Derecho de mi representado.

Solicita también la suspensión provisional de los actos acusados. Como hechos, el peticionario expresó los siguientes:

1) "La Nación Colombiana suscribió por intermedio de su Ministro de Minas y Energía con el doctor GUILLERMO LASERNA PINZON en fecha 15 de marzo de 1971, el CONTRATO Nº 1061, cuyo objeto es el de "obtener en un globo de terreno de 821 hectáreas con 7.500 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los siguientes linderos: Partiendo de un mojón de cemento marcado con el número 1, clavado en la margen derecha del río Coello, frente a la desembocadura del río Combeima: desembocadura que se toma como punto arcifinio de esta alinderación, se sigue hacia el Sur en recta de 3.460 metros con azimut de 1.80º, hasta otro mojón de cemento marcado con el número 2, clavado a la orilla de una zanja sin nombre conocido, que desemboca en la quebrada Trujillo: de este mojón se continúa exactamente hacia el oriente, con azimut de 90º, en recta de 2.375 metros hasta encontrar otro mojón marcado con el número 3., clavado cien metros más o menos al sur de la quebrada Trujillo: de este tercer mojón se continúa exactamente hacia el norte, con azimut 0º, en recta de 3.460

metros hasta el cuarto mojón de cemento marcado con el número 4 y de este cuarto mojón se sigue exactamente hacia el occidente, en recta de dos mil trescientos treinta y cinco metros con azimut de 270º, hasta el mojón clavado en la margen derecha del río Coello frente a la desembocadura del río Combeima, tomado como punto de partida de esta demarcación.

"2º El CONTRATO Nº 1061 fue elevado por Escritura Pública Nº 6.857 de septiembre de 1971, entre el proponente doctor GUILLERMO LASERNA PINZON, en su calidad de CONCESIONARIO y el señor MINISTRO DE MINAS Y PETROLEOS (hoy de Energía) en representación de la NACION COLOMBIANA, y surtió todos los efectos legales que el Decreto 1275 de 1970 exige respecto a la publicación y su consecuencial entrega del área asignada, según se desprende del informativo que reposa en el citado Ministerio.

"3º El contrato de Concesión elevado a Escritura Pública fue publicado en el Diario Oficial Nº 33560 de abril 6 de 1972.

"4º El Ministerio de Minas y Energía efectuó la entrega del área asignada al Concesionario doctor Guillermo Laserna P. el día 21 de abril de 1972.

"5º EL PERIODO DE EXPLORACION, cuyo término es de DOS (2) AÑOS, PRORROGABLE POR UNO (1) MAS, comenzó a correr a partir del 21 de abril de 1972 y vencía el 21 de abril de 1974, término que fue prorrogado a solicitud del Concesionario por un (1) año más o sea que el período de exploración venció el día 21 de abril de 1975.

"6º Encontrándonos durante el período de exploración del área contratada, y dando cumplimiento a lo pactado en la cláusula QUINTA del Contrato elevado a Escritura Pública Nº 6.857 de septiembre 27 de 1971 de la Notaría Sexta de Bogotá, y que entre otros dice:

"DENTRO DE LOS DOS (2) AÑOS SIGUIENTES A LA ENTREGA DE LA ZONA, PRORROGABLES POR UN (1) AÑO MAS, EL CONCESIONARIO deberá hacer LA EXPLORACION TECNICA DE TODA EL AREA CONCEDIDA CON EL FIN DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE CALIZAS EN CANTIDAD ECONOMICAMENTE EXPLOTABLES".

"Mi mandante, solicitó la contratación del Mineral de Mármol que había encontrado durante el período de EXPLORACION, y cumpliendo los requisitos exigidos por el Decreto 1275 de 1970, presentó al Ministerio de Minas y con fecha 31 de julio de 1974, los estudios geológicos, y el plano correspondiente al área en donde se encuentra localizado el citado mineral, cuya firma responsable está a cargo del Ingeniero Geólogo doctor Hernando Ruiz, reconocido ante dicho Ministerio.

"7º Violando la Ley y las Cláusulas del Convenio entre el Gobierno Nacional y el Concesionario doctor Guillermo Laserna, con-

tenidas en la Escritura tantas veces mencionada, y por la cual se solemnizó el Contrato de Concesión N: 1061, violación que se contrae en especial al desconocimiento absoluto y total del artículo 27 del Decreto 1276 de 1970 que dice:

"El objeto principal de los derechos que a cualquier título haya otorgado y otorgue la Nación sobre las minas es el de lograr, en beneficio de la economía del país, la explotación técnica de las áreas respectivas, el aprovechamiento total de los minerales comercialmente explotables que en ellas se encuentren, y en general, la realización de las finalidades que se enumeran en el artículo 1º del presente estatuto'.

"EN EL TEXTO DE LAS RESOLUCIONES O DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SOBRE LICENCIAS, APORTES, CONCESIONES O PERMISOS SE DEJARA CONSTANCIA EXPRESA DE LO PREVISTO EN EL INCISO ANTERIOR. EN CASO DE NO HACERSE TAL ESTIPULACION, ELLA SE ENTENDERA INCORPORADA AL CORRESPONDIENTE ACTO Y SIEMPRE SERVIRA DE BASE, JUNTO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 2º DE ESTE DECRETO, PARA LA INTERPRETACION Y APLICACION DE TODAS Y CADA UNA DE LAS CLAUSULAS CONTENIDAS EN LAS RESPECTIVAS RESOLUCIONES O CONVENIOS".

"Ya que este artículo es una CLAUSULA CONTRACTUAL que la ley ordena incorporar en cada Contrato de Concesión, y que en caso de OMISION se entiende INCORPORADA al mismo, el GOBIERNO por ministerio de la Ley está obligado a hacerla respetar pues así el Legislador lo pacta expresamente con el concesionario.

"Repito, violando esta cláusula contractual, el Ministerio de Minas y Energía, admitió mediante el Acto Administrativo Nº 002847 de agosto 6 de 1974, la solicitud de permiso Nº 542 propuesta por el señor Juan Rodríguez L. para la contratación del Mineral de Calizas y Mármoles, la cual se superpone al área otorgada en Concesión Nº 1061 al doctor Guillermo Laserna la cual fue solicitada también para la exploración y explotación de Calizas y Mármoles.

"8º Contra este Acto Administrativo violatorio de la Ley y del Contrato, interpuse recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución Nº 004122 de diciembre 20 de 1974, por la cual el señor Ministro de Minas y Energía confirmó el acto anterior, agotando así la vía gubernativa".

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Artículos: 1º literal b), 27, 74, 91 y 94 del Decreto 1275 de 28 de julio de 1970 "por el cual se reglamentan las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969".

El proceso ha recibido el trámite ordenado por el Código Contencioso Administrativo y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

El Concepto Fiscal

El señor Agente del Ministerio Público en su vista de fondo, de fecha marzo 28 del año en curso, conceptúa que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. Dice así la vista fiscal:

"....

"La Resolución 002647 de 6 de agosto de 1974 originaria del Ministerio de Minas y Energía y que es el principal acto acusado, desató la oposición que el señor GUILLERMO LASERNA PINZON había formulado ante esa entidad a la solicitud de permiso presentada por el señor JUAN RODRIGUEZ L., para la exploración y explotación de yacimientos de mármol situados en el Municipio de San Luis, corregimiento de Payandé en el Departamento del Tolima, solicitud de Permiso que fue radicada bajo el número 542.

"Según se desprende del texto del acto acusado, la oposición del señor LASERNA PINZON se basó en estas dos circunstancias:

"a) Que el área del Permiso, se superpone a la zona perteneciente al contrato 1.061 del cual es titular el opositor;

"b) Que por la razón antes expuesta, tiene derecho preferencial el área objeto del permiso.

"En relación con la superposición del área, a lo largo del expediente se observa que este punto no tiene discusión alguna pues está plenamente demostrado que el Permiso 542 se superpone en el terreno de la Concesión 1061 en un área de 152 hectáreas y 1.000 metros cuadrados. El Ministerio de Minas, para considerar que el solo hecho de la superposición no era suficiente para la prosperidad de la oposición manifestó lo siguiente:

"Podría pensarse que la Superposición en comentario es hecho suficiente para desatar la controversia planteada ya que por una parte existe el Contrato 1061 y por la otra la solicitud de Permiso 542, cuyas zonas se interfieren en gran parte, pero ello no es posible, puesto que hay necesidad de examinar con detenimiento el objeto del contrato en mención y si ese objeto coincide realmente con el de Permiso. Así, en caso afirmativo, la impugnación sería fundada'.

"El Ministerio basándose en varios informes técnicos, llega a la conclusión de que son completamente distintas las 'Calizas' (Contrato 1061) y los Mármoles (Permiso 542) y que no exista interferencia entre las explotaciones que se adelantan tanto dentro del Contrato 1061 —calizas y del Permiso 542 (Mármol).

"Para la Fiscalía es incuestionable lo anterior, no solamente por basarse en estudios técnicos sino por el hecho de que en este juicio ni tan siquiera pretendió desvirtuar esta conclusión.

"Entonces, solo queda por analizar la afirmación del actor en el sentido de que él tiene derecho PREFERENCIAL al área del Permiso:

"Afirma el actor, para sustentar su tesis lo siguiente:

"Del artículo 1º literal b) del Decreto 1275 de 1970, que entre las finalidades de Estatuto Minero, se encuentra la de 'facilitar la explotación económica de todos los recursos minerales **que se descubran** en el país y procurar que mediante la aplicación de sistemas y procedimientos técnicos se obtenga el aprovechamiento integral de todos los minerales que se encuentren en los yacimientos... etc'. Según esto —dice el actor— para llegar "al aprovechamiento total de todos los minerales que se encuentren en los yacimientos, es necesario que exista un contrato con el Gobierno y lógicamente cuando la norma habla del aprovechamiento total de los minerales que se encuentren en los yacimientos, quiere decir que el concesionario tiene derecho a explotar los distintos minerales que se descubran dentro del área del contrato, para lo cual el mismo Decreto 1275 le da prelación al tenor de las voces del artículo 91.

"A este respecto es conveniente precisar las fechas en que fueron presentadas al Ministerio de Minas y Energía las solicitudes de exploración del mineral del mármol.

"A folios 61 del cuaderno Nº 1 se encuentra el dictamen de los peritos MANUEL ANTONIO DANGOND DAZA Y ALVARO AHUMADA GARAY. Dichos expertos, en base al expediente administrativo relacionado con la Concesión 1.061 que se encuentra en el Ministerio de Minas precisaron estas fechas:

"a) La propuesta 1061 fue presentada el 24 de octubre de 1958.

"b) El área le fue entregada materialmente al concesionario LASERNA PINZON el 21 de abril de 1972.

"c) La solicitud para explotar mármol la formuló el Concesionario el 24 de julio de 1974.

"Por otra parte tal caso se afirma en la Resolución acusada y prueba directa, del texto del acto acusado se desprende que el señor JUAN RODRIGUEZ LIEVANO, presentó ante el Ministerio de Minas la propuesta de Permiso para explotar Mármol en el año de 1970.

"Es decir el permiso para explotar el mineral de mármol fue presentado por el señor RODRIGUEZ L., con por lo menos cuatro (4) años de anterioridad al del concesionario de Calizas, señor LASERNA PINZON, lo cual quiere decir en concepto de esta Fiscalía que no es cierta la afirmación de que el señor LASERNA PINZON 'descubrió' el mineral de mármol que se encuentra dentro del Contrato 1061.

"Por otra parte, y no obstante que no obra en el expediente como se demostró con prueba testimonial en este proceso, el titular del Permiso 542, desde el año de 1969, por lo menos, se encontraba explotando dichos minerales.

"No se debe ignorar que el Estatuto Minero al consagrar ciertas 'prelaciones' estatuyó que el explotador tiene preferencia sobre cualquier persona, para el caso de presentación de propuestas (artículo 57 del Decreto 1275 de 1970).

"En resumen, para la Fiscalía debe tener prelación el que descubrió el yacimiento y el que lo había venido explotando desde mucho tiempo atrás.

"Sería injusto a todas luces que con interpretaciones a un texto legal, se le desconociera su derecho al verdadero descubridor y explotador de los yacimientos en disputa que en caso **sub judice** lo viene a ser el solicitante del Permiso 542. Por lo tanto la Fiscalía considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar con lo cual se quiere decir que los actos acusados no solamente son legales sino ajustados a la realidad".

Para resolver se considera

La Resolución Nº 002847 de 6 de agosto de 1974, originaria del Ministerio de Minas y Energía, rechazó la oposición formulada por el señor Guillermo Laserna Pinzón, titular del Contrato de Concesión Nº 1061 de 1971, para calizas, a la solicitud de permiso Nº 542 de 8 de enero de 1970, para la explotación de mármol, formulada por el señor JUAN RODRIGUEZ LIEVANO.

Recurrida la anterior providencia, se denegó el recurso de reposición interpuesto, por Resolución Nº 004122 de diciembre 20 de 1974 y estos son los actos administrativos impugnados.

Entre las razones que fundamentan los citados actos administrativos, tienen importancia, para la decisión de la litis, los siguientes:

a) Que hay diferencia técnica, química y física entre los minerales "calizas" y "mármoles";

b) Que los aludidos minerales pueden contratarse separadamente;

c) Que aunque hay superposición parcial entre las zonas en que están situados los yacimientos de mármol y calizas, está demostrado, plenamente, que la explotación de uno y otro no se interfieren ni resultan incompatibles por adelantarse por distintos empresarios;

d) Que el oponente, por ser titular de un contrato de exploración y explotación de calizas, no tiene, por ese solo hecho, derecho preferencial a la concesión o permiso para explotar otros minerales que se encuentren en la misma zona concedida;

e) Que el permiso fue solicitado en enero 8 de 1970 y la propuesta del oponente, para la explotación de mineral, fue hecha en 24 de julio de 1974, por lo que tiene prelación, en igualdad de circunstancias, quien primero la formuló en el tiempo;

f) Que el titular del permiso 542, comenzó a explotar técnicamente, el mineral de mármol, por lo menos desde 1962, por lo que, como explotador, tiene claro derecho de preferencia en relación con el mármol.

Es de anotar, que de las razones anotadas, solo aparecen controvertidas, las reseñadas bajo los literales d), e) y f), por lo que, las restantes, no impugnadas, serían suficientes, para mantener la presunta legalidad de los actos demandados.

Sinembargo, no sobran las siguientes consideraciones:

1) El contrato de concesión Nº 1061 de 1971, aunque celebrado bajo la vigencia del Decreto 1275 de 1970, se rige por la legislación anterior al estatuto mencionado, especialmente por el Decreto 805 de 1947, pues la propuesta fue admitida antes del 8 de septiembre de 1970, día en que entró en vigencia el referido Decreto 1275, y, por ende, resulta aplicable lo previsto por el artículo 273, **ibídem**, que, al disponer que las propuestas y solicitudes pendientes de admisión, deberían adaptarse al nuevo régimen previsto en ese Decreto, disponía a **contrario sensu**, que las admitidas, como los términos y diligencias iniciadas, se regirán por las disposiciones legales anteriores.

2) Y es que no puede ser de otra manera, pues el referido contrato Nº 1061, según sus cláusulas 5ª y 9ª, abarca los períodos de exploración y explotación de calizas, lo que era legítimo a tenor de los artículos 1º y 6º del Decreto 805 de 1947, y resultaría ilegítimo, bajo el régimen del Decreto 1275 de 1970, que prevé la licencia como sistema de exploración y el contrato de concesión, como sistema de explotación.

3) Mientras bajo el régimen del Decreto 805 de 1947, cada mineral debe ser objeto de contrato separado para su exploración y explotación, bajo el nuevo régimen la LICENCIA habilita a su titular para explorar toda clase de minerales que se encuentren en la zona referida y que son económicamente explotables, mientras que la explotación debe ser objeto de contrato, de concesión para cada mineral.

4) Acorde con lo anterior, el contrato Nº 1061, se refiere exclusivamente a **calizas** y para sus períodos de exploración y explotación, pero no a MARMOLES, que es a lo que se refiere la solicitud de permiso Nº 542 de 1970.

5) Por tanto, si concesión y permiso se refirieran a CALIZAS, la prelación o derecho de preferencia del concesionario demandante, sería claro, no sólo por el contrato, sino porque al juzgar la solicitud de permiso al tenor del Decreto 1275 de 1970, bajo cuya vigencia se formuló la oposición del concesionario y explorador, sería clara.

6) Pero, referido el contrato a CALIZAS, exclusivamente, porque así lo dice el contrato y porque así lo ordenaba la legislación aplicable a su caso, no puede por sí solo, derivar derecho alguno para su titular, frente al solicitante de un permiso para explotar un mineral distinto.

7) Por último, demostrado como está y como fue deducido en los actos acusados, con verdad no desvirtuada en este proceso, que el solicitante del permiso explotaba técnica y comercialmente, el mineral de mármol, por lo menos, desde 1962, es decir, 12 años antes de que el oponente hiciera propuesta de explotación de dicho mineral, el derecho del solicitante frente a su oponente, resulta claro y diáfano, frente al Decreto 1275 de 1970 y frente, también, a la legislación anterior, Decreto 805 de 1947.

8) En otras palabras, con el solo contrato de concesión Nº 1061, de 1971, el demandante no podía lograr la prosperidad de sus pretensiones.

En mérito de las 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. Deniéganse todas las súplicas de la demanda inicial del litigio.

SEGUNDO. En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese. Notifíquese. Publíquese.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día quince de diciembre de mi novecientos setenta y siete.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES DEL ORDEN NACIONAL

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONGRESO. — Solicitud de declaración de nulidad de la proposición Nº 64, aprobada por el Senado de la República en su sesión del día 3 de septiembre de 1975. Competencia del Consejo de Estado en una sola instancia, de acuerdo con el artículo 51 del C. C. A.

SUSTRACCION DE MATERIA. — La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo a pesar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos.

ACUMULACION DE PRETENSIONES. — Lo realizado por el Senado no entraña ningún tipo de escogencia o designación de una persona para el desempeño de una función, no se genera un contencioso electoral.

VOCACION PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y siete (1977).

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

Sesión del día octubre 21 de 1977.

Referencia: 2355/56/2431. Demandante: Luis Guillermo Sorzano E.

Decide la Sala sobre las pretensiones que formularon varios ciudadanos en ejercicio de acción pública para obtener la declaración de nulidad de la proposición Nº 64, aprobada por el Senado de la República en su sesión del día 3 de septiembre de 1975.

Los diversos procesos, distinguido bajo los números 2355, 2356 y 2431, fueron acumulados en el curso de la actuación para ser decididos en una sola sentencia.

El contenido del auto cuya nulidad se demanda es el siguiente:

"Proposición Nº 64

El Senado de la República, oídas las cartas dirigidas a esta Corporación por el presidente titular, doctor Alfonso López Mi-

chelsen y por el Designado doctor Julio César Turbay Ayala, decide:

1º Conceder permiso al señor Presidente de la República, doctor Alfonso López Michelsen, para que de acuerdo con el artículo 128 de la Constitución Nacional, viaje en ejercicio de sus funciones a los Estados Unidos de América, y atienda la invitación del Presidente Gerald Ford, desde el día señalado en su solicitud y por el término que sea necesario para el cumplimiento de su misión.

2º En atención a la fundada excusa que el señor Designado a la Presidencia de la República, doctor Julio César Turbay Ayala presentó a esta Corporación, autorizarlo para no encargarse del poder ejecutivo durante la visita del presidente titular doctor Alfonso López Michelsen a los Estados Unidos de Norteamérica, y

3º Llamar, en cumplimiento del artículo 2º del Acto Legislativo número 1 de 1959, al actual Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Indalecio Liévano Aguirre, para que en la oportunidad a que se refieren los numerales anteriores se encargue del poder ejecutivo.

Comuníquese y entréguese por sendas comisiones el texto de esta proposición al señor Presidente de la República, doctor Alfonso López Michelsen; al señor Designado a la Presidencia, doctor Julio César Turbay Ayala y al señor Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Indalecio Liévano Aguirre.

Bogotá, septiembre 2 de 1975".

Síntesis de los cargos formulados

Primero: Violación del artículo 98 ordinal 3º y del inciso 1º del artículo 123 de la Constitución Nacional porque el Senado concedió al Presidente un permiso por término indefinido, cuando las disposiciones mencionadas prescriben su temporalidad.

Segundo: a) Violación de los artículos 124, 125, 128, 2º, 20, 55 63. 78 Nº 2º de la Constitución Nacional y 291 del Código Político y Municipal porque la Constitución no tiene previsto que al designado pueda concedérsele licencia o excusa que le permita no encargarse del ejercicio del poder, ni tampoco le otorga competencia al Senado para resolver sobre ello;

b) El llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores para que se encargue de ejercer el poder mientras el titular permanece fuera del país, viola la Constitución Nacional en cuanto es la consecuencia de un error de derecho, que consistió en autorizar al designado para no ejercer el poder;

c) El único caso en que la Constitución permite llamar a los Ministros y a los Gobernadores en el orden que determina el artículo 125 es la falta absoluta del Designado y no su excusa. Como el acto acusado aplicó el referido artículo 125 cuando se produjo una simple excusa del Designado, es violatorio de esa disposición.

Tercero: Al ser llamado el Ministro de Relaciones Exteriores para que ejerciera el poder, en razón de su filiación política liberal, se aplicó indebidamente el artículo 2º del Acto Legislativo Nº 1º de 1959, porque esta disposición solo tenía vigencia hasta el año de 1974, o sea, durante el régimen de alternación de los partidos en la Presidencia de la República.

La Impugnación

Seis ciudadanos se constituyeron como partes impugnadoras. A continuación se sintetizan las razones que adujeron para oponerse a las pretensiones de los demandantes:

A) De orden procesal

1. Incompetencia del Consejo de Estado, para conocer, porque el acto pretendidamente ilegal es un acto político que escapa al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

2. Indebida acumulación de pretensiones porque simultáneamente se demandó la nulidad de decisiones cuya actuación procesal se surte por el procedimiento ordinario, y el acto de llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores para ejercer el poder, el cual, por su naturaleza intrínseca es un acto electoral, cuya actuación procesal debe cumplirse por un procedimiento especial.

3. Que el Consejo debe inhibirse para fallar en el fondo, por sustracción de materia, pues el acto acusado produjo ya la totalidad de sus efectos.

B) De fondo

1. A) Que el artículo 128 de la Constitución Nacional no dispone que el Senado deba señalar un término para el permiso presidencial, razón por la cual no se incurrió en violación de dicho artículo.

B) Que el permiso concedido al presidente no fue indefinido, pues en el acto acusado se dispuso que su duración sería por el término necesario para el cumplimiento de una misión específica, con lo cual quedó consignada la determinación temporal, que exige la Constitución Nacional.

2. A) Que la Constitución en parte alguna impone al Designado la obligación perentoria de encargarse de la Presidencia, pues tiene prevista la posibilidad de que no pueda hacerlo cuando contempla en el artículo 125 un orden de sucesión a falta del designado; que la excusa puede tener carácter temporal y que, le corresponde al Senado resolver sobre ella, por ser la entidad competente para aceptar o no la renuncia del designado.

B) Que la designatura no es propiamente un empleo público, ni mucho menos un cargo de forzosa aceptación, sino "una opción principal sin responsabilidad jurídica alguna para asumir la Jefatura del Estado, en caso de falta absoluta o temporal del Presidente", por lo cual no es aplicable al caso, el artículo 301 del Código Político y Municipal, ni tampoco el régimen relativo a las "faltas" en la presidencia; cuando el Designado manifiesta que no puede encargarse de la Presi-

dencia se origina una falta en la designatura "por voluntaria declinación al ejercicio de su opción sucesoral presidencial".

C) Que sobre la excusa manifestada por el Designado debía resolver el Senado conforme a lo previsto en el Código Penal y Municipal (artículos 291, 297, 302 y 303), tal y como se hizo en el acto acusado.

3. A) Que el llamamiento hecho por el Senado al Ministro de Relaciones Exteriores, constituye aplicación cabal de la Ley, frente a la excusa del Designado, la cual produjo una falta temporal.

B) Que el artículo 2º del Acto Legislativo Nº 1º de 1959 tenía plena vigencia en la época en que se expidió el acto acusado, pues la limitación de vigencia consagrada en dicho Acto Legislativo se refirió estrictamente al fenómeno de la alternación en la Presidencia. Además sostiene uno de los impugnadores que la vigencia de tal disposición está corroborada por el artículo 75 del Acto Legislativo de 1968 que menciona como modificado únicamente el artículo 6º del expresado Acto Legislativo de 1959.

La vista fiscal

Sobre la competencia, expresó el señor Agente del Ministerio Público:

"Si bien es cierto que la mayoría de la sección ya determinó cuál es su criterio respecto a la naturaleza jurídica de la Proposición que se enjuicia, o sea, que se trata de un acto administrativo, el asunto no deja de prestarse a muchas dudas, mayormente cuando la misma Corporación, en casos similares ha sostenido tesis diferentes, razón por la cual es pertinente hacer algunas observaciones:

Nuestro sistema constitucional en su artículo 55 señala la separación del Poder Público en tres ramas distintas, que tienen 'funciones separadas' pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Quiere decir lo anterior, que la separación de poderes implica la distribución de los órganos del Estado en tres grupos diversos, cada uno de ellos constituido en forma independiente, pero debiendo guardar entre sí la correlación que implica el buen funcionamiento del Estado.

Esta separación de poderes impone la distribución de funciones diferentes entre cada una de las ramas; de tal suerte que la ejecutiva tenga primordialmente atribuida la función administrativa; la jurisdiccional, la función de aplicar el derecho, y finalmente, la legislativa, la función de proferir las leyes.

Pero esta distribución de las diferentes ramas, no es exclusiva, ya que se presentan algunos casos en que la rama ejecutiva colabora con la legislativa, pudiendo presentar proyectos de ley o ejercitar la potestad reglamentaria; la legislativa tiene excepcionalmente funciones administrativas y jurisdiccionales, además de las que le son normalmente propias.

O sea, pues, que a la Rama Legislativa, al igual que a las otras ramas del poder público no sólo le compete exclusivamente la tarea de producir leyes, sino que hay ocasiones en que le corresponde obrar como Juez e intervenir en cuestiones administrativas, creando por consiguiente, actos administrativos".

En relación con la indebida acumulación de pretensiones que aduce uno de los impugnadores dice el señor Fiscal Primero:

"En lo que hace relación a la sustracción de materia alegada por los mismos impugnadores, ciertamente el acto acusado surtió ya todos sus efectos y, por tal motivo, un hipotético fallo estimatorio de las pretensiones no tendría ningún efecto práctico.

Pero, como en las mismas demandas se solicita que por motivos eminentemente doctrinarios se haga de todos modos la aclaración respectiva, bien podría, obrando con amplitud, analizarse el acto acusado a la luz de las disposiciones a que se han señalado como infringidas y proferir la decisión correspondiente, sin tener en cuenta la circunstancia anotada".

Se refiere el señor Fiscal a un presunto caso de sustracción de materia, en los siguientes términos:

"En la Proposición misma se dice que el permiso se concede 'por el término que sea necesario para el cumplimiento de su misión', con lo cual está indicando claramente que no es un permiso indefinido sino temporal, que es precisamente lo que la Constitución Nacional permite. Sería ilógico sostener que una misión precedida de una invitación de carácter diplomático con señalamiento previo de programa, no fuera temporal y que, además, un Jefe de Estado, ante cualquier circunstancia imprevista, se viera constreñido, por el señalamiento del término en horas, a verse colocado en una posición de desacato, con menoscabo del prestigio de la misma entidad estatal representada.

Por lo anterior, considera esta Fiscalía que no sea procedente acceder a la anterior pretensión".

Sobre el fondo de la cuestión planteada expresa el señor Fiscal:

"Evidentemente, tal como se afirma en las demandas, ni en la Constitución ni en la Ley, se encuentra disposición alguna que regule lo relativo acerca de licencias o excusas del Designado, pero ello, desde luego, no se puede interpretar en el sentido de que éste no pueda solicitar permisos y, cualesquiera que sean las circunstancias, necesariamente tenga que encargarse del poder ejecutivo.

De aceptar la argumentación anterior, habría que admitir que el único funcionario que en el país no tendría derecho a pedir licencia sería el designado, lo cual iría contra todas las normas de carácter general que se relacionan con la concesión de licencias, y contra un conocido aforismo que viene desde los romanos y según el cual 'non debet cui plus licet, quod minus est, non licere' (no debe dejar de ser lícito lo menos a quien es lícito lo más).

Absurdo sería que quien puede nombrar y aceptar la renuncia y aún destituir, no pudiera en un momento dado hacer algo menor, como sería conceder una licencia".

Concluye el Agente del Ministerio Público que, en su concepto no debe accederse a lo pretendido.

Consideraciones de la Sala

I

Aspectos Procesales

1. Incompetencia

Algunos de los impugnadores aducen que el acto acusado es un acto de naturaleza política sobre cuya legalidad no le compete juzgamiento a la jurisdicción contencioso administrativa.

Sobre este punto la Sala tuvo ocasión de expresarse en providencia del 6 de noviembre de 1975 que obra a folios 24 y siguientes del proceso Nº 2355. Allí se dijo:

"El artículo 20 del Decreto Ley 528 de 1964 contiene una prescripción cuya finalidad es delimitar el objeto general de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No es esta la ocasión para entrar en disquisiciones académicas en torno al empleo, afortunado o no, de vocablos o expresiones tales como el de 'decisiones que tome la administración' que, en rigor técnico suelen atenderse como referidas al acto administrativo propiamente dicho, es decir a la expresión unilateral de voluntad administrativa con efectos jurídicos de contenido particular, concreto y subjetivo, pues lo cierto es que también son objeto de pretensiones contencioso administrativas actos de la administración de contenido general impersonal y abstracto, según lo tienen establecido la propia Constitución y las Leyes dictadas en su desarrollo, en razón de que, no obstante su contenido general, su finalidad no es otra que promover la necesaria complementación de la ley para que ésta se ejecute. En la esfera pública administrar equivale a ejecutar la Ley, operación que comienza con el reglamento y culmina en actos y operaciones de contenido particular y concreto. De todas suertes, lo fundamental y pertinente en relación con el asunto planteado es que en el artículo citado se consagra como regla general que, en principio y salvo excepción expresa, la naturaleza de lo contencioso administrativo viene a determinarse por la índole de la función que se ejercita con la actividad que es objeto de la pretensión. Así pues, cuando quiera que el órgano público actúa en función administrativa, la pretensión de nulidad o de restablecimiento del derecho que se origine en esa actuación o en las operaciones y hechos que de allí se deriven o que sean conexos con ella, son de competencia de la jurisdicción especial.

La palabra "administración" empleada en el artículo 20 del Decreto en mención ha de entenderse, pues, en un sentido funcional y no con un alcance puramente orgánico. Si allí se alude

a los actos de la administración no es que se refiera a ésta como el conjunto de órganos que se estructuran dentro de la llamada Rama Ejecutiva del Poder Público, sino a la función general de administrar que, si bien es verdad le incumbe de preferencia a dicha rama, no es menos cierto que las otras también participan de ella, así sea en menor medida. Es una secuela de la imposibilidad de parcelar el Poder Público en "cotos cerrados" y del principio consagrado en la propia Carta de la necesaria y armónica colaboración entre sus ramas que, en una y otra existan órganos con capacidad para producir actuaciones administrativas. Los Jueces y las Corporaciones judiciales ejercen una función administrativa cuando nombran, eligen o expiden sus reglamentos: otro tanto hacen las Cámaras cuando ejercen las competencias que se asigna el artículo 103 de la Constitución Nacional o cuando la Cámara hace uso de los atributos de los ordinales 1º y 2º del artículo 102, o cuando el Senado aprueba o imprueba ascensos militares, o designa comisiones demarcadoras de los límites departamentales (artículo 98, numerales 2º y 5º).

Si la propia Constitución prevé una cierta participación de la función administrativa en cabeza de órganos que integran las ramas legislativa y jurisdiccional y si la misma Carta ha instituido un control jurisdiccional para verificar la legalidad en el ejercicio de la función administrativa, no se advierte razón alguna para que actos de tal naturaleza, aunque no emanen de la Rama Ejecutiva puedan escapar de ese control, a menos que así lo prescriba expresamente la Ley, o que se trate de actividades para cuyo ejercicio la misma Ley o la Constitución tengan previsto un amplio poder discrecional, atendiendo la índole y la trascendencia políticas en el plano internacional de la materia implicada, como sería en los casos contemplados en los ordinales 4º y 6º del artículo 98 de la Constitución Nacional. Ha de entenderse que, aún dentro de hipótesis como las que se acaban de señalar, el control jurisdiccional no desaparece del todo, pues subsiste la posibilidad de verificar la competencia del órgano para dictar el acto, el sometimiento a las formas legales para su expedición y para examinar un hipotético abuso o desviación de poder.

Frente a una pretensión de nulidad de un acto que no emane de la Rama Ejecutiva, ni de los órganos administrativos que le están adscritos, ni de Corporaciones de indiscutible calidad administrativa como las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales, el Juez de lo Contencioso Administrativo debe examinar si la naturaleza del acto es legislativa o jurisdiccional y entonces estará fuera del control jurisdiccional de lo contencioso administrativo; si es legislativo su control corresponderá bien a la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la jurisdicción constitucional, o a los jueces y tribunales ordinarios mediante la impugnación por la vía de la excepción. Si el acto es administrativo en principio ese acto debe considerarse sometido al control jurisdiccional contencioso administrativo, a menos que exista norma expresa de la Ley que lo sustraiga de ese control. Que este y no otro es el principio que informa el Derecho Positivo Colombiano

se advierte claramente cuando se configuran como asuntos de carácter contencioso administrativo las controversias que se susciten por causa o con ocasión de elecciones o designaciones que hagan las Corporaciones Públicas como el Congreso y cada una de sus Cámaras, los Tribunales Superiores, la Corte Suprema de Justicia a los Jueces de la República. Igualmente cuando la Ley excluye de lo contencioso administrativo ciertos actos que no tienen naturaleza administrativa a pesar de ser realizados por organismos caracterizadamente administrativos como es el caso de los contratos no administrativos y de los actos de naturaleza jurisdiccional y, por lo tanto, no administrativos que se dicten dentro de procesos penales, civiles, de policía o de fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales. (Artículos 30, 1º A), 32 1º A), H 2º A), c) y d) y 73 del C. C. A.

Por lo demás este es el criterio que informa la jurisprudencia actual de esta Corporación, expuesto en sentencia del 22 de octubre de 1972 y conforme al cual, cuando el Congreso no actúa en función legislativa, sino en función administrativa, la competencia general para conocer de los litigios acerca de ellos corresponde al Consejo de Estado, aunque no le esté atribuido esencialmente. Entonces se adoptaron las siguientes razones que la Sala comparte:

1. Una de las características del sistema constitucional colombiano es la de que no puede haber ningún acto dictado por un organismo estatal que no esté sometido al control jurisdiccional. Ahora bien, si se afirma que los actos materialmente administrativos realizados por el Congreso o por una de las Cámaras, Comisiones o dignatarios no están sometidos a ningún control, se llegaría a la paradoja de que los actos más importantes del Congreso, a saber las Leyes, están sometidos al Control de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los menos importantes, o sean los administrativos, no tendrían ningún control".

2. Además, el artículo 51 del C. C. A. consagra una cláusula general de competencia a favor del Consejo de Estado, referente a todo acto administrativo para el cual no se hubiere señalado regla particular de competencia.

Por consiguiente, esta Sala piensa que los actos acusados son actos materialmente administrativos y que, por tanto, el Consejo de Estado es competente para conocer, en una sola instancia de litigio que se ha presentado acerca de ellos de acuerdo con el artículo 51 del C. C. A.". (Anales del Consejo 2º Semestre 1971 pág. 498).

En el caso propuesto se pretende la nulidad de los puntos 2º y 3º de la Proposición Nº 64 aprobada por el Senado el 2 de septiembre de 1975 por medio de la cual se autorizó al designado de la Presidencia para no encargarse del ejercicio del poder ejecutivo durante la ausencia temporal del titular y se dispuso llamar al Ministro de Relaciones Exteriores para asumir las funciones correspondientes, previa posesión del cargo.

En cuanto a lo primero, se acepta como fundada una excusa a quien por ministerio de la Constitución debe suplir las faltas

del Presidente elegido popularmente y, en cuanto a lo segundo, se adopta una decisión enderezada a evitar la solución de continuidad en el desempeño del primer empleo de la Nación. Es protuberante como lo afirma el recurrente, que el acto no es legislativo, ni jurisdiccional, esto en cuanto no se trata de aplicar la Ley dentro de un proceso. Con ellas se persigue simplemente darle ejecución a unos preceptos constitucionales para atender a una situación precisa y concreta relacionada con un cargo público cuya altísima jerarquía no cambia la naturaleza de la función que se dice ejercer. En el derecho positivo colombiano todas las disposiciones legales sobre el régimen de nombramientos y de excusas de licencias, interinidades, posesiones, etc., de los funcionarios de la rama ejecutiva forman un capítulo especial del Código de Régimen Político y Municipal que junto con las disposiciones ulteriores que lo modifican y adicionan, forman disposiciones sustantivas que regulan la actividad de la administración pública. El título VIII de dicha obra, bajo el epígrafe 'Administración Pública' regula exhaustivamente las materias ya dichas, como algo inherente y de la naturaleza de la actividad administrativa. De la misma índole son las reglas legales relativas a otros funcionarios públicos, no contenidas en dicho código por razones de orden, pero cuya ejecución da lugar a verdaderos actos administrativos sometidos al control jurisdiccional contencioso administrativo. Se refiere la Sala a los preceptos correspondientes que se relacionan con nombramientos, interinidades, licencias, posesiones, etc., de jueces y magistrados, cuya ejecución da lugar a la produccción de verdaderos actos administrativos sometidos también al control de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo.

Por sí misma, toda actividad pública de nominación a un empleo, o relativa a una excusa para servirlo, o atinente al cumplimiento de las exigencias para ejercerlo etc., es de naturaleza administrativa, así se trate de funcionarios que pertenezcan a una rama distinta de la ejecutiva y, no obstante que las disposiciones reguladoras de la materia se hallen consignadas en leyes o códigos especiales o, aún, hagan parte del texto de la Carta Fundamental porque se refieran a las más altas dignidades del Estado. Todas ellas tienen como finalidad esencial asegurar el ejercicio permanente y continuo de los servicios públicos, o sea crear las condiciones básicas y elementales de la eficacia administrativa.

La materia a que se refiere el acto cuya nulidad se pretende está regulada en detalle por la Constitución Nacional cuando prevé cómo se suple la vacante transitoria en la Presidencia de la República en el caso de un viaje del titular al exterior (artículos 125-128) y cuando determina la forma y circunstancias bajo las cuales la persona que haya de encargarse del poder debe tomar posesión (Arts. 74, 116 y 117).

Es obvio que la aceptación de la excusa del designado y el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores tienen evidentes repercusiones políticas, por la jerarquía de los cargos, pero considerados intrínsecamente esos dos actos, es manifiesta su naturaleza administrativa y ello es suficiente para determinar la posibilidad de su control por la vía contencioso administrativa".

Ahora reitera la Sala que es competente para proferir una decisión de fondo en estos procesos acumulados porque se trata de una acción de nulidad contra un acto administrativo de la cual conoce esta jurisdicción, y solo se limita a agregar lo siguiente:

a) Afirma uno de los impugnadores que el Consejo de Estado incurre en contradicción en la providencia transcrita cuando acepta que "el acto acusado posee características políticas evidentes, pero al tiempo afirma que contiene aspectos puramente administrativos".

La Corporación no dijo tal cosa, sino una muy diferente: que intrínsecamente, la naturaleza del acto es administrativa a pesar de que de él se deriven consecuencias de tipo político y que para el efecto de determinar si es susceptible de control jurisdiccional contencioso administrativo lo fundamental es la naturaleza del acto y no sus eventuales repercusiones políticas.

b) Otro de los impugnadores aduce el caso de Los Monjes (proceso 1498) como antecedente jurisprudencial para concluir que en este caso, militan las mismas razones para considerar el acto acusado como un "acto político". A este respecto es preciso anotar que en la decisión inhibitoria en ese proceso se fundó en que los actos del Gobierno proferidos en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución al Presidente de la República como Jefe del Estado para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho público internacional" (Artículo 120 Nº 20 C. N.) escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo, ya sea porque se las clasifique bajo la categoría de actos públicos, según algunos tratadistas, o bien por razón de que tales actos comprometan las relaciones de soberanía con otra potencia extranjera y, por lo mismo, desbordan el ámbito de "la **administración** interna" que es la materia propia de lo contencioso administrativo.

Textualmente dijo la Sala en el fallo aludido:

> "Las referencias que preceden, le permiten concluir a la Sala lo siguiente: que al menos en el derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina de la mayor parte de los Estados Occidentales prevalece el principio de excluir los actos que atañen a las relaciones diplomáticas y en general a las relaciones internacionales del control jurisdiccional contencioso administrativo, bien sea en función de la teoría de los actos políticos que suscita en algunas vacilaciones: temores, ya sea con otros fundamentos, según quedó expuesto".

2. Sustracción de Materia

Las decisiones que son objeto de la pretensión de nulidad no han sido objeto de revocación posterior, o sea que conservan su entidad jurídica: cosa diferente es que su ejecución ya esté consumada y que por lo tanto no continúen produciendo efectos. La teoría de la sustracción de materia sólo se ha predicado jurisprudencialmente en algunos casos para conocer de aquellos actos que desaparecieron de la esfera jurídica por su revocatoria o por su derogación. En casos como el presente la jurisprudencia del Consejo se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo, a pe-

sar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos y no tenga virtualidad para generar otros nuevos.

En providencia del 15 de mayo de 1968, consideró el Consejo que debía "pronunciarse sobre la pertinencia del fallo de fondo a pesar de tratarse de un acto que ya no tiene subsistencia jurídica en cuanto a sus efectos". Allí mismo se indicó que esa era la jurisprudencia de la Corporación y al efecto se mencionaron la sentencia del 12 de marzo de 1943 (Anales T. LII Nos. 335-340 págs. 102 y 104) y la sentencia de julio 11 de 1962 (Anales T. LXV Nos. 399-400 pág. 231).

En la sentencia de 1943, expresó el Consejo:

> "Pero si el fallo no tiene hoy una eficacia práctica, en cambio sienta una doctrina, que por la misma circunstancia aludida resulta singularmente respetable, ya que fija el criterio sobre un punto de Derecho Público, con estricta observancia de sus normas, y abandono total de la cuestión política que sobre el alcance del Decreto se suscitó en la opinión pública en la época de su pronunciamiento".

3. Indebida acumulación de pretensiones

El acto por medio del cual se llamó al Ministro de Relaciones Exteriores para ejercer el Poder en defecto del Designado no es un acto electoral, sino el ejercicio de una competencia plenamente reglada en la Constitución Nacional que no permite escoger entre una o más opciones o seleccionar entre varios candidatos posibles. La elección como acto de elegir implica escogencia o selección más o menos discrecional entre una o más personas. Lo realizado por el Senado en el caso propuesto no entraña ningún tipo de escogencia o designación de una persona para el desempeño de una función, sino el llamamiento a quien tenía una vocación para el ejercicio de funciones presidenciales, por ministerio directo de la Constitución y como consecuencia del cargo que desempeñaba en ese momento. Por consiguiente la pretensión de nulidad que se formule contra un acto de tal naturaleza no genera un contencioso electoral, sino un contencioso que se tramita por la vía ordinaria. En estas condiciones la acumulación de pretensiones propuesta en estos procesos no es indebida y por lo tanto hay lugar a decidirlas en una misma sentencia.

II

Los aspectos de fondo

Primero. El Presidente titular solicitó permiso al Senado de la República para viajar al exterior con el fin de atender una invitación que le formuló el Presidente de los Estados Unidos y el Senado le concedió el permiso por el término necesario para el cumplimiento de su misión.

La Constitución Nacional preveía cuando se expidió el acto, que el Presidente de la Repúplica pudiera trasladarse al exterior en ejercicio de su cargo, previo permiso del Senado y en razón de que la ausencia le impedía ejercer algunas de sus funciones constitucionales, dispuso que las desempeñara el Designado y, a falta de éste en su orden, los funcionarios que indica el artículo 125.

Obviamente, se trataba de una autorización temporal, cuyo término debía señalar el Presidente de la República, ya fuera expresa o implícitamente, en cuanto la duración resultara determinada por la finalidad u objeto específico de la misión que el Presidente debiera cumplir, como tal, en el exterior.

La razón del viaje presidencial fue una invitación del Presidente de los Estados Unidos, la cual, por la naturaleza misma de las cosas tenía un término muy breve de duración; por manera que el Senado, al conceder el permiso por el término necesario para el cumplimiento de esa misión, no otorgó una autorización indefinida en el tiempo, sino un permiso temporal.

La temporalidad de este permiso especial no deriva de lo estatuido en el numeral 3º del artículo 98, ni en el artículo 123 de la Constitución, que se refieren a licencias del Presidente "para **separarse** temporalmente del ejercicio del cargo", sino directamente del inciso final del artículo 128, el cual corresponde a una innovación del Acto Legislativo Nº 1º de 1968, donde se contempló la posibilidad del traslado del Presidente a territorio extranjero en **ejercicio de su cargo**, lo cual supone necesariamente que no se separa de éste y que, conserva su investidura; solo que el Designado, o quien haga sus veces, cumplirá las funciones presidenciales que no pueda desempeñar el titular por razón de su ausencia del territorio nacional. Por la naturaleza misma de las cosas se entiende que se trata de una situación eminentemente transitoria, de forma que la temporalidad de la permanencia del titular en el exterior es algo ínsito en la disposición que se comenta.

La Sala no se ocupará en esta ocasión de la dificultad relacionada con la distribución de funciones entre el Presidente titular y el encargado, en primer lugar porque la cuestión no es pertinente al caso planteado y, en segundo lugar, porque la norma fue sustituida por el artículo 5º del Acto Legislativo Nº 1º de 1977. De acuerdo con el nuevo precepto el traslado a territorio extranjero del Presidente en ejercicio del cargo o de quien haga sus veces, ya no requiere permiso previo del Senado, sino simple aviso a éste o a la Corte Suprema de Justicia, en receso del Congreso. Cuando ello ocurra, no procede el llamamiento al Designado, pues debe ejercer las funciones que el Presidente le delegue, el Ministro a quien corresponda según el orden de precedencia legal. Con este sistema se pretende eliminar la dualidad presidencial, la confusión de funciones y el ritual de la posesión del encargado.

Los demandantes de estos procesos han considerado que el permiso que concedió el Senado adolece de indefinición en el tiempo, pero la Sala estima que el cargo, no sólo carece de fundamento por las razones que se expresaron anteriormente, sino que además en el caso de ser fundado no habría implicado violación de los artículos 98 y 123 como se aduce en una de las demandas, sino del artículo 128 de la Constitución Nacional.

Segundo. A juicio de los demandantes, cuando se le concede permiso al Presidente para trasladarse a territorio extranjero, es forzoso e ineludible que el designado asuma las funciones presidenciales que le correspondan, sin que el Senado esté facultado para excusarlo, ni para llamar a los funcionarios que se mencionan en el artículo 125,

pues ésto sólo puede hacerse en el caso de falta absoluta de aquél, según el mismo artículo 125.

En otros términos, consideran los demandantes que la vocación al ejercicio de la Presidencia de los Ministros y de los Gobernadores en el orden prescrito por la Constitución sólo surge, en el caso del artículo 128, cuando ocurre falta absoluta del Designado. Semejante interpretación implica que la persona con esa investidura no tendría derecho a excusarse de recibir el encargo, ni siquiera por motivos de enfermedad o por circunstancias de fuerza mayor. Es posible que los demandantes consideren corroborada su conclusión por la forma verbal empleada en el artículo 128 cuando en su inciso final dice que en la hipótesis allí prevista "el Designado **cumplirá** las funciones constitucionales del Presidente de la República" y que entiendan la expresión como una modalidad imperativa. Pero esta sería una exégesis tocada de simplismo, porque en Derecho y en todo orden de regulación práctica las formas más imperativas deben interpretarse sin excluir circunstancias especiales de fuerza mayor u otras que racionalmente excusan de cumplir las obligaciones legales. Quizás por eso el constituyente usó la expresión en tiempo futuro.

Cuando se prevé que, a falta de designado, entren a ejercer el poder los Ministros o los Gobernadores en el orden allí señalado, no se califica en la norma esa falta, de suerte que el intérprete debe darle a la expresión toda la amplitud que ella contiene, porque no le es dado distinguir, donde el legislador no ha distinguido. Si la norma contempla la falta del designado ha de entenderse que esa falta puede ser absoluta o relativa y que, en este último caso, le corresponde al Senado apreciar las circunstancias constitutivas de la falta para llamar a quien deba encargarse, en defecto del Designado. De no ser así querría decir que la Constitución Colombiana le habría impuesto al Designado un deber absolutamente inexcusable, colocándolo en una condición no sólo inhumana e irracional, sino en abierta pugna con los principios cardinales de nuestra organización jurídica.

En el derecho colombiano no se le impone a ningún funcionario, ni a ninguna persona que ostente una investidura oficial, ni a ningún ciudadano en particular, la carga del cumplimiento de deberes públicos cuando medien circunstancias de fuerza mayor u otras constitutivas de justificada disculpa. Habría entonces, alguna razón para colocar al designado al margen de esas previsiones constitucionales y legales?

Por la época en que se expidió el acto acusado, la Constitución no señalaba expresamente ante quién debía presentar excusa el Designado para asumir las funciones presidenciales; pero como su investidura lo equipara al Presidente, considera la Sala que le correspondía al Senado y en receso del Congreso a la Corte Suprema de Justicia (artículos 98 Nº 3 Constitución Nacional y 303 del Código Político Municipal.)

La "analogía juris" es en este caso un criterio de interpretación perfectamente legítimo, pues dadas las características especiales de la Designatura, la excusa transitoria para ejercer una función corresponde, analógicamente con el concepto de licencia para dejar de ejercer transitoriamente las que se vienen ejerciendo.

Por otra parte, si el mismo artículo 98 en su numeral primero le atribuye al Senado la función de admitir o no la renuncia del Designado, con cuánta mayor razón debe entenderse que tiene la facultad de considerar la excusa del Designado para ejercer funciones presidenciales, en el caso del artículo 128.

Esto, que, en concepto de la Sala, se deducía claramente de los textos constitucionales citados, ha quedado explícito ahora, por virtud del artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1 de 1977 cuando dice que "son atribuciones del Senado: ...3º...decidir las excusas del Designado para ejercer la Presidencia de la República".

Tercero. Sostienen los demandantes que el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores para ejercer funciones presidenciales, con fundamento en el artículo 2º del A. L. Nº 1º de 1959 entraña aplicación de un precepto derogado y que, por ende es violatorio de la Constitución.

La simple lectura de todo el articulado del Acto Legislativo Nº 1 de 1959 permite verificar que sólo los artículos 1º y 6º tenían una vigencia transitoria hasta el año de 1974 inclusive. El primero consagró la alternación en la Presidencia y el sexto prorrogó la vigencia de la reforma constitucional plebiscitaria de 1957. Los artículos 2º, 3º, 4º y 5º y 7º contienen disposiciones que no son complementarias de las restantes, sino reformatorias de otras normas permanentes de la Constitución y, como tales, también disposiciones con vigencia indefinida en el tiempo. El propio constituyente de 1977 así lo entendió al reiterar esos preceptos en el correspondiente Acto Legislativo (artículos 2º y 4º), cuando ya el régimen de la alternación había desaparecido.

Por lo tanto, si carece de fundamento la premisa del razonamiento consistente en la falta de vigencia del artículo 2º del Acto Legislativo de 1959, la conclusión del demandante no es aceptable y, por ende, la pretensión que se sustenta sobre ella no puede prosperar.

En mérito de las razones expuestas el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, no accede a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

ACTOS POLITICOS. — (Salvamento de Voto). — Actos del Congreso Nacional.

Referencia: Expediente Nº 2355 - 2356 y 2431.

Comparto la decisión adoptada mediante la sentencia, pero disiento de algunos aspectos de su motivación, a saber:

1º) Considero que el Consejo de Estado es competente para conocer porque el acto por el cual el Senado llamó a ejercer la Presidencia de la República al señor Ministro de Relaciones Exteriores, por ausencia del titular y excusa del designado, es materialmente administrativo, no obstante que el órgano integra la Rama Legislativa. Es evidente que el acto, analizado por su objeto, tiene clara significación política, pero ello no es óbice para que contra él sean pertinentes las acciones propuestas. El Consejo de Estado en numerosas providencias, como en las del 22 de octubre de 1971 y 6 de noviembre de 1975, ha expresado que, salvo los casos expresamente excluidos por la ley, (Art. 73, Ords. 2º y 3º, del C. C. A.), todos los actos administrativos, sea cual fuere su contenido, objeto o significado, pueden ser impugnados ante esta jurisdicción. De ahí que considere acertada la conclusión que dedujo el auto proferido el 6 de diciembre de 1975, en relación con el acto impugnado, a saber: "Es obvio que la aceptación de la excusa del designado y el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores tienen evidentes repercusiones políticas, por la jerarquía de los cargos, pero considerados intrínsecamente esos dos actos, es manifiesta su naturaleza administrativa y ello es suficiente para determinar la posibilidad de su control por la vía contencioso administrativa".

2º) Una de las partes impugnadoras, el señor Luis Alfonso Velasco Parrado, afirma que la mayoría de la Sala, en la sentencia que profirió el 28 de enero de 1976, sobre la comunicación enviada el 22 de noviembre de 1952 por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela, prodijó el criterio según el cual los actos políticos no son impugnables ante esta Jurisdicción. La mayoría sostiene, en relación con esta aseveración del impugnador, que "la decisión inhibitoria en ese proceso se fundó en que los actos del Gobierno proferidos en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución al Presidente de la República como Jefe de Estado para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás estados y entidades de derecho público internacional (artículo 120, Nº 20 Constitución Nacional), escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo, ya sea porque se las clasifique bajo la categoría de

actos públicos (subrayo), según algunos tratadistas, o bien por razón de que tales actos comprometen las relaciones de soberanía con otra potencia extranjera y, por lo mismo, desbordan el ámbito de la administración interna, que es la materia propia de lo contencioso administrativo...". Sobre este particular me permito observar:

a) La mayoría de la Sala, en la sentencia del 28 de enero de 1976, sobre Los Monjes, sí consideró que el acto impugnado es, en contraposición a los administrativos, de carácter político y que, por esta causa, el Consejo de Estado no tenía competencia para proferir sentencia de fondo. Así expuso en esa providencia:

> "Las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de 'Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás estados y entidades de derecho internacional'; de 'recibir los agentes respectivos' y de 'celebrar con otros estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso', **no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política,** en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros estados y de entidades de derecho internacional. **La índole política de esa función** no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encabezamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional realizada por el Acto Legislativo de 1968 no ha significado que, solo a partir de entonces, se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaba bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, ésta de que se ha hecho mención. Así, pues, hoy la Carta fundamental reconoce explícitamente que este atributo presidencial le incumbe al Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, con lo cual se acomodó el texto constitucional a la naturaleza propia de la función...".
>
> "En el derecho positivo, en la doctrina y en la Jurisprudencia de muchos países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras **se hace la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de Gobierno,** de la cual se deriva la exclusión de estos últimos del control jurisdiccional contencioso administrativo: ..."
>
> ...No le corresponde, pues, al Consejo de Estado Colombiano definir cual sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el solo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta Corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y **que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa,** por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que debe ser decidido por esta jurisdicción especial,

ACTOS POLITICOS. — (Salvamento de Voto). — Actos del Congreso Nacional.

Referencia: Expediente Nº 2355 - 2356 y 2431.

Comparto la decisión adoptada mediante la sentencia, pero disiento de algunos aspectos de su motivación, a saber:

1º) Considero que el Consejo de Estado es competente para conocer porque el acto por el cual el Senado llamó a ejercer la Presidencia de la República al señor Ministro de Relaciones Exteriores, por ausencia del titular y excusa del designado, es materialmente administrativo, no obstante que el órgano integra la Rama Legislativa. Es evidente que el acto, analizado por su objeto, tiene clara significación política, pero ello no es óbice para que contra él sean pertinentes las acciones propuestas. El Consejo de Estado en numerosas providencias, como en las del 22 de octubre de 1971 y 6 de noviembre de 1975, ha expresado que, salvo los casos expresamente excluidos por la ley, (Art. 73, Ords. 2º y 3º, del C. C. A.), todos los actos administrativos, sea cual fuere su contenido, objeto o significado, pueden ser impugnados ante esta jurisdicción. De ahí que considere acertada la conclusión que dedujo el auto proferido el 6 de diciembre de 1975, en relación con el acto impugnado, a saber: "Es obvio que la aceptación de la excusa del designado y el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores tienen evidentes repercusiones políticas, por la jerarquía de los cargos, pero considerados intrínsecamente esos dos actos, es manifiesta su naturaleza administrativa y ello es suficiente para determinar la posibilidad de su control por la vía contencioso administrativa".

2º) Una de las partes impugnadoras, el señor Luis Alfonso Velasco Parrado, afirma que la mayoría de la Sala, en la sentencia que profirió el 28 de enero de 1976, sobre la comunicación enviada el 22 de noviembre de 1952 por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela, prodijó el criterio según el cual los actos políticos no son impugnables ante esta Jurisdicción. La mayoría sostiene, en relación con esta aseveración del impugnador, que "la decisión inhibitoria en ese proceso se fundó en que los actos del Gobierno proferidos en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución al Presidente de la República como Jefe de Estado para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás estados y entidades de derecho público internacional (artículo 120, Nº 20 Constitución Nacional), escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo, ya sea porque se las clasifique bajo la categoría de

actos públicos (subrayo), según algunos tratadistas, o bien por razón de que tales actos comprometen las relaciones de soberanía con otra potencia extranjera y, por lo mismo, desbordan el ámbito de la administración interna, que es la materia propia de lo contencioso administrativo...". Sobre este particular me permito observar:

a) La mayoría de la Sala, en la sentencia del 28 de enero de 1976, sobre Los Monjes, sí consideró que el acto impugnado es, en contraposición a los administrativos, de carácter político y que, por esta causa, el Consejo de Estado no tenía competencia para proferir sentencia de fondo. Así expuso en esa providencia:

"Las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de 'Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás estados y entidades de derecho internacional'; de 'recibir los agentes respectivos' y de 'celebrar con otros estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso', **no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política,** en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros estados y de entidades de derecho internacional. **La índole política de esa función** no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento mismo de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encabezamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional realizada por el Acto Legislativo de 1968 no ha significado que, solo a partir de entonces, se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaba bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, ésta de que se ha hecho mención. Así, pues, hoy la Carta fundamental reconoce explícitamente que este atributo presidencial le incumbe al Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, con lo cual se acomodó el texto constitucional a la naturaleza propia de la función...".

"En el derecho positivo, en la doctrina y en la Jurisprudencia de muchos países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras **se hace la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de Gobierno,** de la cual se deriva la exclusión de estos últimos del control jurisdiccional contencioso administrativo: ..."

...No le corresponde, pues, al Consejo de Estado Colombiano definir cual sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el solo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta Corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y **que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa,** por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que debe ser decidido por esta jurisdicción especial,

al tenor de lo previsto en los artículos 120, Nº 20 de la Constitución Nacional, 20 del Decreto 528 de 1964 y demás disposicones del mismo decreto (artículos 30 a 32), de los artículos 32 a 37, 52 a 58 y 62 a 71 del C. C. A. que desarrollan la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, consignada en los artículos 141, 154 y 216, Constitución Nacional...". (He subrayado).

b) Los conceptos transcritos fueron glosados por el suscrito consejero en el correspondiente salvamento de voto, sobre la base de considerar, sustancialmente, que los actos políticos son una especie de los actos administrativos; que por lo mismo, por definición, son internos, no de carácter internacional; que como actos administrativos pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante las acciones pertinentes; que de ésta sólo se excluyen los casos taxativa y restrictivamente señalados por la ley, entre los cuales no se cuenta ninguno de ellos; y que por todo lo expuesto, en el caso que se discutía, la nota del 22 de noviembre de 1952, enviada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela, que la mayoría definió como **acto político** contra el cual **por lo mismo** no había posibilidad de acción ante esta Jurisdicción, es **acto administrativo** contra el cual bien pudo promoverse la acción de nulidad que, según el artículo 34, ordinal 10, del C. C. A., es de la competencia del Consejo de Estado en única instancia;

c) De modo que es claro que **los llamados actos políticos constituyen una especie del género actos administrativos** y que en el régimen jurídico colombiano todos estos, salvo los casos de excepción determinados por la ley, pueden ser, en principio, impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa;

d) De todo lo expuesto se concluye que, el criterio que ahora la Sala unánimemente sustenta, expuesto en la providencia del 6 de noviembre de 1975, en rigor constituye una rectificación al que la mayoría prohijó en la transcrita y comentada sentencia del 28 de enero de 1976, de la cual disentí, entre otras causas, porque consideré que los actos políticos son administrativos y que ningún precepto legal los había excluido de la posibilidad de ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Humberto Mora Osejo

Bogotá, D. E. 3 de noviembre de 1977

ABOGACIA. — Prueba de la calidad de abogado cuando ésta se exige para desempeñar en propiedad determinodos cargos.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., septiembre trece de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Osvaldo Abello Noguera**)

La doctora María Eugenia Samper Rodríguez solicita, en escrito que antecede, la confirmación de su elección como Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y al efecto, acompaña los siguientes documentos:

a) Fotocopia de la comunicación de su elección;

b) Acta de Registro Civil, con la que comprueba ser colombiana de nacimiento y tener más de 30 años de edad;

c) Certificado expedido por Registraduría Nacional del Estado Civil, con la que acredita la vigencia de su cédula de ciudadanía y, naturalmente, su calidad de ciudadana en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;

d) Fotocopia autenticada del Acuerdo Nº 14 de marzo 16 de 1965, originario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con lo que comprueba su condición de abogada titulada;

e) Certificado expedido por el Ministerio de Justicia, sobre vigencia actual de su Tarjeta Profesional;

f) Certificado Médico que acredita que no sufre enfermedad infecto contagiosa;

g) Certificado expedido por el señor Secretario General del Consejo de Estado, debidamente autorizado por el señor Presidente de la Corporación y a petición escrita de la interesada, en el cual acredita que ha ejercido los siguientes cargos: Abogado Asistente del Consejo de Estado, en propiedad, del 1º de septiembre de 1971 hasta el 15 de junio de 1977; Magistrada, en interinidad, del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, desde el 16 de agosto de 1972 hasta el 31 de julio de 1973; Magistrada, también en interinidad, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde el 15 de junio de 1977 hasta el 30 de agosto del mismo año; Certificado expedido por el Director del Departamento de Relaciones Humanas del Instituto de Crédito Terri-

torial, según el cual la peticionaria desempeñó el cargo de Asesor Jurídico de dicho organismo, desde el 24 de abril de 1970 hasta el 30 de agosto de 1971;

h) Manifestación jurada de no tener parentesco con ninguno de los actuales miembros del Consejo de Estado.

De conformidad con la documentación referida debe decirse que la doctora María Eugenia Samper ha cumplido el requisito previsto en la Constitución Nacional en su artículo 155 "de haber ejercido durante cinco años, por lo menos, la abogacía con buen crédito, por las siguientes consideraciones:

El Decreto Legislativo número 250 de 1970 denominado "Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", dice en su artículo 21, cómo se prueba la calidad de abogado, cuando ésta se exige para desempeñar en propiedad determinados cargos, y en cuanto a la demostración de dicho ejercicio ordena que "se podrá comprobar con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas, en cargo público o privado".

Para la Sala esta disposición legal define qué se entiende por ejercicio de la abogacía al señalar qué es lo que debe probarse para demostrarlo. Si "el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas, en cargos públicos o privados" constituye ejercicio de la abogacía, no existe la menor duda que la documentación aportada por la doctora Samper Rodríguez indica que ha ejercido la abogacía por más de cinco años porque los cargos desempeñados como Abogada Asistente del Consejo de Estado y Asesora Jurídica del Instituto de Crédito Territorial se relacionan, obviamente, con dicho ejercicio como lo exige el precitado artículo 21 del Decreto 250 de 1970.

Cabe anotar que la Sala, por iniciativa del señor Consejero Jaime Valencia Arango, se ocupó de la presunta inconstitucionalidad del artículo 21 del nombrado Decreto 250 de 1970 con apoyo en el cual, como se dijo anteriormente, la doctora María Eugenia Samper demuestra reunir las calidades para ser confirmada como Magistrada. El Consejo con la sola salvedad del voto del señor Consejero Valencia Arango encontró que las razones aducidas son muy discutibles en orden a sustentar dicha inconstitucionalidad que permitan la inaplicación de tal precepto por la vía de la excepción, toda vez que desarrolla la noción de ejercicio de la abogacía que consigna el artículo 155 de la Carta, concepto que el constituyente no desarrolla. Estas y otras razones que no son del caso señalar en esta oportunidad, llevan al Consejo a aplicar la disposición de que se trata al presente caso, como lo ha venido haciendo en el pasado, en espera de que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre la materia, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Codificación Constitucional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena, confirma la elección de la doctora María Eugenia Samper Rodríguez para desempeñar el cargo de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Comuníquese esta providencia al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca y a la doctora María Eugenia Samper Rodríguez para los efectos de la posesión.

Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Samuel Arango Reyes, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Miguel Antonio Cárdenas, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Jaime Paredes Tamayo, Ignacio Reyes Posada, Carlos Portocarrero Mutis, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango (salvó voto).

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

MAGISTRADOS TRIBUNALES. Requisitos Constitucionales. Salvamento de Voto.

Expediente Nº 395. — Confirmación del nombramiento de la doctora María Eugenia Samper, como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Me aparto de la decisión anterior, por las razones que hube de exponer en mi ponencia, la que fue rechazada, por abrumadora mayoría.

Como continúo en la convicción de que el artículo 21 **in fine** del Decreto Ley 250 de 1970, es inconstitucional, por una parte, y, por la otra, sigo considerando que la elegida carece de los requisitos constitucionales para ser Magistrado de Tribunal Administrativo, me limito a transcribir mi proyecto.

Debo aclarar que en él me refiero a la documentación que existía hasta ese momento Y QUE AHORA NO ENCUENTRO EN EL EXPEDIENTE sin que encuentre razones legales que autoricen la mutilación de un expediente, documentación de carácter público.

Dice mi ponencia:

La doctora MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ, solicita, en escrito que antecede, la confirmación de su elección como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, al efecto, acompaña los siguientes documentos:

1) Fotocopia de la comunicación de su elección;

2) Copia auténtica del acta de Registro Civil, con la que comprueba ser Colombiana de nacimiento y tener más de 30 años de edad;

3) Certificado expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, con la que acredita la vigencia de su cédula de ciudadanía, y, obviamente, su calidad de ciudadana en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;

4) Fotocopia autenticada del Acuerdo Nº 14 de marzo 16 de 1965, originario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la que comprueba su condición de abogada titulada;

5) Certificado expedido por el Ministerio de Justicia, sobre vigencia actual de su Tarjeta Profesional;

6) Certificado médico que acredita que la elegida no sufre enfermedad infecto-contagiosa;

7) Certificado expedido por el Secretario General del Consejo de Estado, al parecer a solicitud verbal de la interesada, pues no aparece petición escrita, ni orden del Consejero Presidente, para su expedición. Se pretende acreditar con dicho documento, que la memorialista desempeñó los siguientes cargos:

a) Abogado Asistente del Consejo de Estado, en propiedad, del 1º de septiembre de 1971 hasta el 15 de junio de 1977;

b) Magistrado, en interinidad, del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, del 16 de agosto de 1972 hasta el 31 de julio de 1973;

c) Magistrado en interinidad, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde el 15 de junio de 1977 hasta la fecha.

Fuera de las observaciones que se dejan hechas sobre tal certificado, precisa agregar que carece de eficacia legal para probar el desempeño de la Magistratura, pues el Secretario General del Consejo de Estado, ni da posesión a los Magistrados ni es el funcionario encargado, por ley, de custodiar los respectivos archivos sobre nombramiento de personal de los Tribunales Seccionales y todo cuanto puede certificar es la elección, sin que repose en su Despacho, documento alguno que le permita certificar la posesión y el lapso de desempeño de tales cargos. (Arts. 251 y 262 Código Procedimiento Civil, Arts. 314, 315 y 316 C. de R. P. y M.)

8) Certificado expedido por el Director del Departamento de Relaciones Humanas del Instituto de Crédito Territorial, según el cual la peticionaria desempeñó el cargo de Asesor Jurídico de dicho organismo oficial, desde el 24 de abril de 1970 hasta el 30 de agosto de 1971;

Queda dicho, pues, que no se ha traído prueba legalmente eficaz del desempeño de los cargos de Magistrado, en interinidad, ni de Abogado Asistente del Consejo de Estado.

Pero aún demostrados tales hechos, la Sala no podría confirmar la elección recaída en la memorialista, por las razones que suscintamente, expone a continuación:

A) Dispone el artículo 154 de la Constitución Política, que las calidades, asignaciones y períodos de los Magistrados de Tribunales Administrativos serán las señaladas para Magistrados de Tribunales Superiores.

Y el artículo 155 del mismo Estatuto Constitucional, previene que "para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad y además, haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o de Circuito, Juez especializado de igual o superior categoría, Fiscal de Tribunal o Juzgado Superior, o Magistrado de Tribunal Administrativo; o haber

ejercido, durante cinco años por lo menos, la abogacía con buen crédito, o enseñado Derecho en un establecimiento público durante el mismo tiempo (Art. 2º del Acto Legislativo número 1 de 1947);

B) De las normas anteriores surge con meridiana claridad que los cargos dentro de la rama jurisdiccional y el Ministerio Público, que dan acceso a la Magistratura, son exclusivamente los señalados en el artículo 155 transcrito y dentro de tal enumeración no se encuentra el de Abogado Asistente del Consejo de Estado, que aunque perteneciente a la rama jurisdiccional, no comporta ni siquiera la calidad de juez, ni es admisible al intérprete su asimilación con ninguno de los indicados en el **"numerus clausus"** constitucional.

La Constitución, exige que el cargo de Magistrado del Tribunal ha debido desempeñarse, en propiedad, y la misma memorialista afirma que desempeñó y desempeña en la actualidad, tal cargo en interinidad.

C) La Carta Fundamental previó, expresamente, solo tres vías para acceder a la Magistratura: 1) el desempeño de ciertos y determinados cargos en la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público, por un tiempo determinado y, en propiedad. Esta vía ya ha sido analizada y se concluyó con la imposibilidad de dar por acreditados los requisitos constitucionales;

2) El ejercicio de la abogacía, con buen crédito y por cinco años por lo menos. La peticionaria ni siquiera ha afirmado que haya ejercido la abogacía, por tiempo alguno.

Y no puede, so pretexto de aplicar el inciso final del artículo 21 del Decreto 250 de 1970, asimilarse el desempeño de ciertos cargos subalternos dentro de la rama jurisdiccional, con el ejercicio de la abogacía, porque dicho inciso es ostensiblemente inconstitucional como que, contraviene el texto claro de los artículos 155 y 160 de la Carta, pues él contempló ciertos y determinados cargos para habilitarlos como antecedentes idóneos para acceder a la Magistratura, haciendo imposible que otros, de inferior categoría o, mejor aún, sin carácter jurisdiccional o de ministerio público, puedan asimilarse a los anteriores o tomarse como sustitutivos de las otras dos vías de acceso, la docencia universitaria y el ejercicio de la abogacía, pues la ley que tal previsión consagra, se enfrentaría al Constituyente, dados los términos claros, expresos y rigurosamente enumerativos que usa la Constitución.

Además, la Carta, habla de "ejercicio de la abogacía" y como lo indica el sentido natural y obvio de tal frase y lo confirma la acepción dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, **"abogacía"**, "profesión y ejercicio de abogar" y **"abogar"** defender en juicio, "por escrito o de palabra", lo que, obviamente jamás puede predicarse de los cargos de la rama jurisdiccional, mucho menos de los cargos subalternos.

Y, como si esto fuera poco, la contraposición que hace el constituyente, entre la actividad jurisdiccional y el "ejercicio de la abogacía" es tan violento, en los términos del artículo 160 del Estatuto Constitucional, que son incompatibles se excluyen, **"los cargos de la Rama Jurisdiccional no son acumulables y son incompatibles con el ejercicio de cual-**

quier otro cargo retribuido y con toda participación en el ejercicio de la abogacía, con lo que reitera la inteligencia que el supremo legislador le ha dado a la expresión "ejercicio de la abogacía", como algo totalmente diferente a la judicatura, en forma que el inciso final del artículo 21 del Decreto 250 de 1970 resulta incompatible con los mandatos constitucionales examinados y, con aplicación del artículo 214 de la misma Carta la norma legal aludida no puede ser atendida, por ineficaz jurídicamente.

La exclusión y repugnancia observada entre "ejercicio de la abogacía" y desempeño de cargos en la rama jurisdiccional importan judicatura o no, a través de los textos constitucionales analizados, está, por lo demás de acuerdo con la definición que del ejercicio profesional del derecho hacen los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 196 de 1971.

Por lo demás, el Decreto Ley 250 de 1970, expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno, por el artículo 20 de la Ley 16 de 1968, tienen como objetivo el de expedir "el estatuto orgánico de la Administración de Justicia", como reza su enunciación oficial, mientras que el Decreto Ley 196 de 1971, posterior y dedicado a expedir "el estatuto de ejercicio de la abogacía", regula íntegramente la materia y, por lo mismo, derogó cualquier norma que sobre tal profesión contuviera la legislación anterior, de conformidad con los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887.

No es, pues, posible, pretender acreditar "ejercicio de la abogacía", con cargos de la rama jurisdiccional, sean ellos de judicatura o simplemente subalternos, por las razones vistas, los que concuerdan con la prohibición expresa del artículo 39 del Decreto Ley 196 de 1971.

Y, en fin, obsérvese que la sustitución de la actividad profesional del abogado por el desempeño de cargos subalternos en la rama jurisdiccional, llevaría al absurdo de permitir acceder al cargo de Consejero de Estado, por ejemplo, con diez años de empleo subalterno en la misma Corporación, cuando no se lograría con diez años de Consejero en interinidad.

Diez años de Secretario de Juzgado o de Tribunal o de Corte, con la aplicación del artículo 21 comentado, habilitaría para acceder a la Magistratura de la Corte o del Consejo de Estado, no obstante que estos últimos cargos ejercidos por el mismo lapso, en interinidad, no tendrían igual eficacia habilitadora.

Por lo demás, nótese que la norma constitucional exige el ejercicio de la abogacía, "con buen crédito", que no aparecería comprobado con el ejercicio de un cargo sin mención alguna, pues este aspecto negativo solo indicaría que se ejerció "sin descrédito", para nada diría, por sí mismo, sobre el aspecto positivo, haberlo ejercido "con buen crédito".

Definitivamente, el desempeño de la judicatura implica ejercicio de la profesión de abogado, mas no "ejercicio de la abogacía".

Por esta vía, entonces, tampoco ha satisfecho la memorialista, los requisitos constitucionales.

La historia de las normas constitucionales citadas, confirma las anteriores conclusiones.

En efecto. Decía el artículo 154 de la Constitución Política de 1886:

"Artículo 154. Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad y haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía, con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público".

Como puede verse por la coniunción utilizada, era necesario "el desempeño de funciones judiciales" por tres años "o" haber "ejercido la abogacía con buen crédito" "o" "enseñado derecho en un establecimiento público", con lo que era clara la distinción entre el ejercicio del cargo judicial y el "ejercicio de la abogacía".

Más perentorio aún, el mandato del artículo 159 del mismo estatuto, antecedente del actual artículo 160, cuando dice: "Los cargos del orden judicial no son acumulables; y son incompatibles con el ejercicio de cualquiera otro cargo retribuido, y con toda participación en el ejercicio de la abogacía".

Si el desempeño del cargo judicial es incompatible con el ejercicio de la abogacía, resulta absurdo decir que el cargo implica ejercicio de la abogacía.

La Reforma Constitucional de 1936 reprodujo los artículos anteriores en sus artículos 153 y 159, en forma textual.

El artículo 156 del Acto Legislativo Nº 1 de 1947 dispuso:

"Artículo 56. El artículo 151 de la Constitución quedará así:

"Artículo 151. Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser Colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad y además, haber desempeñado en propiedad por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o de Circuito, Juez Especializado de igual o superior categoría, Fiscal de Tribunal o Juzgado Superior, o Magistrado de Tribunal Administrativo".

Este artículo, para Tribunales Superiores, lo mismo que el 51 del mismo Acto Legislativo, para Corte Suprema de Justicia, cerró la carrera judicial, en forma que solo el desempeño de los cargos en tales normas señalados, daban acceso a la Magistratura.

Ni la docencia ni el ejercicio de la abogacía habilitaban para acceder a la Magistratura y así quedó claramente expuesto en la exposición de motivos de dicha Reforma Constitucional.

Empero, bien rápidamente se dieron cuenta los constituyentes que la reforma de 1945 hacía imposible el acceso a la Magistratura de los más ilustres abogados en ejercicio y se citaba, entonces, entre otros, el caso del doctor Jorge Eliécer Gaitán.

Estas consideraciones motivaron la reforma de 1947, Acto Legislativo Nº 1, en cuyo artículo 2º se expidió el actual artículo 155 del Estatuto Constitucional.

De la comparación del actual texto con su inmediato antecedente, se deduce que la reforma consistió, precisamente, en agregarle las frases: "o haber ejercido durante cinco años por lo menos, la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público durante el mismo tiempo".

Ello indica, con meridiana claridad, que fuera de los cargos taxativamente enumerados por el Constituyente, ninguno otro habilita para acceder a la Magistratura. Fuera de ellos, sólo puede llegarse a la Magistratura demostrando el ejercicio de la abogacía, actividad independiente ejercida por quien abogue o defienda a otros en juicio, o por la docencia.

Ley que pretende decir lo contrario o hacer compatible el ejercicio de la abogacía con el ejercicio de la judicatura, es ostensiblemente inconstitucional.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y siete.

CAPITULO CUARTO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

ALCALDE. — POSESION DEL ALCALDE DE BOGOTA. — Ante el Presidente de la República. Artículo 260 del Código de Régimen Político y Municipal. Artículo 20 del C. C. A., artículo 65 de la Constitución Nacional. La posesión no es un acto desde el ángulo de la administración. No es un acto administrativo sobre el cual debe pronunciarse un fallo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto diez de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente 2584.

En ejercicio de la acción pública los ciudadanos Germán García Barrero y Augusto Calle Henao, el 14 de diciembre de 1976, demandan del Consejo de Estado la declaración de nulidad del "acto de posesión del nuevo alcalde de Bogotá, doctor Bernardo Gaitán Mahecha, realizada el día 3 de diciembre del año en curso ante el señor Presidente de la República".

Admitida que fue la demanda, en esa misma providencia se decidió sobre la suspensión provisional que en el mismo libelo solicitaron los actores, y sobre tal medida se pronunció la Sala Unitaria denegando la petición.

Los hechos sobre los cuales fundamentaron su acción los demandantes, pueden resumirse así:

El doctor Bernardo Gaitán Mahecha fue designado por el señor Presidente de la República para desempeñar el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá D. E., y ante el mismo Presidente tomó la debida posesión, "acto que se realizó en el palacio Presidencial de San Carlos y del cual se suscribió la respectiva acta". Esa posesión "es violatoria de la Ley y por tanto debe declararse NULA".

La violación de la Ley a que hacen alusión los demandantes la concretan al artículo 260 del Código de Régimen Político y Municipal cuyo texto transcrito en el libelo demandatorio es, en lo referente a los alcaldes municipales, de este tenor literal: "El Alcalde se posesionará ante el Juez Municipal, y en caso grave o urgente, ante dos testigos".

El concepto de la violación, según la demanda, consiste en que "La posesión del Alcalde Mayor de Bogotá ante el Presidente de la República es violatoria de la norma y vicia el acto de posesión del cargo, indispensable para poderlo ejercer, según el mismo Código, y por lo tanto procede la demanda por la vía contencioso administrativa".

"No existe norma legal que exprese que la posesión del Alcalde de Bogotá, se hace ante autoridad distinta al juez municipal, ni se puede deducir por simple lógica que por ser su nombramiento una facultad del Presidente de la República, es éste quien debe darle posesión".

"Por el hecho de que el artículo 199 de la Constitución Nacional establezca que la ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley, no quiere decir que no sean aplicables las normas de este régimen municipal ordinario cuando la ley no dispone una reglamentación especial, como en el caso de la posesión del alcalde. Por tanto, no existiendo norma especial distinta, debe aplicarse el régimen municipal ordinario contenido en el Código de Régimen Político y Municipal".

El doctor Bernardo Gaitán Mahecha se constituyó, por medio de apoderado, parte impugnadora dentro del presente juicio que se tramitó con sujeción a las normas procesales, por lo cual no existe causal de nulidad, y como está en firme el auto de citación para sentencia, se procede a dictar el respectivo fallo, para lo cual se tienen en cuenta las siguientes,

Consideraciones

El representante de la parte impugnadora formuló su alegato de conclusión fundamentando su solicitud de negativa a las peticiones de los demandantes, diciendo que la posesión de un empleado público es un hecho que recoge un acontecimiento histórico, "no suceptible de ser declarado nulo por su propia naturaleza".

A su turno el señor Fiscal 1º en su vista producida dentro del presente negocio, sostiene que la posesión de un empleado debe ser considerada como "el cumplimiento de una formalidad que perfecciona la investidura del ciudadano para el ejercicio de funciones públicas y al mismo tiempo, se recoge en él, el juramento de ser fiel a las instituciones y de realizar todos sus actos ceñido estrictamente al marco que la ley le señale". Después de citar algunos tratadistas de derecho administrativo y varias jurisprudencias de esta Corporación, termina diciendo que "Así las cosas, es lógico concluir, que por no ser administrativo el acto materia de impugnación, esta jurisdicción es incompetente para pronunciarse sobre su legalidad".

Acatando las voces del artículo 28 del Código Civil, se debe entender por posesión de un cargo público la promesa que, bajo juramento, hace el empleado designado de defender la Constitución y de cumplir con los deberes propios de su futuro cargo, pues, esto es lo que entiende la ley, cuando el Código de Régimen Político y Municipal se expresa en el artículo 251 en estos precisos términos:

> "Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir

los deberes que le incumben. **Esto es lo que se llama posesión del empleo, o bien, tomar posesión de él".**

Esta norma no es más que la repetición del artículo 65 de la Constitución Nacional, que se pronuncia en iguales términos a los de la primera parte del artículo que se acaba de transcribir. La segunda parte es la que, en desarrollo del artículo 65 en cita, define la posesión del empleo o la toma de posesión del mismo, como la propia obligación constitucional a que hace referencia. Naturalmente, de tales hechos debe dejarse constancia escrita y firmada por el nuevo funcionario, por quien recibe el juramento del posesionado y por su secretario, o en efecto de éstos, por dos testigos, según lo dispone el artículo 252 del Código a que se viene haciendo alusión.

Es verdad que este último artículo habla de "todo acto de posesión", pero ello no significa que la toma de posesión de un cargo público constituya un acto administrativo. Las cosas en derecho son el resultado de su estructuración jurídica como tales, después de reunirse los elementos constitutivos de las misma, pero jamás serán lo que se pretende que sean por una simple denominación. Por eso mismo, y de acuerdo con las normas de interpretación del Código Civil (artículo 28), "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", lo que significa que, al leer esta disposición del artículo 252 del Código de Régimen Político y Municipal, no debe entenderse la palabra "acto", como verdadero acto jurídico o como un acto administrativo, sino simplemente, como el recuento de un hecho sucedido, o como un "hecho o acción" o como un "hecho público o solemne", como lo entiende el diccionario de la lengua castellana.

Estas argumentaciones convencen a la Sala que "la posesión del empleo", a pesar del contenido del artículo 252 del Código de Régimen Político y Municipal que habla del "acto de posesión", no es un acto, desde el ángulo de la administración, porque no constituye manifestación de voluntad de ésta, sino un simple hecho, con repercusiones de mucha importancia. Y los hechos no son susceptibles de anulación porque ellos dan cuenta de sucesos acaecidos que no pueden hacerse desaparecer, cosa que se persigue con la acción de nulidad.

Según lo expuesto, es preciso concluir que la toma de posesión no es un acto administrativo, lo que significa que en este juicio no hay materia sobre la cual pronunciarse. La existencia del acto como lo ha repetido la Sala, es un presupuesto procesal específico para poder dictar sentencia de mérito, cuya falta solo puede traducirse en una decisión inhibitoria. Por esto no se trata, como lo cree la fiscalía, de un problema de falta de competencia, sino de inexistencia del acto administrativo sobre el cual debe pronunciarse un fallo.

Consecuente con lo dicho y estimando que ello es suficiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído previamente el concepto de su fiscal, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se declara inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo.

En firme esta providencia archívese el expediente, dejando constancia que ella se discutió y aprobó en sesión de la Sala del 5 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese. Notifíquese y cúmplase.

Los Magistrados,

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Fallo sobre demanda presentada por el Ex-secretario General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra el acto que lo declaró fuera del servicio.

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

(Consejero ponente: **Doctor Ignacio Reyes Posada**)

Referencia: Expediente Nº 4449. Autoridades Nacionales. Actor: Manuel Roca Castellanos.

El doctor MANUEL ROCA CASTELLANOS, por conducto de apoderado entabló acción ante el Consejo de Estado tendiente a obtener que se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que se declare inexistente o nula la carta por medio de la cual se declaró fuera del servicio al doctor MANUEL ROCA CASTELLANOS en el cargo de Secretario General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero".

"**Segunda.** Que se ordene el reintegro del doctor MANUEL ROCA CASTELLANOS al cargo de Secretario General de dicha Caja o a otro de igual o superior categoría".

"**Tercera.** Que se declare que la misma Caja está obligada a pagar a mi mandante el valor de los sueldos, primas y prestaciones legales y extralegales vigentes en la Institución desde el 27 de noviembre de 1974 y hasta cuando se produzca el reintegro, correspondientes al cargo de Secretario General y, además, que para los efectos laborales no ha habido solución de continuidad por el tiempo que transcurra entre el despido y el reintegro".

Los hechos en que se funda la acción fueron descritos así:

"I. Creada por el artículo 21 de la Ley 57 de 1931 y fundada mediante el Decreto 1998 del 10 de noviembre de 1931, la CAJA de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una Empresa Comercial del Estado y su dirección y administración competen a la Junta Directiva y al Gerente, quien es su representante legal".

"II. El doctor ALVARO ARAUJO NOGUERA fue nombrado por el Gobierno para el cargo de Gerente General de la CAJA por Decreto

1818 del 27 de agosto de 1974 y el 2 de septiembre de dicho año tomó posesión del mismo".

"III. Mediante Oficio 01774 del 10 de octubre de 1974 el Gerente General, doctor ARAUJO NOGUERA, le comunicó al doctor ROCA CASTELLANOS que en esa misma fecha lo había designado para desempeñar el cargo de Secretario General de la CAJA".

"IV. El doctor ROCA CASTELLANOS tomó posesión del cargo de Secretario General el día 11 de octubre de 1974, desde ese momento adquirió el 'status' de funcionario o empleado público, de conformidad con el artículo 251 del Código de Régimen Político y Municipal, y enseguida entró a ejercerlo".

"V. El estado de empleado público del doctor ROCA CASTELLANOS está fijado por la Ley, en virtud de la naturaleza e importancia del cargo, en razón de las cuales el artículo 49 de los Estatutos de la CAJA prescriben: 'Las deliberaciones de la Junta Directiva se harán constar en un Libro de Actas, que serán autorizadas con las firmas del Presidente y del Secretario' ".

"VI. Por carta 02133 del 26 de noviembre de 1974 el Gerente General de la CAJA le comunicó a mi mandante 'que haciendo uso de las cláusulas tercera del contrato de trabajo suscrito entre usted y la institución he resuelto darlo por terminado a partir del día de hoy'...; y aunque esa manifestación se refería a un documento contractual que jurídicamente era, por necesidad, un hecho inexistente, produjo no obstante el inmediato efecto de dejar a mi mandante por fuera del servicio".

"VII. El día 27 de noviembre de 1974, el doctor EDUARDO VELASQUEZ CALLEJAS tomó posesión del cargo de Secretario General, Encargado".

"VIII. El doctor ROCA CASTELLANOS en ningún momento ha sido declarado insubsistente en el cargo de Secretario General de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero".

Se indican como violadas las siguientes disposiciones legales: artículo 4º, Decreto 2127 de 1945 (Ley 6ª de 1945), el artículo 30 del Decreto Ley 1050 de 1968, artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y el artículo 1519 del Código Civil y se hace una amplia exposición sobre el concepto de la violación.

El Gerente de la Caja de Crédito Agrario se apersonó en el juicio y designó apoderado, quien interpuso el recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda, el que le fue negado por haber sido interpuesto extemporáneamente.

Tramitado el juicio la distinguida colaboradora Fiscal Cuarta de la Corporación emitió su concepto con fecha 21 de septiembre de 1977 del cual se transcriben, por acogerlos la Sala en su integridad, los siguientes apartes:

"Falta de competencia del Consejo de Estado"

"Según las reglas de los artículos 2º del Código Procesal del Trabajo y 30 del Decreto 528 de 1964 el Consejo de Estado carece de com-

petencia para dirimir el conflicto jurídico planteado por el actor, quien alega su condición de empleado público y no de trabajador oficial como lo esgrime la Caja demandada".

"Haciendo a un lado el aspecto formalista del **documento** en el cual consta la clase de vínculo (Acta de posesión fl. 4; contrato de trabajo primer folio 28), porque como bien lo plantea el actor en su alegato ni un Ministro se convierte en trabajador oficial porque llegare a suscribir 'contrato de trabajo' ni un trabajador oficial se convierte en empleado público por tomar posesión del cargo, debe estudiarse la esencia del vínculo que ligó a las partes".

"Se comienza por recordar que según el artículo 19, inciso b) del Decreto 2420 de 1968 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Sobre este supuesto la regla general del vínculo de sus servidores es la de que son trabajadores oficiales y la excepción, que debe estar precisada en los estatutos sobre quienes desempeñen actividades de dirección o confianza, la de que son empleados públicos".

"En consecuencia, por mandato de la ley saber que funcionarios en las empresas industriales y comerciales del Estado son de dirección o confianza es asunto que se resuelve a nivel estatutario. Y en el **sub judice**, los estatutos de la Caja Agraria (fl. 40) no contienen este aspecto, por lo cual piensa la Fiscalía que ha de estarse al principio **general y legal** de que sus servidores son trabajadores oficiales. Lo anterior independientemente de que obre o no la constancia escrita del contrato de trabajo por que en casos negativos por mandato de la ley (Art. 7º, Decreto 3135/68) 'Si el contrato no se consigna por escrito, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente..' En el **sub judice** hay prueba de que el contrato se hizo constar por escrito (primer folio 28)".

"Así las cosas y siendo el conflicto planteado de orden jurídico originado en el uso que le dio la Caja Agraria a la cláusula tercera del contrato dicho, por mandato de los artículos 2º del Código Procesal del Trabajo y 30 del Decreto 528 de 1964, fuerza concluir que el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer del presente asunto. Finalmente en este punto recuerda la fiscalía que la discrepancia de criterios que hasta el presente ha habido entre el Consejo de Estado y esta Fiscalía ha consistido en que la Corporación ha considerado que como lo pretendido tiene origen en la ley y no en el contrato por esa razón si ha tenido competencia. Al paso que la Fiscalía ha considerado que no es por el origen del conflicto que es diferente. Y en tratándose de trabajadores oficiales si el conflicto no se origina directamente del contrato de trabajo, cualquiera otro de carácter laboral tendría un origen INDIRECTO como lo prevee el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo para que sean los jueces laborales de todas maneras y por una causa o la otra (origen directo o indirecto) los competentes para conocer de los procesos que promuevan".

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia procede la Sala a ello previas las siguientes

Consideraciones

La Sala acoge en un todo el concepto Fiscal que antes se transcribe por estar de acuerdo con la reiterada jurisprudencia que en esta materia tiene sentada esta Corporación.

En efecto, a partir de las normas contenidas en los Decretos 1050, 3130, 2400, 3135 de 1968 y los restantes que constituyen la reforma administrativa de ese año, han quedado delimitados con exactitud las formas de vinculación al servicio público, su naturaleza jurídica y los órdenes de competencia que de tales vínculos se originan.

Tratándose de organismos descentralizados el Decreto 1050 de 1968 los clasifica en establecimientos públicos, empresas indutriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Los primeros forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público, se integran a ella según lo predica el artículo 1º de dicho Decreto. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, en cambio, no se integran a la administración, sino que se gobiernan por las normas del derecho privado y solo se vinculan a la administración pública en los términos de las leyes que las crean o autorizan y de sus propias normas orgánicas. En desarrollo de esta clasificación el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 consagra la diferencia jurídica de la vinculación que se opera cuando se prestan servicios a una u otra categoría de entes descentralizados. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, pero el mismo artículo establece que "en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". El inciso 2º del mismo artículo establece que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y agrega: "sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección y confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". De suerte que, la regla general es que todos los trabajadores de los establecimientos públicos son empleados públicos y todos los de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales. La excepción a esta norma solo puede establecerse mediante disposición expresa de los estatutos del respectivo organismo descentralizado.

La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero es una empresa industrial y comercial del Estado, según definición contenida en el artículo 19, inciso b) del Decreto 2420 de 1968, al enumerar las empresas industriales y comerciales vinculadas al Ministerio de Agricultura, luego de acuerdo con la regla general del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 todos sus servidores son trabajadores oficiales, a menos que los propios estatutos de la Institución hayan determinado cuáles trabajadores de dirección o de confianza son empleados públicos. Solo mediante norma estatutaria puede consagrarse tal excepción.

El apoderado del actor se esfuerza en demostrar que la importancia de las labores de Secretario General que éste desempeñaba le dan la calidad de empleado público, porque, evidentemente, el mencionado cargo era de dirección y confianza, pero olvida que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 señaló exclusivamente a los estatutos

de estas entidades la facultad de establecer excepciones a la regla general que ya se ha visto. No es, pues, labor de la jurisprudencia determinar el tipo de vínculo que une a los servidores de los organismos descentralizados, pues ello se encuentra definido por la Ley o por los estatutos, como lo permite el artículo 5º que se estudia.

Por otra parte, a los autos se llevó el contrato de trabajo que vinculó al actor con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (folio 28), elemento que no habría sido esencial para establecer la vinculación contractual, porque de acuerdo con el artículo 7º del mismo decreto, si el contrato no se consigna por escrito, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente.

Las breves anotaciones complementarias de las contenidas en el importante concepto Fiscal, determinan que esta jurisdicción no es competente para el conocimiento del presente negocio, lo que conduce a que las peticiones de la demanda no puedan prosperar.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 y de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese. Notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado en la sesión celebrada el día 18 de noviembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. — REAJUSTE. — Con el Decreto Nº 546 de 1971, el Gobierno Nacional estableció un régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, de tal forma que sus disposiciones son de preferente aplicación sobre cualesquiera otras. Reajustes de pensión. La pensión solamente se hará efectiva a partir de la fecha en que se demuestre el retiro del servicio oficial.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E. noviembre dos (2) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**)

Referencia: Juicio Nº 0281. Demandante: Guillermo González Charry. Autoridades Nacionales.

Procede la Corporación a decidir la demanda instaurada por el doctor GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, quien obrando por medio de apoderado, debidamente constituido, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó se declarara que en el presente juicio se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo, en relación con el recurso de apelación interpuesto por el mismo apoderado, contra la Resolución número 1081 del 30 de marzo de 1976, proferida por el Director de la Seccional de Cundinamarca de la Caja Nacional de Previsión Social para que se le reliquidara su pensión de jubilación sin límite de cuantía y se ordenaran los reajustes de que tratan los Decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975 se decretara la nulidad de dicha Resolución por medio de la cual se reajustó su pensión de jubilación, en cuanto fija el tope pensional de veintiséis mil cuatrocientos pesos ($ 26.400.00) y que, como consecuencia, el demandante tiene derecho a que la mencionada pensión le sea reliquidada tomando en cuenta las bases salariales del último año de servicios y sin límite de cuantía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y a los reajustes consagrados en los Decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975.

Los HECHOS en que apoya el actor las anteriores peticiones, los expone en el libelo, así:

"Por medio de la Resolución número 4080 del 28 de agosto de 1972, la Caja Nacional de Previsión reconoció al doctor GUILLER-

MO GONZALEZ CHARRY, una pensión vitalicia de jubilación por un valor de $ 17.301.50 mensuales.

"En escrito del 19 de mayo de 1975 mi poderdante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta que a partir del 20 de julio de 1974 y por disposición de la Ley 18 de 1974 el sueldo de Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, desempeñado por éste es de $ 30.000.00 mensuales, distribuidos entre sueldo y gastos de representación y que además había percibido dentro del último año de servicios la prima correspondiente, sueldo de la Universidad Nacional, prima del mismo establecimiento y asignación docente de la Universidad del Cauca, por los valores señalados en la respectiva reclamación, todo lo cual le daba derecho a percibir una pensión mensual de veintinueve mil ciento un pesos con sesenta y nueve centavos moneda corriente ($ 29.101.69).

"No obstante lo anterior la Caja Nacional de Previsión Social por medio de la Resolución número 1081 de 30 de marzo de 1976 reliquidó la pensión de jubilación a favor de mi poderdante elevándola a la cuantía de veintiséis mil cuatrocientos pesos, moneda corriente ($ 26.400.00) mensuales, cuando acredite su retiro definitivo del servicio oficial, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, que fija para los empleados públicos una pensión mensual máxima equivalente a veintidós veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país.

"Contra la mencionada Resolución se interpuso el recurso de apelación en cuanto por ella se establece un tope pensional que no es procedente en el caso de mi mandante, ya que por tratarse de un funcionario de la Rama Jurisdiccional con más de 10 años de servicios a la misma, no es dable establecer limitación alguna con respecto a la cuantía de su pensión, en razón de lo previsto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 que consagra un estatuto especial, que es el aplicable para esta clase de servidores del Estado.

"Ha transcurrido más de un mes a partir de la fecha en que se interpuso el mencionado recurso y sin embargo la Caja Nacional de Previsión no lo ha resuelto hasta el momento, habiéndose configurado, por consiguiente, el fenómeno jurídico del silencio administrativo previsto en el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, y encontrándose por consiguiente agotada la vía gubernativa, que faculta a mi poderdante para ejercer la acción contenciosa administrativa, de conformidad con la norma señalada".

Como disposiciones infringidas se citan las siguientes:

Artículo 30 de la Constitución Nacional. Ley 6ª de 1945, Decreto 1600 del mismo año, Ley 64 y 65 de 1946, Ley 72 de 1947, 171 de 1961, Decreto 2733 de 1959, Ley 4ª de 1966, 18 de 1974, Decreto 546 de 1971, especialmente en sus artículos 6º, 15 y 32, Decreto 546 de 1973 y 1221 de 1975.

Con respecto al concepto de la violación el apoderado de la parte actora hace un amplio y razonado estudio jurídico para demostrar que las normas señaladas fueron infringidas por parte de la Caja Nacional de Previsión.

Dentro del trámite correspondiente a esta clase de juicios, la Caja Nacional de Previsión se constituyó como parte impugnadora, oponiéndose a la prosperidad de la acción instaurada, en escrito que obra de folios 82 a 85 presentado por su apoderado. Igualmente, se recibió el concepto de la Fiscalía Cuarta de la Corporación, favorable a las peticiones de la demanda.

Surtida la ritualidad correspondiente ha llegado el momento de proferir la sentencia en el presente juicio, a lo cual procede la Sala, previas las siguientes

Consideraciones

De conformidad con el Decreto 546 de 1971, el Gobierno Nacional estableció un régimen de Seguridad y Protección Social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, de tal forma que sus disposiciones son de preferente aplicación sobre cualesquiera otras. De allí que como expresa el apoderado de la parte actora, en los artículos 1º y 32 del estatuto mencionado, se dispuso que los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, tendrán derecho a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que dicho Decreto establece y que serán aplicables a estos funcionarios "EN CUANTO NO SE OPONGAN AL TEXTO Y FINALIDAD DEL PRESENTE DECRETO, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968", que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, (mayúsculas de la Sala).

En esta forma la norma aplicable a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional para los efectos pensionales y demás prerrogativas sociales, es el Decreto 546 de 1971, no pudiendo aplicarse las disposiciones relativas a los empleados públicos, en cuanto se opongan al texto y finalidad del Estatuto en referencia.

Por ello la Sala debe entrar a determinar si al actor le son aplicables los preceptos del aludido Decreto 546 o si debe acudirse, como lo hizo la Caja, a lo previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 435 de 1971, en cuyo artículo 2º se fijó para el sector público "una pensión máxima equivalente a veintidós veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país".

En autos se encuentra demostrado con las Certificaciones expedidas por el Ministerio de Justicia, que obran en el cuaderno de antecedentes administrativos, que el actor ha desempeñado diversos cargos por un tiempo mayor de veinte años, de los cuales más de diez (10) han sido servidos en forma exclusiva, a la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Igualmente, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicios al Estado, la Caja Nacional de Previsión le reconoció una pensión mensual de jubilación vitalicia, por medio de la Resolución número J-3275 del 26 de junio de 1970, la cual le fue reliquidada posteriormente mediante Resolución número J-4080 de agosto 28 de 1972.

Teniendo en cuenta las nuevas asignaciones y tiempo de servicios prestados a la Rama Jurisdiccional, el demandante solicitó en memorial del 15 de mayo de 1975, la reliquidación de su pensión jubilatoria.

Sobre este aspecto el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, que invoca la demanda, establece que los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y al cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho estatuto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria de jubilación vitalicia equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas.

Estos requisitos a que alude la norma fueron cumplidos por el actor como antes se dijo. Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión, en la providencia acusada, pretende dar aplicación no a este precepto, sino a lo establecido en el artículo 32 del mismo Decreto 546 de 1971, según el cual, en cuanto no se opongan al texto y finalidad de dicho Estatuto, serán aplicables a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, las disposiciones del Decreto 3135 de 1963 y el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, que reza lo siguiente:

> "Fíjase para el sector público una pensión mensual máxima equivalente a veintidós (22) veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país, salvo lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Nacional **y en aquellas otras normas legales que fijen regímenes especiales para la materia**". (Subraya la Sala).

En relación con el punto anterior considera la Sala que siendo el Decreto 546 de 1971 el Estatuto Especial de seguridad social y de protección para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional —del Ministerio Público y de sus familiares, es éste el aplicable a esta clase de servidores del Estado, pues con tal fin fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, sin que pueda acudirse al artículo 2º del Decreto 435 de 1971, por cuanto al haber determinado el aludido precepto una limitación a las pensiones de jubilación del sector público, en el sentido de que el máximo de la prestación sería equivalente a vientidós veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país, ello se opone, abiertamente, al texto y finalidad del Decreto 546 de 1971, cuyo artículo 6º, de otra parte, en el caso sometido a estudio, no establece ninguna limitación para los efectos de liquidar las pensiones de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, como acertadamente lo anota el representante del actor. Luego mal puede imponérsele a esta clase de prestaciones, topes pensionales que no están contemplados en dicha norma, sino en el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, el cual, además establece la salvedad de que esta disposición no es aplicable para lo estatuido en el artículo 113 de la Constitución Nacional y en aquellos otros preceptos legales que fijan regímenes sobre la materia. Y como, precisamente, el Decreto 546 de 1971 regula lo relativo al régimen de pensiones para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, es claro que el límite fijado en el artículo 2º del referido Estatuto no debe aplicarse a esta clase de servidores, ni por lo tanto al demandante.

Por consiguiente, la Caja Nacional de Previsión no podía reliquidar la pensión del actor en la suma de Veintiséis Mil Cuatrocientos Pesos ($ 26.400.00) mensuales, aplicando el tope pensional de que trata el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, sino reajustarla, sin limitación alguna, de conformidad con lo prescrito en el artículo 6º del Decreto 546 del mismo año, según el cual la pensión debe reliquidarse con el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios.

Tampoco debió la Caja fundamentar su negativa a reajustar la pensión sin límite de cuantía, en la circunstancia de que el doctor González Charry no reunía los requisitos exigidos por el artículo 8º del Decreto 546 de 1971, pues la solicitud del demandante sobre reliquidación de la pensión que le había sido reconocida, se basó en el artículo 6º del mismo Estatuto y como cumplió las exigencias previstas en aquél, es evidente que le asistía el derecho a que su pensión jubilatoria se le reajustara teniendo en cuenta el porcentaje y el tiempo laborado, de que se habló anteriormente.

Ya la Sala ha tenido oportunidad de definir en negocios similares al **sub lite**, cómo el derecho a la pensión de jubilación puede decretarse aún encontrándose el empleado en el servicio oficial. Sólo que para poder disfrutar de la pensión de jubilación respectiva, este derecho se hace efectivo tan pronto como el funcionario se separe del cargo que está desempeñando. Y que, igualmente, a esa pensión deberá decretársele los reajustes ordenados por la Ley, ya que si así no fuere no podrán hacerse efectivos los aumentos pensionales ordenados en las disposiciones respectivas, en presencia de la limitación del monto de la prestación social reconocida.

En relación con todo lo anteriormente esbozado y como lo hizo la Fiscalía Cuarta del Consejo, la Sala acoge los planteamientos expuestos en la demanda, por encontrarlos razonados y en armonía con la interpretación que debe dársele a las normas invocadas en el libelo.

Dijo el apoderado:

"Ahora bien, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 546 de 1971 los funcionarios y empleados a que se refiere el mismo Decreto tendrán derecho a llegar a los 55 años si son hombres y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de ese Estatuto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación más alta que hubiere devengado en el último año de servicios en las Entidades citadas. Como claramente se establece la norma en mención no fija tope alguno en relación con la pensión de jubilación para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, sino que basta el cumplimiento de los requisitos señalados en el mismo para tener derecho a disfrutar de la pensión ordinaria vitalicia de jubilación, con el 75% de la **asignación más alta** que hubiere devengado en el último año de servicios en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público. Este, precisamente, es el caso de mi poderdante, pues además de cumplir con los requisitos pertinentes para el otorgamiento de su pen-

sión, tiene más de diez años de servicios exclusivamente a la Rama Jurisdiccional, de donde resulta evidente su derecho a que su pensión le sea reliquidada con base en la asignación más alta en el último año de servicio.

"Pretende la Caja en la Resolución acusada dar aplicación al artículo 2º del Decreto 435 de 1971 que fija para empleados públicos una pensión máxima equivalente a 22 veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país. Pero, precisamente, si el artículo 6º del citado Decreto 546 de 1971 no distinguió entre si debía existir limitación alguna en relación con la cuantía de la pensión de mi poderdante, la consecuencia lógica no puede ser estableciendo un tope pensional no señalado en la norma, sino en una disposición diferente.

"Por otra parte, el artículo 2º del mencionado Decreto 435 de 1971, no puede ser aplicable al caso de mi poderdante, pues tratándose de un funcionario de la Rama Jurisdiccional está protegido por las normas especiales que regulan el régimen para esta clase de servidores y siendo opuesto al texto y finalidad del Decreto 546 de 1971, la limitación de la cuantía a que se refiere aquella norma, es claro que no puede tenerse en cuenta para los efectos de la reliquidación de la pensión respectiva.

"Por último, como se le hizo saber a la Caja, es pertinente tener en cuenta que la fijación del tope pensional de que trata el artículo 2º del Decreto 435 de 1971 sólo se aplica a los casos de reconocimientos de pensión de jubilación, pero ello no puede predicarse en relación con los reajustes pensionales, ya que sería absurdo que el Gobierno, de un lado, ordenara dichos reajustes y éstos no pudieran ser efectivos en presencia de la barrera del llamado tope pensional, lo cual, desde luego, haría nugatorio el reajuste ordenado, conculcándose de esta manera las garantías sociales establecidas en las normas mencionadas anteriormente".

Finalmente, debe establecerse el monto del reajuste de la pensión de jubilación a que el demandante tiene derecho por parte de la Caja Nacional de Previsión. De conformidad con las Certificaciones que obran en el informativo, el actor recibió sueldos como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia por un valor de Treinta Mil pesos ($ 30.000.00), mensuales. Prima de Navidad correspondiente al mismo cargo, por la suma de Treinta Mil Pesos ($ 30.000.00). Además, en el último año de servicios recibió sueldos de la Universidad Nacional como Profesor, por valor de $ 1.999.95 mensuales, más una prima de navidad de $ 2.112.00 la cantidad de $ 3.000.00 mensuales de la Universidad del Cauca, por docencia y, finalmente, la suma de Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta y Siete pesos con Doce centavos ($ 2.447.12) de Prima Docente de la Universidad Nacional de Colombia, todo lo cual arroja un total básico de Treinta y Siete Mil Ochocientos Ochenta y Dos Pesos con Treinta y Ocho Centavos ($ 37.882.38), cuyo setenta y cinco por ciento (75%) equivale a la suma de Veintiocho Mil Cuatrocientos Once Pesos con Setenta y Nueve Centavos ($ 28.411.79), mensuales, que corresponde al actor, teniendo en cuenta las bases salariales del último año de servicios, anterior al 14 de mayo de 1975, fecha en que se presentó la reclamación a la Caja Nacional de Previ-

sion sobre la reliquidación de la pensión mensual de jubilación vitalicia.

En relación con los reajustes ordenados por los Decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975, los cuales, de igual modo, solicita el demandante le sean decretados, la Sala pasa a analizar las disposiciones mencionadas para determinar si hay lugar al reconocimiento de los mismos.

El artículo primero del Decreto 446 de 1973, establece que "las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, pertenecientes al sector público, y las sustituciones pensionales del mismo sector, serán reajustadas de oficio y por una sola vez, a partir del primero (1º) de abril de 1973, según las reglas fijadas en el presente Decreto".

Asimismo, el Decreto 1221 de 1975, dispuso en su artículo 1º: "Reajústanse las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, y las sustituciones pensionales del sector público en un treinta y tres por ciento (33%), a partir del 1º de julio de 1975".

En el caso de autos, cuando fueron expedidos los Estatutos invocados, con fechas marzo 23 de 1973 y junio 20 de 1975, respectivamente, ya el demandante se encontraba pensionado por la Caja Nacional de Previsión, por medio de la Resolución número 3075 del 26 de junio de 1970, de acuerdo con la providencia que obra en el expediente, así como también le había sido liquidada por aquella Entidad, la respectiva pensión. Esta la razón para que el actor tenga derecho a los reajustes mencionados, por cuanto están ordenados en las mismas normas antes expresadas, que hacen referencia a aumentos de las pensiones de jubilación.

Debe, entonces, tenerse en cuenta que el reconocimiento de dichas prestaciones se hace de conformidad con la Ley, o sea, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, y en el caso del actor, con base en el 75% del mayor sueldo percibido en el último año, sin perjuicio de los reajustes que se hayan decretado o que se decreten en el futuro, pero, desde luego, solamente se hará efectiva, a partir de la fecha en que el demandante demuestre su retiro del servicio oficial, para poder entrar a disfrutar de la pensión correspondiente.

De otra parte, conviene anotar, que el derecho al reajuste de la pensión jubilatoria, no puede perderse por permanecer el funcionario en el cargo, sino que, como se dijo anteriormente, el aumento entrará a regir cuando se acredite la separación de éste del servicio público.

Con respecto a los reajustes reclamados, la Sala observa que ellos fueron solicitados por el apoderado del actor ante la Caja Nacional de Previsión, como consta en el memorial que obra de folios 28 a 30 del expediente, sin que tal Entidad hubiese resuelto sobre los mismos, configurándose, por tanto, el fenómeno del silencio administrativo.

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 que en el presente juicio se ha operado el fenó-

meno del silencio administrativo en relación con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del doctor GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, contra la Resolución número 1081 del 30 de marzo de 1976, proferida por el director de la Seccional de Cundinamarca de la Caja Nacional de Previsión, para que se le liquidara su pensión de jubilación sin límite de cuantía y se ordenaran los reajustes de que tratan los Decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975.

Segundo. Es nula la Resolución número 1081 del 30 de marzo de 1976, expedida por el director de la Seccional de Cundinamarca de la Caja Nacional de Previsión, por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación reconocida a favor del doctor Guillermo González Charry, en cuanto fija el tope pensional de veintiséis mil cuatrocientos pesos ($ 26.400.00), moneda corriente.

Tercero. En consecuencia, declárase que el doctor Guillermo González Charry, tiene derecho a que su pensión mensual de jubilación vitalicia, le sea reliquidada por la Caja Nacional de Previsión en la suma de Veintiocho Mil Cuatrocientos Once Pesos con Setenta y Nueve Centavos ($ 28.411.79), a partir del dieciséis (16) de mayo de mil novecientos setenta y cinco (1975), la cual se hará efectiva cuando acredite su retiro del servicio oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, esto es, teniendo en cuenta las bases salariales del ultimo año de servicios hasta esa fecha y sin límite de cuantía.

Así mismo, la Entidad obligada reconocerá y liquidará al demandante los reajustes consagrados en los Decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975, sin perjuicio de los que se hayan ordenado mediante disposiciones posteriores.

Cuarto. La Caja Nacional de Previsión dará cumplimiento a lo dispuesto en la presente providencia dentro del término a que se refiere el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

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

Samuel Buitrago Hurtado, Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CESANTIA DE FUNCIONARIOS DEL SERVICIO EXTERIOR. Relación de las normas legales que regulan la jurisdicción y la cesantía del personal que ha servido en el exterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Nemesio Camacho R.**)

Referencia: Radicación Nº 4241. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Córdoba Mariño.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción, y por medio de apoderado el doctor LUIS CORDOBA MARIÑO, solicita del Consejo de Estado se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nula la Resolución Nº J-03459 de agosto 14 de 1968, proferida por la Caja Nacional de Previsión, por no haber liquidado el valor del auxilio de cesantía definitiva que le corresponde al doctor LUIS CORDOBA MARIÑO, por los servicios prestados como funcionario del Servicio Exterior de la República, con base en la suma mensual de $ 10.050.00 que es el sueldo equivalente conforme al Escalafón del Ministerio de Relaciones Exteriores y las disposiciones pertinentes del Decreto Ley 1732 de 1960 en concordancia con el Decreto 2016 de 1968.

"SEGUNDA. Que es igualmente nula la Resolución J-3629 de julio 13 de 1970, proferida por la Seccional Especial de Cundinamarca de la misma Caja Nacional de Previsión, por no haber accedido a la reposición de la providencia puntualizada en la petición anterior con desconocimiento de los objetivos que tuvo en cuenta el legislador para establecer las normas sobre equivalencia de sueldos así como también para dictar todas las leyes que fueran consecuencia de las devaluaciones de nuestra moneda, como la 1ª de 1963, la 171 de 1961, la 4ª de 1966 y el Decreto Ley 2016 de 1968.

"TERCERA. Que es asimismo nula la Resolución Nº J-00120 de diciembre 7 de 1972, emanada de la Dirección General de la citada Caja Nacional de Previsión, por no haber resuelto favorablemente el recurso de apelación interpuesto legal y oportunamente contra las resoluciones indicadas anteriormente.

"CUARTA. Que en consecuencia de los pronunciamientos anteriores y en vía hacia el restablecimiento del derecho violado, la sentencia que desate las peticiones del presente libelo deberá ordenar a la Caja Nacional de Previsión reconocer al doctor LUIS CORDOBA MARIÑO el auxilio de cesantía que le corresponde de acuerdo con los servicios acreditados como Embajador de Colombia en Dinamarca, teniendo en cuenta que el referido cargo tenía en ese momento un sueldo equivalente de $ 6.500.00, gastos de representación de $ 3.550.00 mensuales, y una prima de navidad anual de $ 10.050.00, todo de conformidad con el Escalafón Interno de la Cancillería en acatamiento a los ordenamientos de los Decretos Leyes 1732 de 1960 y 2016 de 1968.

"QUINTA. Que el doctor LUIS CORDOBA MARIÑO es finalmente acreedor al reconocimiento de las demás prerrogativas legales que se deduzcan de los hechos que se acreditan en el presente litigio y a que en la sentencia definitiva se establezcan de conformidad con el artículo 69 de la Ley 167 de 1941 las disposiciones necesarias encaminadas al cabal restablecimiento del derecho violado por las providencias acusadas por medio de esta demanda".

Los hechos en que se funda la acción pueden sintetizarse así:

El actor acreditó ante la Caja Nacional de Previsión haber sido Embajador de Colombia en Dinamarca, con tiempo de 4 años, 10 meses y 29 días de 9 de enero de 1972 a 22 de diciembre de 1976. Como el sueldo asignado a los Embajadores está fijado en dólares americanos, el Gobierno Nacional, mediante los Decretos 1732 de 1960 y 2016 de 1968, estableció una equivalencia de sueldos para los funcionarios del servicio exterior de acuerdo con el Escalafón interno de la Cancillería. En el momento de producirse el retiro del actor, el cargo de Embajador equivalía al de Ministro de Relaciones Exteriores y la remuneración era de $ 6.500.00 pesos como sueldo básico, $ 3.550.00 pesos como gastos de representación y una prima de navidad de $ 10.050.00 pesos. La Caja Nacional de Previsión no reconoció la cesantía del doctor CORDOBA MARIÑO con base en el sueldo equivalente acreditado sino a razón de un peso por cada dólar, aplicando el artículo 1º del Decreto 311 de 1951. El demandante interpuso contra la primera de las Resoluciones de la Caja el Recurso de Reposición, resuelto desfavorablemente y solo accedió a modificar el artículo 2º de la Resolución Nº 3459 de 4 de agosto de 1968, en relación con una deducción ordenada por concepto de cuotas de afiliación. Considera el actor que, habiendo sido dictada la primera de las providencias por la antigua Dirección de la Caja de Previsión Nacional, quien conoció del recurso de Reposición fue la Seccional Especial de Cundinamarca, creada por Decreto 887 de 1969 lo cual, constituye una abierta violación de principios generales del Derecho Administrativo. Concedido el Recurso de Apelación la Dirección General resolvió el Recurso de Apelación, limitándose a confirmar las anteriores providencias.

El señor apoderado al citar las disposiciones violadas dice que su demanda se respalda principalmente en los Decretos Leyes 1732 de 1960 y 2016 de 1968 concordantes con las Leyes 6ª de 1945, 171 de 1961, 1ª de 1963 y 4ª de 1969, y además, en lo dispuesto en los artículos 14 del Código Civil y 4ª del Código de Procedimiento Civil.

La Sala debe observar desde ahora que la explicación del concepto de las normas, tan generalmente expresadas no se mencionan los

artículos correspondientes de una manera discriminada sino ocasionalmente.

Aceptada la demanda por auto de 16 de enero de 1976 se ordenó la notificación personal a la Fiscalía de la Corporación y a la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión, quien constituyó apoderado.

Decretadas las pruebas pedidas tanto por el actor como por la Caja Nacional de Previsión y ordenado el traslado a las partes para que formularan sus alegatos escritos, el 28 de abril de 1976, el apoderado de la Caja solicitó que se rechazaran de plano las peticiones de la demanda.

Es de advertir que el apoderado del actor no alegó de conclusión.

El 16 de mayo de 1976 se dio traslado a la Fiscalía 4ª de la Corporación para que emitiese concepto de fondo, el cual se produjo el 3 de octubre de 1977, en el sentido de que el Consejo no debía acceder a las súplicas de la demanda.

Para decidir se considera

El representante de la Caja Nacional de Previsión formuló la excepción de incompetencia de jurisdicción porque consideró que la cuantía es inferior a $ 50.000.00 pesos sin embargo la Fiscalía hace notar que tal cuantía sobrepasa ampliamente tal suma si se tienen en cuenta el monto del sueldo, de los gastos de representación y de la prima de navidad por lo cual, no debe prosperar la excepción.

El concepto del Ministerio Público es amplio, es concreto y, a juicio de la Sala, es aceptado por lo cual, se acuerda con él y lo transcribe así:

"Sea lo primero observar que para saber cual es la legislación aplicable al caso de autos, es necesario hacer un análisis de las normas expedidas desde el año de 1945, hasta el presente, así: Según el literal A) del artículo 17 de la Ley 6ª de dicho año, la CESANTIA debe pagarse a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios prestados con posterioridad a enero 1º de 1942. Según el artículo 1º del Decreto Nº 2467 de 1946 la cesantía se liquida de conformidad con el último sueldo devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso se liquida por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si éste es menor a los doce meses. De conformidad con la Ley 65 de 1946 LA CESANTIA se reconoce por todo el tiempo trabajado **continua o discontinuamente** a partir de enero 1º de 1942 y en su cómputo debe incluirse no sólo el salario fijo sino lo que se percibe a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. Al tenor del Decreto 1160 de 1947 la CESANTIA se liquida a razón de un mes de sueldo y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa del retiro y por servicios continuos o discontinuos, y a la vez expresa que se entiende por SERVICIOS DISCONTINUOS, para efectos de cesantía, los prestados bajo una misma relación jurí-

dica de trabajo en la cual haya habido suspensiones o interrupciones en el servicio como las provenientes de licencias sin remuneración, vacaciones, licencias por enfermedad o accidente de trabajo sin que la relación se haya roto y por lo tanto, esos servicios discontinuos son acumulables para la Cesantía.

"Y pese a que esta norma inicialmente está prevista para los particulares es aplicable a la relación de trabajo de Derecho Público a virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En consecuencia, para la liquidación de la CESANTIA DEFINITIVA se pueden acumular los tiempos discontinuos en la forma indicada y **los continuos**, o sea, aquéllos en los cuales no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio. Dispone además, la respectiva norma legal que cuando el funcionario recibe no sólo un salario o ingreso fijo sino que también percibe primas o bonificaciones que no tienen el carácter de mensuales se debe dividir por doce (12) el monto de las primas percibidas en el último año de servicio y se suma dicho promedio a la última remuneración fija mensual, e igual tratamiento tiene el valor de las horas suplementarias o extras, pero cuando se trata de viáticos solo se pueden incluir si se perciben por un término no menor de seis (6) meses. Estas disposiciones se aplican al personal de empleados oficiales vinculados a la Administración Nacional y a los funcionarios que laboran con los Departamentos y Municipios, según lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 6/45, aunque para los municipales existe una disposición complementaria. Así las cosas, al Personal del Servicio Diplomático y a quienes laboran en el exterior le son aplicables estas reglas porque hacen parte de los empleados oficiales del Estado, siempre que carezcan de régimen especial al respecto, y con las modificaciones introducidas en el régimen que se relaciona a continuación así:

"A partir de febrero 8 de 1951, fecha en que entró a regir el Decreto Legislativo Nº 311 del citado, año, aclaratorio de las Leyes 6/45 y 65/46, quedó modificado en parte el régimen anterior en virtud de estas nuevas reglas:

"Artículo 1º Las PRESTACIONES SOCIALES de los empleados que hayan servido en el exterior se liquidarán y pagarán en pesos colombianos a razón de un peso por cada dólar recibido".

"Artículo 2º Quedan suspendidas las disposiciones legales contrarias al presente Decreto".

"De esta manera, a partir de la citada fecha las prestaciones del personal que sirve en el Exterior y percibe sus haberes en dólares se liquida a razón de un peso por cada dólar y cabe observar que esta regla no menciona ni permite interpretar que la liquidación se haga según el cambio que tenga el dólar en relación con el peso colombiano, pues su tenor es claro.

"De otra parte, la Ley 141 de diciembre 16 de 1961 adoptó como LEYES todos los decretos legislativos que con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional fueron dictados a partir de noviembre 9 de 1949 hasta julio 20 de 1958, siempre que sus normas no hubieran sido abolidas o modificadas por leyes posterio-

res y por consiguiente, como se cumplieron los presupuestos señalados, el Decreto Legislativo Nº 311 de 1951 se convirtió en Legislación permanente, y esa es la razón por la cual se continuaron aplicando los principios de este último Decreto.

"A partir de noviembre 1º de 1968 según lo dispuesto en el Decreto 2224/68 entró en vigencia el Decreto Nº 2016 de julio 17 del mismo año el cual dispuso que los empleados del servicio exterior tienen derecho al pago de las prestaciones sociales, entre las cuales se encuentran las cesantías, liquidadas con **base en las asignaciones del cargo equivalente** en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores que contempla dicha norma, salvo los previstos en el artículo 66 **ibídem**. La anterior regla fue modificada por el Decreto 1253 de 1975 que rigió desde junio 27/75, el cual ordenó que la liquidación se efectuara tomando como base la moneda en que se perciben las respectivas remuneraciones y la tasa de cambio será la que establezca la Junta Monetaria en diciembre 31 de cada año fiscal. Este régimen, a su vez, fue derogado en diciembre 11 de 1975 por medio de la Ley 41 de ese año, la cual regresó al régimen previsto en el Decreto 2016/68.

"Téngase en cuenta que la anterior evolución legal sobre la cesantía para el personal que presta sus servicios en el exterior no fue modificada en el Decreto Ley Nº 1732 de 1960 —que entró a regir en julio 11/60 y que regló el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular como cuadro especial dentro de la Carrera Administrativa— porque aunque fijó para cada categoría una equivalencia dentro de los cargos internos del Ministerio de Relaciones Exteriores. v.gr. a la categoría de **Embajador** correspondían los cargos de Secretario General, Director del Ministerio, Jefe de Ceremonial Diplomático, Decano del Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, lo hizo con el ánimo de estructurar el Escalafón de dicha Carrera, pero sin remitir su aplicación al régimen prestacional que tiene sus propias reglas. Además, nada influye en la modificación de las interpretaciones anteriores el hecho de que para el **reajuste pensional** que contempló la Ley 171 de 1961 se ordenará que, si el sueldo correspondía a servicios oficiales en el exterior remunerados en dólares se tomaría como base el sueldo que habría devengado el funcionario en un empleo equivalente dentro del país, según el Escalafón oficial, porque la PENSION es una prestación diferente a la CESANTIA y cada una de éstas tiene sus propias reglas las cuales sólo podrían tener operancia ante un vacío legal.

"Tampoco sirve de fundamento lo dispuesto en el artículo 10 Ley 4/66 para modificar los criterios interpretativos anteriores cuando señala la equivalencia de los Embajadores en el Exterior con los Ministros del Despacho porque dicha regla se aplica a la liquidación y pago de las PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ, mientras la cesantía es una prestación diferente.

"Luego de todo lo enunciado se colige que la CESANTIA tiene unas reglas generales básicas contempladas en la legislación inicial que se modificaron solo en ciertos detalles en el régimen posterior o para el personal sometido a legislación especial, pero que para el personal que ha servido en el exterior, y ha percibido remuneración en dólares, tal como los funcionarios diplomáticos y con-

sulares, ha tenido diversos sistemas de liquidación y por consiguiente, cada problema se resuelve según la legislación vigente en su momento.

"En el **sub judice**, como el demandante se desvinculó en diciembre de 1966 cuando regía el régimen que consagró el Decreto 311/51 a virtud de la Ley 141 de 1961, los actos proferidos por la Administración se ajustan a derecho.

"Finalmente, no es aplicable el criterio sostenido por el Consejo de Estado en los fallos de febrero 21 de 1974 (Beneficiarios de Alfonso Quijano Conde y Marta Arango de Hoffman) porque en ellos se dio aplicación al Decreto 2016/68 solo en razón de que la Administración reconoció la prestación cuando ya estaba vigente dicho estatuto (rigió desde noviembre 1/68) situación que no es la **sub judice** porque el reconocimiento de que trata esta controversia se hizo en abril 14/68 cuando aun regía la Ley 141/61 y el Decreto 311/51".

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto de la Fiscalía 4ª de la Corporación,

Falla:

1º No prospera la excepción propuesta por el apoderado de la Caja Nacional de Previsión.

2º Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese. Notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión verificada el día 25 de noviembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado. Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PROTOCOLIZACION DE LA PARTICION. NULIDAD. — De la Circular Nº 064 de octubre 27 de 1976 de la Superintendencia de Notariado y Registro, en la parte que dice que los registradores deben negar el registro de enajenaciones, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización.

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

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

Referencia: Expediente 2608

Agotado el procedimiento sin que exista causal alguna de nulidad, se procede a fallar el presente negocio teniendo en cuenta que el doctor Alberto Arias Gutiérrez, en ejercicio de la acción pública lo inició con fundamento en los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

El señor Superintendente de Notariado y Registro, asumiendo funciones que no le han sido asignadas, por medio de una circular, busca hacer cumplir a los causahabientes de las sucesiones que cumplan con obligaciones tributarias, con lo cual congela el comercio libre de bienes adjudicados dentro de una sucesión, mientras el juicio se protocoliza. Así, dice la demanda, "se coarta, restringe y limita a los ciudadanos el ejercicio del derecho de dominio sobre tales bienes". Esa congelación puede ser muy prolongada en virtud de la lentitud con que se expiden los certificados de paz y salvo, especialmente el "Válido para protocolización". Con la mencionada circular se le resta efectividad a los procesos sucesorales y los adjudicatarios de bienes no pueden hacer transacciones sobre ellos, "porque el señor Superintendente exige una protocolización previa del expediente, sin que las normas legales lo enseñen así", llegando al despropósito de que las adjudicaciones en procesos sucesorales, en materia de bienes raíces, "no alcanzan la plena validez con el registro, sino con la intervención de otros funcionarios, a saber: los que expiden paz y salvos válidos para protocolización y los notarios que protocolizan expedientes. Si la Constitución garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título según su artículo 30, la circular del señor Superintendente, viola la Carta.

Estos hechos sirvieron al doctor Arias Gutiérrez para fundamentar en el artículo 66 del C. C. A., su petición de anular parcialmente la Circular 064 de 27 de octubre de 1976 del señor Superintendente de Notariado y Registro, en su párrafo quinto, donde da órdenes en estos términos:

> "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 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".

Estima el demandante que la mencionada circular viola, además el artículo 30 de la Constitución Nacional, los artículos 673, 1008 y 1394 del Código Civil, en concordancia con el artículo 611 del Código de Procedimiento Civil, por las razones que expone el demandante en su libelo, donde también señala como quebrantados el artículo 17 del Decreto-Ley 2143 de 1974, cuya violación resulta más ostensible si se tiene en cuenta las disposiciones de los artículos 56 y 57 del estatuto notarial contenido en el Decreto 960 de 1970.

De manera expresa y con fundamento en el artículo 94 del C. C. A., el actor solicitó en el mismo libelo de demanda la suspensión provisional del acto que impugna, solicitud que fue despachada favorablemente en providencia de ocho de marzo del año en curso, la cual surtió ejecutoria.

Dentro del juicio se hizo presente el doctor Rodolfo Castilla Escobar, quien extemporáneamente, interpuso recurso de súplica en contra del auto que decretó la suspensión provisional, pero, como ya se dijo, esta medida provisoria quedó en firme, sin que hubieran variado, dentro del recurso del juicio, las sustanciaciones de orden jurídico sobre las cuales ella se fundamentó.

Nadie volvió a ocuparse de este proceso. Solo el sustanciador y el señor Fiscal han actuado. Este en su vista de fondo transcribió apartes del auto de suspensión provisional para concluir diciendo que "no hace falta, para proferir sentencia, buscar respaldo en nuevos argumentos de carácter jurídico, ya que para la medida provisional, se exige, precisamente, que aparezca ostensible la violación de normas superiores". Y por ello, conceptúa que deben despacharse favorablemente al actor, las peticiones formuladas en la demanda.

Comparte la Sala las apreciaciones del señor Agente del Ministerio Público, y con fundamento de la decisión a que se habrá de llegar, encuentra oportunidad repetir lo que se dijo en el auto de suspensión provisional, cuando se afirmó:

"Para la Sala Unitaria aparece, a primera vista, la violación del artículo 17 del Decreto Ley 2134 de 1974, ya que lo que esta norma prohíbe es la protocolización de expedientes sucesorales cuando no estén acompañados del certificado de paz y salvo especial, mas no el registro de enajenaciones, limitaciones o gravámenes que efectúen los herede-

ros, hayan o no cumplido con la protocolización, tal como lo exige la circular acusada.

"Por otra parte, si de conformidad con el artículo 27 del Decreto 960 de 1970 'por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor firmeza de la que originalmente 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".

Lo expuesto 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:

1º ES NULA la Circular Nº 064 de 27 de octubre de 1976, expedida por el señor Superintendente de Notariado y Registro, 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".

2º Comuníquese esta sentencia a la Superintendencia de Notariado y Registro, y ésta a su vez comunicará de inmediato esta determinación a todas las personas y entidades a quienes hubiere hecho conocer la circular que por medio de este fallo se anula.

En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando constancia que esta sentencia se discutió y aprobó en sesión de la Sala del día seis (6) de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, comuníquese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

NOTIFICACIONES. — No son actos administrativos, son simplemente parte de un proceso judicial o administratvo y por eso no son susceptibles de recursos, ni de anulación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá. D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente 2702.

El doctor Angel María Pachón Molina, diciéndose representante legal de "Rápido El Carmen Ltda", en su condición de Gerente de esa sociedad, viene ante el Consejo de Estado a ejercitar una acción que no precisa, pero que parece sea la de plena jurisdicción, para solicitar como punto primordial de sus peticiones, lo que en seguida se transcribe:

"1º) Que se dignen declarar nula la notificación que hizo el Instituto Nacional del Transporte, a Rápido El Carmen Ltda., de la Resolución número 482, de 27 de mayo de 1977, por medio de edicto fijado el siete (7) de julio del presente año, a las 8 A. M.".

Como consecuencia de esta declaración, pide se declare que la Resolución número 482, en cita, "no produce efectos legales", y que por lo mismo se haga un pronunciamiento para "declarar que está en trámite administrativo y debe resolverse el recurso de reposición que se interpuso contra la Resolución número 275, de 12 de abril de 1977, por la cual el INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE canceló un permiso a Rápido El Carmen Ltda., para prestar servicio en la ruta Bogotá - Zipacón - Cachipay, y viceversa".

Después de estas peticiones, transcribe la parte pertinente del Edicto que sirvió de notificación de la Resolución 482, la parte resolutiva de esta resolución y los artículos 1º, 2º y 3º de la Resolución 275, para continuar su libelo con la síntesis de los hechos fundamentales de su acción.

Dice textualmente la demanda así: "En lo tocante con las normas violadas, EXPONGO: La nulidad pedida, **de la notificación que se hizo por Edicto**, resulta de lo prescrito por el artículo 12 del Decreto-Ley Nº 2733 de 1959, "por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos", artículo cuyo te-

nor literal es el siguiente: "Sin el lleno de los anteriores requisitos (alude a lo mandado por los artículos 10 y 11 del estatuto) no se tendrá por hecha la notificación, ni produce efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilicen en tiempo los recursos legales". Los requisitos no llenados —es decir, los que el Instituto de Transporte no cumplió— están señalados por los artículos 10 y 11 del Decreto en cita, pues, como ya se ha dicho, dentro de los siguientes cinco (5) días a aquél en que la Resolución 482 fue expedida, al Gerente de o "Rápido el Carmen Ltda." no se le notificó personalmente la providencia; y, además, como también ya se ha dicho, el EDICTO no fue fijado el sexto día hábil siguiente a la expedición de la resolución, vale decir, el seis (6) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977), sino EL SIETE (7) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE (1977).

Muy claro aparece, pues, que han sido violados los artículos 10, 11 y 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959; y que, al considerar el Instituto Nacional del Transporte que la notificación estaba reglada a la ley, y ordenar, como lo ha hecho, al señor Comandante de la Policía Vial que proceda de conformidad ha incurrido en una arbitrariedad.

La carencia de efectos legales de la Resolución 482 de 27 de mayo de 1977, resulta de lo expresamente dispuesto por el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959, pues, según se ha transcrito y se repite, sin el lleno de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11 del mismo Decreto, la notificación no se tendrá por hecha "ni producirá efectos legales la respectiva providencia".

Y la necesidad de que nuevamente se falle, el recurso de reposición contra la Resolución Nº 275 de 12 de abril de 1977, resulta de la lógica, pues la carencia de efectos legales de la Resolución Nº 482 de 27 de mayo de 1977 EQUIVALE A SU INEXISTENCIA".

Las notificaciones consisten en el medio legal suficiente para hacer conocer a las partes o a los interesados las determinaciones que se tomen en procedimientos administrativos o judiciales. No constituyen actuaciones que pongan fin a un procedimiento, pues, éstos finalizan por actos administrativos o por autos o sentencias en los procedimientos judiciales. Por lo mismo las notificaciones no son actos administrativos que reúnan las exigencias que la doctrina y la jurisprudencia exigen para la estructuración jurídica de éstos. Las notificaciones son simplemente parte de un proceso judicial o administrativo y por eso las propias notificaciones no son susceptibles de recursos, pues éstos recaen o están instituidos en contra de los actos administrativos, autos o de las sentencias. Por esto la pretensión del demandante de buscar mediante un juicio ante esta jurisdicción **la nulidad de una notificación,** va en contra del artículo 82 del C. C. A. que exige como requisito previo para recurrir ante esta jurisdicción que se haya agotado la vía gubernativa, lo cual ocurre cuando los actos o providencias no son susceptibles de los recursos por esta vía, o cuando tales recursos se han decidido.

Sólo los actos administrativos son susceptibles de anulación de conformidad con los artículos 62 y 65 del C. C. A., por lo mismo la notificación cuya nulidad solicita el actor, no es acto capaz de someterse a un proceso dentro de esta jurisdicción en busca de su nulidad.

Por otra parte, no sólo el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 habla de la notificación por conducta concluyente cuando dice que una notificación mal hecha deja sin efectos la providencia que con ella se notifica, "a menos que la parte interesada. dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales", como lo está haciendo el actor; sino también el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil., prevé el caso de que el interesado, aún sin el lleno de exigencias formales, se dé por enterado del contenido de una providencia, como lo hace el actor con la demanda que ahora ha presentado ante esta Corporación, en relación con la Resolución 482 de 1977 dictada por el Intra.

Obsérvese, además, que el mismo doctor Pachón Molina, dice que es preciso "que nuevamente se falle el recurso de reposición contra la Resolución Nº 275 de 12 de abril de 1977", con lo cual está reconociendo que el recurso ya está desatado y que él conoce los resultados del mismo.

Por estas razones no se podrá dar curso a la demanda que formula el doctor Pachón Molina, a quien tampoco se le podrá reconocer como representante legal de "Rápido El Carmen Ltda", porque no hay prueba en los autos de que él sea el representante legal de esa sociedad, a pesar de que según el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, sí hay constancia de que el mismo doctor Pachón fue designado gerente de esa sociedad. Pero se desconocen las atribuciones del Gerente y el radio de acción del mismo en relación con la sociedad de que da cuenta el certificado que obra a folios 9 y 10 del expediente.

Por estas razones, no se admite la demanda que presenta el actor Angel María Pachón Molina, la cual, junto con sus anexos, se ordena archivar, una vez esté en firme esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

IMPUESTOS. — Deducción a la renta bruta por salarios pagados. Noción de Salario Factor para liquidar las contribuciones del SENA. del ICSS y de las Cajas de Compensación. Se declara la nulidad de la frase "prima de navidad en el sector privado" incluido en el parágrafo denominado primas de la Circular Nº 010 de abril 20 de 1976 de la Dirección General del Servicios Nacional de Aprendizaje en cuanto por dicha expresión se entienda prima de servicios de que trata el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

(Proponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación 4169: Nulidad a la circular número 10 de 20 de abril de 1976 como instrucción conjunta de la Dirección General de Impuestos Nacionales y la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje o SENA.

De acuerdo con lo expresado en la demanda la nulidad se pide respecto de la totalidad del acto que se distingue con el número 10 para la Dirección General de Impuestos Nacionales y con el número 12 para el Servicio Nacional de Aprendizaje y cuyo texto es el siguiente:

"Aportes por Subsidio Familiar y al Servicio Nacional de Aprendizaje

"El parágrafo del artículo 55 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 fija, entre otros, como requisito especial para aceptar la deducción a la renta bruta en concepto de salarios pagados, el de acreditar que en el último día del año o período gravable, el patrono se encontraba a paz y salvo con el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) en razón a los pagos por Subsidio Familiar y a los aportes a la entidad mencionada de acuerdo a lo establecido en los artículos 5º y 12 de las Leyes 58 de 1963 y 56 de 1973 respectivamente.

"Con la finalidad de concretar y aclarar conceptos y hechos inherentes a la obligación patronal de que se habla y determinar los efectos fiscales correspondientes, la Dirección General de Impuestos Nacionales y el Servicio Nacional de Aprendizaje entran a puntualizar el alcance y aplicación de las normas pertinentes.

"A) FACTORES DE SALARIO

"A efecto de precisar cuales son los factores que integran la acepción salario, como remuneración fija y ordinaria (sueldos, jornales) y siempre que implique retribución de servicios, cualquiera sea su forma o denominación, debe atenderse a la enunciación ejemplificativa que de tales elementos hace el Estatuto del Trabajo en su artículo 127, a saber: primas, sobresueldos, bonificaciones, horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones, participación de utilidades.

"Concordante con lo anterior la Ley 56 de 1973 en su artículo 12, concreta cuales son los valores que recibidos por un trabajador como remuneración por la ejecución de contratos de trabajo, deben ser incluidos en la base para calcular el 6% (4% subsidio familiar y SENA 2%) del cual aquí se trata y que establece el artículo 5º de la Ley 58 de 1963.

"Persistiendo en el objetivo de esta instrucción, se explican a continuación y en forma discriminada algunos de los factores enunciados en las normas citadas, o que sin haberlo sido, ofrecen dificultad para calificarlos como salario.

"**Primas.** Las primas de rendimiento, de alimentación, de costo de vida, de navidad en el sector privado, de producción, de clima, de navegación, en las empresas marítimas, fluviales, aéreas y otras pactadas convencionalmente o, las voluntarias que por su sistema de pago (diario, mensual, semestral, anual, etc.) adquieren las características de habituales.

"**Bonificaciones.** Las concedidas por mera liberalidad y siempre que se repitan en tal forma que constituyan hábito.

"**Pagos por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea.** Formas de retribución de servicios personales, generadas en contrato de trabajo, muy comunes en las actividades de la construcción, agropecuaria e industrial.

"**Porcentajes sobre ventas, comisiones y participaciones de utilidades.** Siempre que estos pagos se deriven de una relación laboral según los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, auncuando su pago no se efectúe con la periodicidad de un salario ordinario, por ello no pierden su naturaleza, ya que el objetivo es retribuir los servicios personales del trabajador.

"Las comisiones pagadas a representantes, agentes viajeros y agentes vendedores (artículo 98 Código Sustantivo del Trabajo); agentes colocadores de pólizas de seguros, títulos de ahorro y/o cédulas de capitalización (artículos 94, 95, 96 y 97 del Código Sustantivo del Trabajo), que personal y exclusivamente y bajo continuada subordinación se dedican a tales labores en compañías de esta índole, independientemente de la forma y periodicidad de su pago.

"**Auxilio de Transporte.** Según el artículo 12 de la Ley 56 de 1973 este pago se encuentra incorporado a la base sobre la cual se computa el 6%.

"**Viáticos.** Es salario la parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento al trabajador (artículo 130 Código Sustantivo del Trabajo), valor que necesariamente debe especificarse por parte de la empresa al verificar su pago.

"**Salario de los Gerentes, Subgerentes, Asesores, Auditores y demás personal directivo de la empresa.**

"Como con este personal existe generalmente contrato de trabajo, por configurarse los elementos propios de éste (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo), sus sueldos deben tenerse en cuenta para efectuar los aportes al SENA. Si se busca desvirtuar la presunción de la existencia de contrato, (artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo), la sociedad debe demostrarlo.

"Al respecto es importante anotar que según el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro (s), no pierde por ello su naturaleza.

"B) SUJETOS OBLIGADOS

"Los empleados particulares; los establecimientos públicos descentralizados y las empresas industriales y comerciales del Estado cualquiera sea el nivel administrativo a que pertenezcan; las sociedades de economía mixta sin atender a la proporción que en su capital corresponda a entidades estatales. Siempre que se encuentren en una de las dos condiciones que se enuncian a continuación, independiente a la consideración de que tales patronos persigan o no fines de lucro. Tales condiciones son:

"Que su capital sea de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) o superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes no inferior a diez (10), cualquiera sea el monto de su capital.

"1. DETERMINACION DEL CAPITAL

"Para efectos de determinar el capital mínimo fijado por la ley como causal que genera aporte, el Decreto 875 de 1961 establece que se tomarán los activos declarados por el año inmediatamente anterior (31 de diciembre) que se encuentren vinculados directamente a las actividades económicas en cuyo desarrollo se ocupen trabajadores permanentes; de la suma de dichos valores, deben restarse las deudas a cargo (pasivos) que puedan imputarse directamente a tales actividades (en la misma fecha).

"Consecuente con lo anterior el capital del sujeto obligado resultará de tomar su patrimonio bruto en el año gravable inmediatamente anterior, según lo define el artículo 108 del Decreto 2053 de 1974 en lo pertinente, como el total de derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente dentro del país en el último día del año o período gravable; de dicho total deberá restarse el pasivo externo, si lo hubiere.

"Para hacer el cómputo de que se trata se tendrán en cuenta todas las actividades de un mismo sujeto, en las cuales ocupe trabajadores, aunque no sean conexas, similares o complementarias entre sí.

"En los casos en que exista unidad de empresa declarada por el Ministerio del Trabajo, o judicialmente (artículo 15 Decreto 2351 de 1965), se acumulara al patrimonio líquido de la sociedad principal, el valor de los patrimonios líquidos de cada una de sus subordinadas (filiales o subsidiarias) dentro del país.

"Para las empresas dedicadas a la construcción obviamente se aplican las condiciones generales sobre capital vinculado y número de trabajadores a su servicio, como causales generadoras del aporte patronal aquí tratado. No obstante, debido a dificultades que se presentan en dicha industria, para determinar el valor de la mano de obra empleada, debido a la corta duración de las obras y a la subcontratación de personal, el artículo 4º del Decreto Ley 2375 de 1974, sienta la presunción de que el veinticinco por ciento (25%) de las obras constituye salario y en consecuencia tanto las personas jurídicas como las naturales dedicadas a la industria de la construcción deberán pagar en cada año fiscal como aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) el medio por ciento (0.5%) del valor de las obras que ejecuten directamente o a través de subcontrato.

"Según el Decreto Reglamentario 083 de 1976, debe entenderse para estos efectos, como personas dedicadas a la Industria de la Construcción, las que en forma ocasional o permanente, por su cuenta o la de un tercero, erigen o levantan estructuras inmuebles como construcción de casas o edificios, vías de comunicación, eleoductos, gasoductos, canalización, alcantarillado, acueducto, pavimentos, obras de desecación, riego y embalses, instalaciones eléctricas y mecánicas, y demás construcciones civiles no mencionadas y quienes trabajan en el mantenimiento y reparación de dichas obras.

"Cuando ocurriere que el valor de la mano de obra, en las construcciones ejecutadas, tuviere una incidencia inferior, en el costo total, a la que se presume legalmente, el interesado podrá demostrar tal circunstancia ante el establecimiento público (SENA) encargado de cumplir la política social del Gobierno en el ámbito de la promoción y de la formación profesional de los recursos humanos del país.

"2. NUMERO DE TRABAJADORES

"Igualmente se encuentran obligados a efectuar el aporte del seis por ciento (6%), todos los patronos que ocupen un mínimo de trabajadores permanentes no inferior a diez (10) cualquiera que sea el monto de capital vinculado a la actividad(es) en la(s) que se emplee(n) trabajadores.

"Se hace conveniente establecer, siguiendo el tenor de las normas laborales, la permanencia u ocasionalidad del trabajador en la prestación de servicios. Trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración, y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono (artículo 6º Código Sustantivo del Trabajo).

"En contraposición, si en una relación laboral no se encuentran los elementos que caracterizan el trabajo ocasional, se estará en presencia de un contrato laboral permanente, que definirá para el empleador su causal de obligación una vez alcance el número mínimo de trabajadores, de acuerdo a la Ley.

"C) BASE DE LIQUIDACION Y PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO DE APORTES

"El aporte para el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) es del seis por ciento (6%), el cual se determina sobre la nómina mensual de salarios del empleador, esto es, sobre lo pagado por concepto de salarios en el respectivo mes a todos los trabajadores, tanto permanentes como transitorios.

"Los patronos deberán pagar los aportes al SENA y al Subsidio Familiar por intermedio de una Caja de Compensación Familiar que opere en el Departamento, Intendencia, Comisaría, Distrito Especial de Bogotá o Municipio en donde se causen los salarios de sus trabajadores.

"Para los empleadores cuyas actividades económicas sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la avicultura o la apicultura, pagarán el Subsidio Familiar, cuatro por ciento (4%) de la nómina mensual de salarios, por intermedio de la oficina de la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio de los trabajadores y por el mismo conducto el aporte al SENA, dos por ciento (2%) de la misma base anterior.

"D) CERTIFICADO DE PAZ Y SALVO

"Para aceptar la deducción por salario como queda visto, es necesario que el contribuyente demuestre que en el último día del año o período gravable se encontraba a paz y salvo por los aportes correspondientes al Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), si estaba obligado, y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S.) y además, acompañar a la declaración de renta y patrimonio relación discriminada de los salarios denunciados al hacer dichos pagos.

"De lo anterior se colige que previo el cumplimiento de los requisitos señalados, se aceptará la mencionada deducción hasta el valor de salarios sobre el cual se efectuaron los mencionados pagos o aportes.

"Por tanto, las Oficinas de Auditoría de las Administraciones de Impuestos Nacionales podrán requerir al contribuyente a efecto de que demuestre el cumplimiento total o parcial de estas obligaciones, cuando no se acredite su cumplimiento en el denuncio fiscal o cuando los referidos aportes se hayan realizado sobre un monto inferior al que se solicita como deducible. Copia del citado oficio deberá enviarse a la respectiva regional del SENA, en razón a un armónico desarrollo de objetivos de las entidades administradoras.

"A los empleadores cuyas actividades económicas sean de las enunciadas en el artículo 1º del Decreto Ley 2373 de 1974, se les exige además del certificado de paz y salvo con el SENA, la presentación del recibo de consignación en la Caja Agraria, de los aportes aquí tratados, para la deducibilidad de los pagos efectuados en concepto de salarios. subsidio familiar. aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), calzado y overoles.

"El artículo 13 de la Ley 56 de 1973, al fijar la oportunidad para el pago de las cuotas, señala que el mismo se debe efectuar a más

tardar el día diez (10) del mes siguiente a aquél por el cual se paga. La sanción laboral para los empleadores que no den cumplimiento a esta disposición, será la aplicación de multas sucesivas de quinientos pesos ($ 500.00) hasta un mil pesos ($ 1.000.00) diarios, por parte del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, a solicitud de la Caja, de los trabajadores, del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), o aún de oficio.

"De otra parte, el artículo 62 del Decreto 187 de 1975 determina que para efectos fiscales se consideran válidos los pagos realizados a las respectivas entidades dentro del plazo que el contribuyente tiene para presentar la declaración de renta y patrimonio.

"Para concluir, según el artículo 61 del Decreto 187 de 1975 los pagos efectuados por los patronos en el año fiscal, por subsidio familiar, cuotas o aportes hechos al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I. C. S. S.) y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), son deducibles de su renta bruta de acuerdo a la suma que aparezca en los correspondientes certificados.

Hay un sello que dice: Ministerio de Hacienda y Crédito Público Impuestos Nacionales Director General. "(Fdo.) IVAN OBREGON SANIN. Director General de Impuestos Nacionales.

"Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' (Fdo.) Eduardo Gaitán Durán. Director General. Servicio Nacional de Aprendizaje".

El señor agente del Ministerio Público comenta así el acto:

"—I—

"A. Según lo expuesto en la demanda presentada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el acto acusado, que se produjo con la finalidad de aclarar y concretar conceptos y hechos inherentes a la obligación patronal impuesta por el parágrafo del artículo 55 del Decreto Legislativo 2053 de 1974, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5º y 12 de las Leyes 58 de 1963 y 56 de 1976, es violatorio de estas normas, y además, del artículo 27 del Decreto 1521 de 1957, del parágrafo del artículo 2º de la Ley 15 de 1959, del artículo 7º de la Ley 1ª de 1963 y de los artículos 127, 128, 130, 306, 307 y 308 del Código Sustantivo del Trabajo.

"B. Como principal fundamento jurídico de la acusación, el autor de la demanda expresa que de las normas legales vigentes 'se tienen dos clases de patronos para la liquidación y pago del subsidio familiar y del aporte al Sena: a) la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las intendencias y comisarías, que deben hacerlo con base en factores de salario que no forman parte de la nómina mensual de salarios, según lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 56 de 1973 en concordancia con el artículo 2º de la Ley 58 de 1963; b) los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados, que deben tener en cuenta solamente la nómina mensual de salarios, según lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 58 de 1963', en tanto que la Circular demandada 'establece que la liquidación y pago referidos deben hacerse, en igual forma, por

las dos clases de patronos mencionados, esto es, sobre los factores que integran la noción salario (factores de salario) aunque no formen parte de la nómina mensual de salarios, según la enunciación que, por vía de ejemplo y en concordancia con el artículo 12 de la Ley 56 de 1973, hace el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendimiento, contra toda evidencia, que el artículo 12 de la Ley 56 de 1973 se refirió también al artículo 5º de la Ley 58 de 1963', y 'se extienden de este modo, los efectos del artículo 12 de la Ley 56 de 1973 no sólo a los patronos a los cuales se refiere expresa y exclusivamente dicha norma, como son la nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las intendencias y comisarías, sino también a otros patronos, expresamente excluidos, tales como los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados' ".

"C. Sobre esas bases, y previa una profusa explicación, el actor considera que la Circular acusada viola las siguientes disposiciones:

" 'Primera: el artículo 5º de la Ley 58 de 1963. El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma establece que los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados destinarán solamente una suma equivalente al 6% de su nómina mensual de salarios para el subsidio familiar y el Sena, la circular acusada ordena a estos patronos y establecimientos públicos destinar una suma equivalente al 6% no sólo sobre su nómina mensual de salarios, sino también sobre factores de salario y prestaciones que no forman parte de dicha nómina, tales como el auxilio de transporte, la prima de navidad en el sector privado, las primas pactadas convencionalmente y las primas voluntarias que por su sistema de pago (diario, mensual, semestral, anual, etc.) adquieren las características de habituales.

" 'Segunda: el artículo 12 de la Ley 56 de 1973. El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma, en concordancia con los artículos 1º y 2º de la Ley 58 de 1963 a los cuales remite, ordena que sólo la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las intendencias y comisarías están obligados a tener en cuenta el auxilio patronal de transporte al liquidar y pagar el subsidio familiar y el aporte al Sena, la circular acusada ordena que también los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados tienen dicha obligación.

" 'Tercera: el artículo 27 del Decreto 1521 de 1957. El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma sólo incluye, al lado de la remuneración ordinaria mensual, las primas de rendimiento, las de costo de vida, los pagos por unidad de tarea o a destajo o las sobre-remuneraciones por trabajo suplementario o nocturno y en días domingos o de fiesta como elementos de la nómina mensual de salarios, la circular acusada incluye, además, el auxilio patronal de transporte, la prima de navidad en el sector privado, las primas pactadas convencionalmente y las primas voluntarias que por su sistema de pago (diario, mensual, semestral, anual, etc.) adquieren las características de habituales, cuando estos elementos, bien por no ser salario o por ser su período de pago mayor a un mes, no forman parte de la nómina mensual de salarios.

" 'Cuarta: el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación

ló hago consistir en que mientras estas normas establecen que 'constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades', la circular acusada establece que, para efectos de liquidar y pagar el subsidio familiar y el aporte al Sena, constituyen salario algunas sumas que recibe el trabajador del patrono para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los medios de transporte (auxilio patronal de transporte) y algunas prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del mismo Código, tales como la prima de navidad en el sector privado, las primas pactadas convencionalmente y las primas voluntarias que por su sistema de pago (diario, mensual, semestral, anual, etc.) adquieren las características de habituales, en cuanto se pacten como prestaciones y no como salario las dos últimas, no mencionadas ninguna de ellas por el artículo 127 citado y expresamente excluidas como salario por el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

" 'Quinta: el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma establece que 'no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, **medios de transporte**, elementos de trabajo u otros semejantes ni tampoco las **prestaciones sociales** de que tratan los títulos VIII y IX (el subrayado es mío), la circular acusada establece que constituyen salario de auxilio patronal de transporte, la prima de navidad en el sector privado (que es prestación social por estar incluida en el título IX), las primas pactadas convencionalmente y las primas voluntarias que por su sistema de pago (diario, mensual, semestral, anual, etc.) adquieren las características de habituales, en cuanto se pacten, estas dos últimas, como prestaciones y no como salario.

" 'Sexta: el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo (Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma dispone que los viáticos no constituyen salario en la parte que tengan por finalidad proporcionar medios de transporte al trabajador, la circular acusada establece que el auxilio patronal de transporte constituye salario, bien que para los efectos de liquidar y pagar el subsidio familiar y el aporte al Sena.

" 'Séptima: el parágrafo del artículo 2º de la Ley 15 de 1959. El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma dispone que 'el valor que se paga por auxilio de transporte no se computará como factor de salario', la circular acusada establece que el auxilio de transporte sí se computará como factor de salario para los efectos de liquidar y pagar el subsidio familiar y el aporte al Sena.

" 'Octava: el artículo 7º de la Ley 1ª de 1963. El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma considera incorporado al salario, únicamente para los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte, la circular acusada lo considera incorporado no sólo para dichos efectos, sino para todos los efectos incluidos los de la liquidación y pago del subsidio familiar y el aporte al Sena.

" 'Novena: el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 128 del mismo Código (Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación lo hago consistir en que la prima de servicios, establecida por el artículo 306 citado, es una prestación social, incluida en el título IX, que no es salario, conforme a lo dispuesto por el artículo 128 citado y, sinembargo, la circular acusada la considera como salario o factor de salario, bajo el nombre equívoco de 'prima de navidad en el sector privado'.

"Décima: el artículo 308 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 128 del mismo Código (Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación lo hago consistir en que la prima anual o prima de navidad, establecida por el artículo 308 citado como prima convencional y reglamentaria, imputable a la prima de servicios, es una prestación social, incluida en el título IX, que no es salario, conforme a lo dispuesto por el artículo 128 citado, la circular acusada la considera como salario o factor de salario, bajo el nombre equívoco de 'prima de navidad en el sector privado'.

"Décima primera: el artículo 307 del Código Sustantivo del Trabajo (Decretos Legislativos 2663 y 3743 de 1950). El concepto de la violación lo hago consistir en que mientras esta norma establece que la prima anual o prima de navidad no es salario ni se computará como factor de salario en ningún caso, la circular acusada la considera como salario y la computa como factor de salario en el caso de la liquidación y pago del subsidio familiar y del aporte al Sena'.

"— II —

"Las normas a que se refiere la Circular atacada por el doctor Jiménez son éstas:

"**Decreto Legislativo 2053** (de 1974)

"**Artículo 55**...

" '**Parágrafo:** Para aceptar la deducción por salarios, los patronos obligados a pagar subsidio familiar y a hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), deben acreditar que estaban a paz y salvo por tales conceptos, el último día del año o período gravable y acompañar a la declaración de renta y patrimonio relación discriminada de los salarios denunciados al hacer los pagos y aportes'.

"**Ley 58 de 1963**

" 'Artículo 5º Todos los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados con capital de cincuenta mil pesos ($ 50.000) o superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes no

inferior a diez (10), cualquiera que sea el monto de su capital, el cual se calculará de acuerdo con lo fijado por los artículos 2º y 3º del Decreto 875 de 1961, destinarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) de su nómina mensual de salarios para el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje, distribuido así: un cuatro por ciento (4%) para el subsidio familiar, y un dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. En esta forma quedan modificados en su parte pertinente los artículos 7º y 9º del Decreto 0118 de 1957'.

"Ley 56 de 1973.

" '**Artículo 12.** El 6% de que trata el artículo 2º de la Ley 58 de 1963, se cancelará sobre lo pagado por concepto de salario a todos los trabajadores del empleador en el respectivo mes, bien sea que el pago se efectúe en dinero o en especie. Por consiguiente, se incluirá todo lo que constituye remuneración, por la ejecución de contratos de trabajo, salarios, jornales, primas de rendimiento, primas de costo de vida, auxilio de transporte, pagos por unidades de tarea o destajo, comisiones, sobre-remuneraciones por trabajo suplementario, porcentajes sobre ventas, valor de lo pagado por domingos y festivos, etc. Los salarios pagados a extranjeros que trabajen en Colombia también deberán incluirse aunque los pagos se efectúen en moneda extranjera. Toda remuneración que se pague en moneda extranjera, para nacionales o extranjeros, deberá liquidarse, para efectos de la base del aporte, al tipo oficial de cambio imperante el día último del mes al cual corresponda el pago".

"También se consideran en la Circular las disposiciones contenidas en los artículos 23, 24, 25, 94, 95, 96, 97, 98, 127 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, al estudiar, bajo el título 'factores de salario', los elementos para calcular el 6% establecido por la ley para cubrir el Subsidio Familiar y los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje.

"— III —

"La Fiscalía opina:

"A. No aparece claramente definida por el legislador la distinción que el acusador encuentra entre patronos que deben pagar el subsidio familiar y hacer aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje con base en **factores de salario**, que según él no forman parte de la nómina mensual, y patronos que solamente deben tener en cuenta la **nómina mensual de salarios** con ese mismo fin.

"El subsidio familiar, cuyo objetivo básico es la defensa integral de la familia como estructura y núcleo social, fue establecido mediante el Decreto 118 de 1957, el cual creó también el Servicio Nacional de Aprendizaje para la preparación técnica del trabajador y la formación de ciudadanos socialmente útiles y responsables, a cargo de los patronos y establecimientos públicos descentralizados con capital de cien mil pesos o superior o que ocupen un número de trabajadores permanente no inferior a veinte.

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º de ese Decreto, los patronos debían destinar un 5% de su **nómina mensual de salarios**

para el subsidio familiar (4%) y el Servicio Nacional de Aprendizaje (1%).

"Para efectos de lo dispuesto en la anterior norma, el Decreto 1521 de 1957 expresó, en el artículo 27, que se entendía por **nómina mensual de salarios** 'la totalidad de lo recibido por los trabajadores como remuneración de sus servicios, incluyendo las primas de rendimiento, las de costo de vida, los pagos por unidades de tarea o destajo o los sobrerremunerados por trabajo suplementario o nocturno y en días domingos o de fiesta' (D. O. 29478).

"En materia tributaria, la Ley 81 de 1960 dispuso en su artículo 43 que para aceptar la deducción por salarios pagados es necesario presentar un certificado expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena en que conste que el contribuyente obligado a hacer aportes se encuentra a paz y salvo con esta entidad y la cantidad pagada en el año o período gravable, y el Decreto 437 de 1961 reglamentó esa disposición en el artículo 97 (D.O. 30412 y 30457).

"La Ley 58 de 1963 hizo extensivo el derecho de subsidio familiar, a partir del 1º de enero de 1965, a los empleados civiles y a los simples trabajadores oficiales, dependientes de la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las Intendencias y Comisarías y dispuso, en consecuencia, que cada una de las entidades obligadas debía destinar una suma equivalente al 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales, y de preferencia la entregaría mensualmente a una Caja de Compensación Familiar, la cual aplicaría un cuatro por ciento (4%) al subsidio familiar y giraría un uno por ciento (1%) a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos Nacionales, Departamentales y Municipales, medio por ciento (0.5%) a la Escuela Superior de Administración Pública y medio por ciento (0.5%) al Servicio Nacional de Aprendizaje. En el artículo 5º, transcrito anteriormente (II), se refirió a todos los patronos particulares y a los establecimientos públicos descentralizados para extender la obligación de pagar el subsidio familiar y cotizar para el Servicio Nacional de Aprendizaje a aquéllos con capital de $ 50.000.00 o superior y para fijar la cotización hasta el 6% de la nómina mensual de salarios. En el artículo 7º determinó las bases para tener derecho al subsidio y en el 8º ordenó que se pagaría a través de las Cajas de Compensación Familiar, excepto las entidades de derecho público y los patronos de empresas agrícolas, ganaderas y mineras y los que pagaban directamente en virtud de autorización. (D.O. 31233).

"Posteriormente, el Decreto 2978 de 1963, considerando, en general, que el sistema de aportes para el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje se determina por las nóminas mensuales de salarios y que las distintas leyes y decretos que los reglamentan 'hablan siempre de aportes mensuales', dispuso que los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados obligados a cotizar, según el artículo 5º de la Ley 58 de 1963, deberían destinar el seis por ciento (6%) de su nómina mensual de salarios para tales efectos a partir del día 1º de diciembre del citado año (D.O. 31275).

"La Ley 56 de 1973 reiteró en el artículo 3º que los pagos efectuados por concepto de subsidio familiar y de aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje son deducibles para los efectos de im-

puesto sobre la renta y complementarios y repitió la obligación a cargo de los respectivos contribuyentes de presentar los certificados de paz y salvo con el Sena y la Caja de Subsidio Familiar para la aceptación de los pagos como deducción. Para referirse a los obligados a hacer los aportes correspondientes utilizó el legislador la expresión **empleadores** con el fin de comprender en la reglamentación a los oficiales y particulares como puede apreciarse en los artículos 4º, 5º, 7º, 12, 13 y 15. Y en el artículo 12 ordenó que el seis por ciento (6%) establecido en el artículo 2º de la Ley 58 de 1963, 'se calculará sobre lo pagado por concepto de salarios a todos los trabajadores del empleador en el respectivo mes, bien sea que el pago se efectúe en dinero o en especie' y que 'por consiguiente, se incluirá todo lo que constituye remuneración, por la ejecución de contratos de trabajo, salarios, jornales, primas de rendimiento, primas de costo de vida, auxilio de transporte, pagos por unidades de tarea o destajo, comisiones sobre remuneraciones por trabajo suplementario, porcentajes sobre ventas, valor de lo pagado por domingos y festivos, etc.'. (D.O. 34052).

"De lo dispuesto por el legislador no se desprende, como lo cree el demandante, que hubiera querido establecer un tratamiento para la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las Intendencias y Comisarías y otro distinto para los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados. El hecho de que en el artículo 12 de la Ley 56 de 1973 se hiciera referencia al 2º de la Ley 58 de 1963 y no al 5º de la misma carece de la importancia que el doctor Jiménez le atribuye para deducir dos clases de patronos con obligaciones diferentes en cuanto a las bases de liquidación y pago del subsidio familiar y del aporte al Servicio Nacional de Aprendizaje.

"B. Considera el demandante que el auxilio patronal de transporte no puede ser incluido como factor para liquidar el subsidio familiar y el aporte al Sena por parte de los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados.

"Este Despacho se aparta de esa apreciación por las siguientes razones:

"Según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo no constituye salario lo que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los medios de transporte.

"Pero la Ley 1ª de 1963 en su artículo 1º dispuso: 'Considérase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y Decretos Reglamentarios' (D.O. 31033). Y por eso la Ley 56 de 1973 ordenó que la totalidad de lo recibido por los trabajadores como remuneración de sus servicios se debe incluir en el concepto de salario y mencionó, expresamente, el auxilio de transporte. Y el Ministerio del Trabajo, en concepto Nº 15235 de 15 de diciembre de 1969, expresó lo siguiente: 'Al determinarse en el artículo 7º de la Ley 1ª de 1963, que el auxilio de transporte se considera incorporado al salario para todos los efectos de la liquidación de prestaciones, siendo el subsidio familiar una prestación social, considera este Des-

pacho que debe incluirse para liquidar el 6% de los aportes patronales a las Cajas de Compensación Familiar y al Sena' (Régimen Laboral Colombiano — Legislación Económica Ltda. - Bogotá. Nº 0152-6, pág. 57).

"C. Dice el actor que las primas, entre ellas la que la Circular llama de navidad en el sector privado, tampoco se deben tener en cuenta por los patronos particulares y los establecimientos públicos descentralizados al hacer la liquidación de lo que les corresponde pagar por subsidio familiar y por aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje.

"Es indudable que la denominada 'prima de navidad' a que tienen derecho, por regla general, los servidores del Estado, es una prestación social y que el Código Sustantivo del Trabajo, respecto del sector privado, la regula como 'prima de servicios' en los artículos 306 a 308.

"El Decreto 3148 de 1960 dispuso que el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 quedaría así: 'Prima de Navidad. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima equivalente a un mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena de diciembre... Parágrafo 2º Quedan excluidos del derecho a la Prima de Navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación'.

"Esa prestación especial para los trabajadores particulares se llama 'prima de servicios', y, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Sustantiva Laboral, no es salario, ni se debe computar como factor del salario en ningún caso (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 307).

"A ese respecto tiene razón el demandante y, en consecuencia, la Circular incurre en error al incluir, entre las primas que integran la acepción salario, la de navidad en el sector privado.

"En cuanto a las otras 'primas', carecen de fundamento las censuras del demandante porque de acuerdo con la Ley sí se deben incluir las de rendimiento, costo de vida, transporte, etc., y que constituyen remuneración por la ejecución de contratos de trabajo". (Jorge Dangond Flórez).

A las anteriores consideraciones del señor Fiscal, que el Consejo comparte conviene agregar que en el párrafo relativo a primas se lee "de navidad en el sector privado" frase equívoca que alude sin duda a la llamada prima de servicios de que trata el Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos: "Carácter jurídico: artículo 307. La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso". El artículo 306 de la misma obra describe en qué consiste y cómo se liquida la prima de servicios.

El artículo 128 del mismo Código reza: "No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el traba-

jador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones **ocasionales** y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, **sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos 8º y 9º"**. Los medios de transporte a que alude este precepto no son la prima de transporte sino los gastos que tenga que hacer el empleado para el desempeño de su función cuando ésta reclame transportarse, como en el caso de los mensajeros o el de los distribuidores o entregadores de la mercancía. En estos casos lo que se gasta en transporte bien sea el costo de la bicicleta, o la gasolina o el precio del vehículo que suministre la empresa, no se computa como salario y por tanto no se incluye entre los factores que sirven para liquidar las contribuciones del Sena y del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y las Cajas de Compensación.

Las nociones sobre salario que se han acogido en este fallo están confirmadas por la jurisprudencia laboral en sentencias del 28 de julio de 1967, del 13 de diciembre de 1968 y del 21 de agosto de 1969 según transcripciones de páginas 237 del Código de Trabajo de Ortega Torres:

"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando determina dos circunstancias para decidir qué sumas provenientes de uno de esos conceptos no constituyen salario, es a saber: **que sean ocasionales o por mera liberalidad.** (Subrayas de la sentencia del Consejo).

"Desde que el pago de una de esas prestaciones **se haga regularmente o en forma habitual**, ya constituye retribución del servicio, siendo por tanto factor del salario...". "El artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que no constituyen salarios las sumas que **ocasionalmente** y por mera liberalidad reciba el trabajador del patrono de donde se deduce a contrario **sensu**, que las recibidas a título distinto, que tengan naturaleza de **obligatorias y habituales**, por haberse reconocido como tales en contratos individuales, reglamentos de trabajo o convenciones colectivas, sí hacen parte del salario y deben considerarse como parte del mismo para todos los efectos legales consiguientes, puesto que en esencia no nacen de la gratuidad patronal sino que son, en el fondo, una remuneración adicional y complementaria de servicios efectivamente prestados por el trabajador". Doctrina confirmada en sentencia de casación de 3 de junio de 1970 en donde la Corte dijo: "Las comisiones constituyen salario, pues a través de ellas se remuneran los servicios prestados por los trabajadores, **siempre que enriquezcan su patrimonio**, y con ellas no se cubran expensas necesarias para desempeñar a cabalidad las funciones a cuyo desempeño se obliguen contractualmente". Estas expensas a que se refiere la Corte son las del transporte de los mensajeros y similares cuando ejercen su tarea laboral pactada.

De lo expuesto se concluye que no puede ponerse excesivo acento en la expresión "nómina mensual de salarios", sino en el concepto jurídico de salario que lo es la totalidad de lo que reciba el trabajador

como remuneración o retribución por la tarea que se obligó a cumplir, con la sola excepción de la prima anual de servicios, porque hay disposición especial en contrario aunque dicha prima sí deba computarse para la liquidación de las prestaciones sociales como cesantía, pensión de jubilación etc. (Decreto 2351 de 1965, artículo 17).

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 Es nula la frase "primas de navidad en el sector privado" incluido en el párrafo denominado **primas** de la circular número 010 de veinte (20) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976) de la Dirección General de Impuestos Nacionales y la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje en cuanto por dicha expresión se entienda prima de servicios de que trata el artículo trescientos siete (307) del Código Sustantivo del Trabajo;

2º Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INCORA. — Régimen jurídico de los trabajadores del Instituto. Vinculación de carácter contractual. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es competente para dirimir las acciones en las cuales se controviertan actos que provengan directa o indirectamente de contratos de trabajo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre treinta y uno (31) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**)

Referencia: Juicio Nº 1614. Demandante: Gilberto Díaz Vega. Autoridades Nacionales.

El abogado GILBERTO DIAZ VEGA, actuando en su propio nombre, instauró demanda, en acción de plena jurisdicción, ante esta Entidad, con el fin de que en sentencia definitiva, hiciese las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora, ejecutó y omitió ejecutar actos y operaciones administrativas que violaron los derechos que me asisten en mi condición de funcionario inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa.

"SEGUNDA. Que tengo derecho a ser reintegrado al cargo de Jefe del Grupo de Contratos o a otro de equivalente o superior categoría, teniendo en cuenta que concurran condiciones de equivalencia tanto en las funciones del empleo como en las calidades exigidas para su desempeño.

"TERCERA. Que para efectos legales de prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad durante el tiempo en que he estado suspendido del servicio por el efecto de las operaciones ejecutadas ilegalmente por el Incora.

"CUARTA. Que para restablecerme en mis derechos se disponga que tengo derecho a que por el Incora se me paguen los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones legales y extralegales que dejé de percibir desde el día en que fui suspendido ilegalmente en el servicio, hasta que sea reintegrado en forma legal, de

una parte, y de otra, que tengo derecho a que el Incora me pague el valor total de la beca conferida por el Comité Nacional de Becas del Icetex que el mismo Incora me impidió utilizar: y además que tengo derecho a que el Incora me pague los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones legales y extralegales que dejé de percibir por habérseme negado injustificadamente la pertinente Comisión de Estudios, requisitos **sine qua non** podía utilizar la mencionada beca.

"QUINTA. Que a las anteriores declaraciones se les dé cumplimiento por parte del Incora dentro del término prevenido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como fundamento de las anteriores peticiones, el demandante presenta una extensa relación de H E C H O S que sintetiza en su alegato de conclusión, así:

"A) Destitución originada en los efectos indirectos de otros actos administrativos.

"Mediante Resolución número 05515 de fecha 28 de octubre de 1971, emanada de la Gerencia General del Incora, fui ascendido al cargo de Asesor de Administración, como Jefe de Grupo de Contratos en la División de Suministros. (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 3º).

"La Resolusión número 06611 de fecha 6 de diciembre de 1972, emanada de la Gerencia General del Incora, cambió la denominación del Grupo de Contratos por la de 'Unidad de Contratos', según se dispuso en su artículo único: 'Artículo Unico. A partir del 1º de diciembre del presente año, el Grupo de Contratos de la División de suministros, dependerá en forma directa de la subgerencia Administrativa y tendrá categoría de Unidad Administrativa' (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 6º).

"Sin cambios en las funciones ni en el grado y nivel de remuneración, a partir del 1º, de enero de 1973, fui trasladado a la nueva unidad de contratos. (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 7º).

"A partir del 1º de febrero de 1973, según Resolución número 202 del mismo año, emanada de la Gerencia General del Incora, fue nombrada para el cargo de Jefe de la Unidad de Contratos, una persona diferente del querellante (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 8º).

"El 26 de julio de 1973, con fundamento en el artículo 48 de los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, oportunamente, dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de nombramiento del nuevo Jefe de la Unidad de Contratos, sometí al Consejo Superior del Servicio Civil, decidir si el Incora al asignarme de hecho funciones de Abogado Auxiliar de la Unidad de Contratos, había respetado mi derecho preferencial a ser nombrado en puesto equivalente al de Jefe de Grupo de Contratos, en la nueva Planta de Personal de la Unidad de Contratos o en los existentes dentro del mismo Incora, teniendo en cuenta que debían concurrir condiciones de equiva-

lencia tanto en las funciones del empleo como en las calidades exigidas para su desempeño. (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 12).

"El 18 de septiembre de 1973, el Consejo Superior del Servicio Civil, se pronunció sobre la petición a que he hecho referencia en el hecho anterior, con ponencia del doctor Rodolfo Afanador Tobar, resolvió el Consejo Superior del Servicio Civil, abstenerse de decidir sobre el diferendo planteado, argumentando que el Incora tenía la facultad de resolver cuál era el cargo equivalente al que yo desempeñaba como Jefe del Grupo de Contratos. (Hechos de la demanda: Literal A), numeral 13).

"B) Destitución formal.

"Mediante Resolución número 07345 de fecha 11 de diciembre de 1973, emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la cual se destituye a un funcionario, el Incora resolvió destituirme del cargo de Asesor de Jurídica 14-A - Abogado III del Proyecto Nariño y Putumayo, a partir del 9 de agosto de 1973. (Hechos en la corrección de la demanda: II, Literal A), numeral 15).

"C) Derecho a recibir capacitación.

"El 19 de enero de 1973, el Subdirector Académico de la Escuela Superior de Administración Pública, me comunicó que el Comité Nacional de Becas Icetex, en desarrollo del convenio de cooperación técnica Colombo-Francés me había otorgado una beca para realizar estudios postgrado en Administración Pública, en el Instituto Internacional de Administración Pública de París, por el término de 17 meses y con dotación de 750 francos franceses mensuales, exigiéndome al propio tiempo y como requisito sin el cual no podía hacer uso de la mencionada beca, aportar carta suscrita por el representante legal del Incora, en la cual se manifestara el otorgamiento de Comisión de Estudios, remunerada, durante el término de la beca. (Hechos de la demanda; Literal B), numeral I). Con fundamento en los artículos 7º y 22 del Decreto-Ley 2400 de 1968 y en la reglamentación prevenida para tal fin en los artículos 3º, 5º y 6º de la Resolución número 02216 de 1972, emanada de la Gerencia General del Incora, en Memorando de fecha 25 de enero de 1973, solicité por conducto de la División de Personal, al Comité de Coordinación General, del cual es Presidente el señor Gerente General del Incora, otorgamiento de la pertinente Comisión de Estudios. Esta Comisión de Estudios me fue negada verbalmente. (Hechos de la demanda: Literal B), numerales 2º y 3º)".

En memorial que obra de folios 22 a 25 del expediente el actor aclaró y corrigió la demanda, estando el juicio dentro del término de fijación en lista; y al referirse a la "ACCION", expresó:

"Por no existir al tiempo de la representación de mi demanda, ningún acto formal contra el cual fuera posible ejercitar la acción de nulidad, la acción no podía tener, o no puede tener, en principio, por objeto sino las indemnizaciones o prestaciones correlati-

vas a hechos u operaciones administrativas. Sin embargo, al proferirse por parte de la Gerencia General del Incora la Resolución número 07345 de fecha 11 de diciembre de 1973, por la cual se destituye a un funcionario, por la desvinculación que tal acto tiene con los hechos y operaciones administrativas inicialmente demandados, es preciso demandar también la nulidad del acto administrativo antes reseñado. Por tanto, mi acción en este momento es la de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo".

Se invocan en el libelo como disposiciones infringidas con el pronunciamiento de los actos acusados, los artículos 26 y 62. de la Constitución Nacional: 7º, 12, 13, 14, 22, 26, 40, 46, 47, 48 y 58 de los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968; 125, 130 y siguientes del Decreto 1950 de 1973.

En un detenido estudio jurídico, hace el demandante un pormenorizado análisis de cada una de las normas anteriormente mencionadas, con el objeto de demostrar su quebrantamiento, como también el derecho que dice asistirle en las pretensiones que formula ante esta jurisdicción.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), se constituyó como parte impugnadora en la litis y, al efecto, su Gerente General, designó apoderado para que representara al Instituto, como lo hizo durante la tramitación del proceso.

Al emitir el concepto de fondo la Fiscalía Cuarta del Consejo, fue de opinión que "la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer del presente caso".

Rituado el negocio dentro de los ordenamientos legales y sin que se advierta causal de nulidad que pudiese invalidarlo, pasa la Sala a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes

Consideraciones

Los Estatutos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), fueron aprobados por medio de los Decretos 3737 de 1961 y 2849 de 1968, cuyo artículo 57, prescribe lo siguiente:

"REGIMEN JURIDICO DE LOS TRABAJADORES DEL INSTITUTO. — Los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tendrán el carácter de **trabajadores oficiales**". (Subraya la Sala).

En tal virtud, el vínculo jurídico existente entre el señor Gilberto Díaz Vega y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue el contractual de naturaleza laboral, sin que, como acertadamente lo anota la Fiscalía, tenga importancia el hecho de que el contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito, ya que como lo ha sostenido esta Corporación, la esencia de los respectivos contratos de trabajo, aun cuando ellos no se realizaran por escrito, —si esto ha ocurrido— el artículo 7º del Decreto 3135 de 1968, previene para ese evento que "se entienden celebrados conforme al modelo oficial correspondiente". (Sentencia del 26 de junio de 1974).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Laboral— en fallo del 9 de octubre de 1974, consideró que los servidores del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, tienen el carácter de Trabajadores Oficiales, de acuerdo con las normas antes mencionadas.

No puede alegarse que el Decreto por el cual se aprobaron los estatutos, es de inferior jerarquía que el Decreto 3135 de 1968, que establece la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los efectos del artículo 57 citado anteriormente, porque no existe entre ellos contradicción alguna, pues el 3135 dispone que en los Estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, que es, ni más ni menos, lo que ya había determinado el aludido artículo 57 del Decreto 3737 de 1961.

Por ello la clasificación de los servidores que se hace en dicha norma, en manera alguna es contraria al precepto del Decreto 3135 de 1968; sino que cumple el ordenamiento contenido en éste, no obstante haberse dictado los Estatutos del Incora con anterioridad, pues éstos ya habían establecido, de antemano, lo dispuesto en el Decreto tantas veces mencionado.

De consiguiente, como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para el once (11) de noviembre de 1973, según constancia que obra a folio 229 del proceso, no había expedido nuevos Estatutos, deben considerarse vigentes los que fueron aprobados por medio de los Decretos 3337 de 1961 y 2849 de 1968, principalmente para aplicarlos al caso de autos, en lo que se refiere al artículo 57 que como ya se expresó, preceptúa que sus funcionarios, empleados y obreros, tienen el carácter de trabajadores oficiales. Estando, entonces, en vigencia esta norma, en la fecha antes indicada, por cuanto los Estatutos no fueron reformados, debe dársele cumplimiento a los mismos en lo relativo a la clasificación de los servidores del Incora.

De lo anteriormente dicho se desprende que entre el demandante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), existió una vinculación de carácter contractual, de acuerdo con el sistema estatutario que la rige, tratándose de un trabajador oficial.

En esas condiciones, el Consejo de Estado, no es competente para conocer del presente juicio, razón por la cual deberá declararse inhibido para decidir el fondo del asunto por falta de competencia, pues de conformidad con el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral y con el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, la jurisdicción laboral ordinaria, conoce de los conflictos jurídicos que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo y, en cambio, la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para dirimir las acciones en las cuales se controviertan actos que provengan de tales convenios.

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:

Declárase inhibido para decidir el presente juicio, por falta de competencia.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el siete (7) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977).

Samuel Buitrago Hurtado, Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS. — Almacenamiento de mercancía y plazo para permanencia de ésta en la bodega de la ADUANA. Reglamentos. No se realiza una actividad comercial sino administrativa.

ABANDONO ADMINISTRATIVO O DE HECHO. — En este caso no cabe la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa. Responsabilidad del Fondo Rotatorio de Aduanas.

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

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 1797. Actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Limitada.

En demanda presentada ante esta Corporación el 28 de abril de 1975, la SOCIEDAD CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA LIMITADA, por medio de apoderado solicita de esta Corporación "que previa citación y audiencia del señor representante del Ministerio Público y del señor gerente del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA. Que la Nación y el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas solidariamente o subsidiariamente la Nación o el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, son responsables de los perjuicios de todo orden —materiales y morales, de daño emergente y de lucro cesante— causados a la sociedad CONSTRUCTORA HISPANO-COLOMBIANA DE MAQUINARIA LTDA. (CONHICOLSA), anteriormente identificada, por la no entrega en su favor del saldo líquido del producto del remate de Mercancía de su propiedad ordenada rematar por medio de la Resolución Nº 095 de abril 29 de 1972 de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá, remate llevado a efecto por el Martillo del Banco Popular de Bogotá el día veintiuno (21) de agosto de 1972;

"SEGUNDA. Que se condene, como consecuencia, de la anterior declaración, a la Nación y al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, solidariamente, o en subsidio, a la Nación o

al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, al pago en favor de la citada Sociedad Constructora Hispano-Colombiana de Maquinaria, Ltda. (CONHICOLSA) del valor total de dichos perjuicios, en la cuantía de DOS MILLONES DE PESOS M/CTE. ($ 2.000.000.00) o en la cuantía que se pruebe bien dentro del juicio o en el incidente especial que separadamente se tramite para el efecto de la regulación; y que para dicha condena se tenga en cuenta el saldo líquido del producto del remate más sus intereses corrientes desde la fecha en que se debió efectuar la entrega a la sociedad hoy demandante, saldo cuyo monto será determinado por el mismo Honorable Consejo.

"TERCERA. Que se ordene a la entidad o entidades a cuyo cargo sea proferida la condena que solicito, que adopten las medidas conducentes a la ejecución de la sentencia dentro del término que para el efecto señala el artículo 121 del C. C. A.

Como "hechos y omisiones fundamentales de la Acción" la demanda señala los siguientes:

"PRIMERO. La Sociedad comercial domiciliada en Envigado, Antioquia, y denominada 'CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA S. A. CONHICOLSA' constituida mediante Escritura Pública Nº 1986 de 1969 (mayo 31) de la Notaría 2ª de Medellín, hoy sociedad limitada según reforma social por Escritura Pública Nº 6762 de 1972 (diciembre 29) de la Notaría 3ª de Medellín, importó al país con destino a la VIII Feria Exposición Internacional y por medio de la licencia de importación Nº 31356 de abril 28 de 1970, una planta asfáltica 'Marini' Tipo M 60 E 130, de mezcla continua, fija, automática, compuesta por cinta transportadora de los áridos en frío, tambor secador completo de cicones recuperadores del polvo por vía seca; tambor con diámetro de 130 cms; elevador de cangilones para los áridos en caliente; elevador de filler; grupo reclasificador-dosificador y mezclador de tipo M 60; automatismo, tornillos sin fin para el transporte de filler, intersticios aleotérmicos en el mezclador; regulador de la llama de quemador a distancia; regulador de la aspersión en el tambor secador; predosificador de cuatro tolvas; central de almacenaje y calentamiento del betún, formado por: a) Caldera de aceite de 200.000 calorías; b) Sisterna de depósito de 40.000 litros, con bombas de 42 mm., automatismos, cisterna-túnel; cambiador de calor automático para calentar el fuel oil previamente del tanque del almacenaje; diversos accesorios y recambios esenciales para el normal funcionamiento;

"SEGUNDO. La posición arancelaria correspondiente a la maquinaria descrita en el hecho anterior de la 84.56 a III y el precio FOB declarado es de OCHENTA Y CUATRO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS (US$ 84.000.00);

"TERCERO. La sociedad importadora no logró vender la maquinaria en el transcurso de la citada Feria Exposición;

"CUARTO. La Aduana Interior de Bogotá elaboró el manifiesto de importación, distinguido con el Nº 2419 de 1972 igualmente que el correspondiente comprobante de rentas por cobrar, el Nº

59981 que arrojó una liquidación total de ..... por todo concepto;

"QUINTO. Pese a sus reiterados esfuerzos, la sociedad importadora no pudo arbitrar los recursos indispensables para proceder a la nacionalización de la maquinaria de su propiedad, mediante el pago de los impuestos de aduana correspondientes y de sus recargos legales de carácter adicional;

"SEXTO. Vencido el término que los Reglamentos Generales de Aduanas, el Nº 23 especialmente, otorgan a los importadores para retirar las mercancías de sus depósitos, la Aduana Interior de Bogotá procedió a elaborar para la maquinaria en cuestión un acta de retención, la Nº 54, que la identifica describiéndola mediante la enumeración de sus elementos componentes;

"SEPTIMO. No hubo en ningún momento abandono voluntario de la mercancía por parte de la Sociedad interesada; como tampoco decomiso de la misma ni de carácter judicial ni de carácter administrativo;

"OCTAVO. La Aduana Interior de Bogotá procedió a dictar con fecha de 29 de abril de 1972, la Resolución Nº 095 por virtud de la cual declaró abandonada la mercancía en cuestión, amparada con el manifiesto de importación Nº 2419, — 2. ordenó a la Sección de Liquidación anular el comprobante de rentas Nº 59981, y 3. Autorizó al Almacenista de la Feria Exposición Internacional para que, previas las formalidades legales, procediera a dar traslado de la mercancía, al Martillo del Banco Popular para su remate;

"NOVENO. El Martillo del Banco Popular de Bogotá sacó a remate la maquinaria de CONHICOLSA con un avalúo inicial de DOS MILLONES DE PESOS el 28 de julio de 1972; no habiéndose presentado ninguna postura, por acta de agosto 14 de 1972 la reavaluó en la suma de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS avalúo por el que la sacó nuevamente a remate el día 21 de agosto de dicho año;

"DECIMO. El 21 de agosto de 1972, el Martillo del Banco Popular adjudicó la maquinaria de CONHICOLSA a la sociedad CENTRAL DE PAVIMENTOS LTDA. (Alberto y Alvaro Méndez Luque), por un precio de UN MILLON SEISCIENTOS VEINTE MIL PESOS;

"ONCE. La Comisión del Martillo del Banco Popular por la operación ascendió a la suma de OCHENTA Y UN MIL PESOS y los gastos de propaganda montaron a la cantidad de OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE CON NOVENTA Y TRES PESOS, lo que arroja un total de OCHENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/L. El saldo líquido del producto del remate una vez hecha esta primera deducción, por los conceptos expresados, fue de UN MILLON QUINIENTOS TREINTA MIL SESENTA Y DOS PESOS CON SIETE CENTAVOS M/L. Esta suma fue puesta por el Martillo del Banco Popular a disposición del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas;

"DOCE. Hecha la deducción de la suma de ($ 323.360.33) de que trata el hecho 4º de esta demanda (Comprobante) de renta Nº 59981, de la Aduana Interior de Bogotá), con cargo al saldo líquido del producto del remate, del que trata el hecho inmediatamente anterior (13) se obtiene la suma de $ 1.206.702.60 que es el saldo líquido final del producto del remate a cuya entrega tiene derecho la Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda. Conhicolsa como importadora y propietaria de la maquinaria rematada;

"TRECE. El Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas retuvo para sí la totalidad de la expresada cantidad de $ 1.206.702.60 de la cual no han entregado a la Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda. Conhicolsa, parte alguna, como corresponde a título de devolución del saldo líquido del producto del remate de la mercancía de su propiedad;

"CATORCE. El Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas se apropió de la totalidad del producto del remate no obstante que, de acuerdo con la Ley, esta medida se lleva a cabo solamente para el cobro de los derechos de aduana, multas y recargos adicionales, pues se trataba de una mercancía que no había sido ni decomisada por la Administración ni abandonada de hecho con fundamento y para los precisos efectos que al respecto establece el artículo 85 del Código de Aduanas.

"QUINCE. El hecho u operación administrativa que causa la presente acción es la diligencia de remate de la mercancía de propiedad de la sociedad demandante, seguida de la omisión de la entrega obligatoria del saldo líquido de su producto, hecho ocurrido el día 21 de agosto de 1972;

"DIECISEIS. Numerosos perjuicios de todo orden ha tenido que sufrir la Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda. (CONHICOLSA) como consecuencia de la confiscación por el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, del saldo que legalmente le corresponde".

Como disposiciones violadas la demanda citó las siguientes: Artículo 85 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), artículo 26 de la Constitución Nacional; artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional.

El proceso ha sido tramitado en legal forma y no se observa causal de nulidad alguna que impida una decisión de fondo, la que se toma en esta providencia, previas las siguientes consideraciones:

El concepto Fiscal

En su vista de fondo, el señor Fiscal Segundo de la Corporación doctor Gilberto Gartner Posada, conceptúa que debe accederse a las pretensiones de la demanda haciendo las siguientes consideraciones:

"En la contestación del libelo, el señor apoderado del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, manifiesta que esa entidad en ningún momento se ha apropiado de la suma líquida

del remate en mención que 'solamente la tiene en depósito mientras que se resuelve la petición contenida en el expediente administrativo Nº 2027 a través del cual la firma CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA LTDA. 'CONHICOLSA', apoderada por el doctor CARLOS JIMENEZ GOMEZ, según el poder y la demanda presentada el 20 de junio de 1973, solicita el saldo líquido del producto del remate, efectuado el 21 de agosto de 1972, por el Martillo del Banco Popular, de una planta asfáltica de propiedad de 'CONHICOLSA'. Expediente aun en tramitación como es bien conocido del doctor JIMENEZ GOMEZ, quien a sabiendas de no haber agotado la vía gubernativa, procedió a entablar demanda ante ese Honorable Consejo. Esto precisamente ha motivado la excepción que más adelante propongo'. (fls. 4 vto. C. 3) y en efecto propone la excepción de no haberse agotado la vía gubernativa, 'por estar en trámite un expediente administrativo entre las mismas partes y por el mismo asunto y que inside directamente en las resultas de la pretensión del demandante'.

"La existencia del expediente administrativo Nº 2029, que se inició a raíz de la solicitud del señor apoderado de la firma CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA LTDA., para que se entregue el producto del remate, se acreditó plenamente en este proceso según consta en el Acta de la diligencia de Inspección Judicial practicada el día 28 de octubre de 1975. Allí se dejó constancia que en el referido expediente se inició con el memorial de fecha julio 2 de 1973, suscrito por el doctor CARLOS JIMENEZ GOMEZ, memorial dirigido al señor Gerente del Fondo Rotatorio y en el que, reiterando una solicitud anterior, pide ordenar en favor de la Constructora Hispano Colombiana Ltda., la entrega del saldo líquido del producto del remate llevado a cabo por el Martillo del Banco Popular en cumplimiento de la Resolución Nº 0095 de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá. Igualmente se dejó constancia en el Acta que sobre las solicitudes formuladas por el señor apoderado de la Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda.. no ha recaído hasta la fecha de la diligencia (octubre 28 de 1975), ninguna resolución.

"Ahora bien: Tal como está planteado el problema, podrá sostenerse que el demandante estaba obligado a agotar la vía gubernativa antes de intentar la presente demanda?

"La Fiscalía es del criterio de que por no tratarse de un acto administrativo, contra el cual pudiera interponerse los recursos pertinentes, no era menester para la parte actora en este proceso, agotar la vía gubernativa que como requisito previo exige el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

"En efecto, ya el Honorable Consejo de Estado tiene establecido que tratándose de 'hechos u operaciones' de la administración no hay lugar a agotamiento de la vía gubernativa para acudir al Contencioso Administrativo. Con mayor razón debe sostenerse que tratándose de la pretensión indemnizatoria, por omisión de la administración, no es necesario acudir a la interposición de petición o recurso alguno que implique agotamiento de la vía gubernativa, porque si el fundamento jurídico de esta figura es la

de dar oportunidad a la administración de corregir o enmendar el posible error que haya inferido agravio a los intereses de los gobernados con ocasión de un acto administrativo, sin necesidad de recurrir ante las autoridades jurisdiccionales, este fundamento no tiene operancia tratándose de pretensiones tendientes al reconocimiento de una indemnización de perjuicios.

"Exigir el agotamiento de la vía gubernativa en tratándose de hechos u operaciones administrativas, u omisiones de la administración, sería dejar en manos de los funcionarios administrativos la facultad de decidir definitivamente toda controversia que se suscite entre la administración y un particular. Porque le bastaría guardar silencio para ver burlados los intereses de los gobernados. Equivaldría a dejar en manos de la administración la facultad de solucionar o no las controversias relacionadas con las prestaciones e indemnizaciones que los particulares demanden contra el Estado.

"Precisamente la misión fundamental de la jurisdicción contencioso-administrativa, es revisar no sólo los actos que dicte la administración sino también la conducta asumida en relación con los ciudadanos a quienes debe proteger en sus vidas y en sus bienes.

"Considera, pues, la Fiscalía que en casos como el presente, los particulares no pueden quedar al arbitrio de la pasividad de los funcionarios públicos, esperando la resolución de reclamaciones que nunca han tenido o tendrán solución. El caso presente sirve de ejemplo para desechar por injusta y absurda, la tesis del agotamiento de la vía gubernativa tratándose de pretensiones indemnizatorias fundadas en omisiones administrativas: desde el mes de diciembre de 1972, fecha en la cual se puso el saldo de $ 1'530.062.07, a disposición del Fondo Rotatorio de la Aduana, esta entidad estaba obligada a entregar la cantidad de $ 1'206.702.60, que es la suma líquida que debía entregar al actor, una vez hecha la deducción de la suma de $ 323.360.33 a que ascendieron los impuestos de aduana. Sin embargo, hasta la fecha, que ha transcurrido más de cuatro años, la entidad obligada no ha procedido a efectuar la entrega de tales dineros.

Podrá afirmarse con verdadera convicción que la parte demandada está obligada a esperar indefinidamente a que los funcionarios de la Aduana quieran pronunciarse en uno u otro sentido sobre si devuelven o no los dineros aquí reclamados?

"Responder este interrogante en forma afirmativa sería tanto como sostener la denegación de justicia para los particulares, y el patrocinio de la arbitrariedad de la administración, lo cual está en contraposición con los principios que rigen los sistemas democráticos, caracterizados por ser 'estados de derecho', donde los funcionarios públicos deben encausar todas y cada una de sus actividades en las normas preestablecidas las que les impide cualquier agravio a los gobernados.

"Insiste esta Agencia del Ministerio Público, en que para recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, el demandante

en el presente negocio no necesitaba agotar la vía gubernativa. Por esta razón, la demanda estuvo bien intentada.

"Y como con relación al fondo del negocio, es decir, a la obligación por parte del Fondo Rotatorio de la Dirección General de la Aduana, de entregar a la firma demandante los dineros provenientes del remate, una vez deducidos los impuestos, no existe prácticamente discusión, ya que la parte demandada no niega esta obligación, la Fiscalía es del parecer que debe accederse a las súplicas de la demanda, ordenando dicha entrega, junto con la indemnización de perjuicios, o sea los intereses legales desde la fecha en que debía hacerse tal entrega, hasta la fecha en que ésta se produzca.

"Obsérvese cómo el apoderado de la parte demandada, arrimó al proceso copia de un proyecto de resolución que ordena la entrega de dicho dinero. Además, se allegó al proceso copia de dos conceptos de la Oficina Jurídica de la Dirección General de Aduanas, en los que se conceptúa favorablemente a las aspiraciones de la firma 'Constructora Hispano-Colombiana de Maquinarias'. Esto indica que el Fondo Rotatorio en ningún momento ha negado el derecho a la demandante. Pero, entonces, por qué no ha procedido a reconocerle ese derecho. Es decir, por qué no ha entregado dicho dinero no obstante habérsele solicitado desde muchos años atrás?

"En fin, son muchas las razones que existen en favor de las pretensiones de la parte actora, para acceder a los pedimentos contenidos en la demanda. Ellos aparecen acreditados suficientemente en este proceso y por este motivo debe proferirse sentencia en los términos propuestos por el libelista".

Para resolver se considera

Es demandado en este proceso el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, creado como establecimiento público por los Decretos 1050, 2886 y 3130 de 1968 y expresamente reconocido como tal por el Decreto-Ley 080 de 1976, dictado en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 28 de 1974, pero cambió su denominación por la de Fondo Rotatorio de Aduanas. Conforme a las disposiciones citadas, su Gerente es el representante legal del mismo.

Sus nuevos estatutos, sujetos a las disposiciones citadas, fueron aprobados por Decreto 1151 de 1975.

También está demandada, solidaria o subsidiariamente, la Nación y sobre su vinculación a las pretensiones deducidas en este proceso, se hablará más adelante.

Aparecen demostrados en los autos y no son hechos discutidos, por las partes, los siguientes:

a) Que la "CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA S. A." CONHICOLSA; sociedad comercial constituida por Escritura pública Nº 1966 de 1969 de la Notaría 2ª de Medellín y transformada en sociedad de Responsabilidad Limitada por Escritura pública

Nº 6782 de diciembre 29 de 1972, domiciliada en Medellín, todo lo cual resulta del certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, importó la maquinaria relacionada en el libelo demandatorio, para la VIII Feria Exposición Internacional;

b) Que presentados todos los documentos exigidos por la ley para su nacionalización, en vista de que no fue vendida en la Feria, y liquidados los derechos de importación, ellos no fueron pagados por la sociedad demandante; (Registro de Importación Nº 031356 de abril 28 de 1970, folio 58, cuaderno Nº 2, comprobante de Rentas por cobrar Nº 59981 de marzo 1º de 1971, de la Dirección General de Aduanas, folio 74, cuaderno Nº 2, oficios y certificados visibles a folios 103 a 108 cuaderno Nº 2, sobre manifiesto de Aduanas y valor de la mercancía);

c) Que el 29 de abril de 1972 el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, por Resolución Nº 0095, con base en el Reglamento General de Aduanas Nº 23 de 5 de abril de 1932 —hoy sustituido por el Nº 309 de septiembre 2 de 1976, por haberse vencido, con exceso, los plazos para la nacionalización y pago de los derechos fiscales de la importación, declaró abandonada a favor del Estado, la mercancía a que se refiera este proceso y autorizó al Almacenista de la Feria Internacional de Bogotá, para trasladar tal mercancía al Martillo del Banco Popular, para su remate;

d) Verificado el traspaso de la mercancía de los Almacenes de la Aduana en la Feria Exposición de Bogotá al Banco Popular, Martillo, según actas de retención, inventario y traspaso que obran en el proceso y previo avalúo, todo conforme a las previsiones contenidas en el Reglamento Nº 22 de 5 de abril de 1972, sobre venta en pública subasta de mercancías depositadas en las Aduanas, tuvo lugar el remate el 21 de agosto de 1972, por valor de $ 1.620.000.00;

e) Hechos los descuentos de derechos de remate y propaganda, en favor del Banco Popular y los derechos arancelarios y demás gastos en favor del Estado, quedó un saldo de $ 1.206.702.60, según aparece de los documentos que obran en el expediente y de la inspección judicial practicada por esta Corporación (Cuaderno Nº 3, folios 9 y ss.);

f) Según los documentos visibles a folios 47 a 56 del Cuaderno Nº 2, el valor de dicho remate, previos los descuentos de ley, fue consignado por el Banco Popular a órdenes del Fondo Rotatorio de Aduanas el 14 de diciembre de 1972;

g) A los autos se trajeron sendos proyectos de Acuerdo de Gerencia y Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Aduana, por el cual se ordena el pago a la sociedad demandante de la suma de $ 1.048.946.74, pues a la de $ 1.206.702.60 se le restan $ 157.755.00 en favor de la Corporación de Ferias y Exposiciones S. A., por bodegaje, según factura Nº 3741 de de 15 de septiembre de 1976, la que no ha sido traída a los autos y, por lo mismo, no podrá tenerse en cuenta tal descuento.

Dispone el Art. 54 de la Ley 79 de 1931 que el Director General de Aduanas puede señalar, para almacenamiento de mercancías bajo control del Gobierno, bodegas o lugares fuera de la zona de Aduanas y en desarrollo de tal disposición, por Resolución Nº 117 de enero 26 de 1971, (folio 109, cuaderno Nº 2), se autorizó a la Aduana Interior de Bogotá

para habilitar, con tales fines, una bodega dentro del recinto de la Corporación de Ferias y Exposiciones y señaló como plazo de permanencia de las mercancías sin nacionalizar, el de 6 meses, contados a partir del 27 de enero de 1971, para su nacionalización, vencido el cual se considerarían abandonadas de conformidad con el Art. 60 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931).

Y el citado artículo 60 contiene una autorización al Director de Aduanas, para que, con aprobación de la Junta General determine, por reglamento, los plazos durante los cuales puede estar la mercancía almacenada en las Aduanas, con cualquier fin, sin correr derechos de bodegaje, las tasas de dicho bodegaje, los plazos durante los cuales puede permanecer la mercancía en las Aduanas sin solicitud de despacho, antes de poderla considerar abandonada al Gobierno y el período por el cual puede permanecer la mercancía en las Aduanas después de reconocida y sin haber pagado los correspondientes derechos, antes de poderla tener como abandonada al Gobierno.

De los plazos durante los cuales no se causa derecho de bodegaje y de las tasas o tarifas cobrables por el término que exceda de dichos plazos se ocupan, entre otros, los Reglamentos Generales de Aduanas Nº 20 y 231 de 5 de abril de 1932 y 18 de octubre de 1951, sin que pueda omitirse la referencia al Reglamento Nº 233 de 18 de octubre de 1931 que trae normas especiales sobre mercancías introducidas con el fin de exhibirlas en ferias en el territorio de la República.

El almacenaje de mercancías no es una actividad comercial o lucrativa, para el Estado, préstese por las Aduanas o por la Empresa Colombiana de Puertos, o por cualquier otro organismo oficial, sino una actividad constitutiva de un depósito necesario, tendiente a verificar la legalidad de la exportación o importación, la liquidación y pagos de los derechos fiscales correspondientes, por lo que se justifica que por el plazo necesario para cumplir con tales obligaciones legales, no se cause derecho alguno de bodegaje.

Pero como las bodegas oficiales deben estar expeditas para cumplir eficientemente con sus fines frente a todo el movimiento de mercancía, la administración señala plazos dentro de los cuales debe cumplirse con la nacionalización y pago de derechos fiscales y retiro de las mercancías y de allí en adelante, como sanción tendiente a obtener del particular el cumplimiento de sus obligaciones y para el Estado, el recaudo de sus impuestos, se cobre una tarifa especial de bodegaje, por un nuevo plazo, vencido el cual, ante la necesidad de desocupar las bodegas y recaudar los derechos del Estado, se declaren abandonadas al Gobierno, a efecto de rematarlas y pagar a todos los créditos a que se ha hecho referencia, quedando el saldo, si lo hubiere, a disposición del propietario de la mercancía.

Así lo disponen los artículos 82, 83, 84 y 85 de la Ley 79 de 1981.

Obvio que aquí se trata de abandono administrativo o de hecho, es decir, no precedido de voluntad expresa y por escrito del abandono a que se refieren los artículos 188 y 191 de la Ley 179 de 1931, en cuyo caso la propiedad pasa al Gobierno, sino al abandono que se presume legalmen-

te por el vencimiento de los plazos para presentar la documentación necesaria para la nacionalización por la falta de pago de los derechos fiscales a efecto de consumar dicha nacionalización, que es la regulada, como se vio, por el artículo 85 de la misma ley.

Tampoco se trata del decomiso de mercancía, regulado como pena por el delito de contrabando en el Art. 13 del Código Penal Aduanero (Decreto Ley 955 de 1970), caso en el cual la propiedad pasa, igualmente, al Estado.

Ya se vio, se repite, que aquí se contempla el caso del abandono administrativo y así lo declaró la Resolución 0095 de 29 de abril de 1972, acto administrativo definitorio, en firme, no impugnado y, por el contrario, citado como fundamento de las pretensiones deducidas en este juicio.

Por tanto, la venta en pública subasta, la liquidación y deducción de las sumas causadas a cargo del importador y el pago a éste del saldo líquido que quedara, constituyen actos de ejecución u operaciones administrativas de ejecución, liquidación y pago, las que deben cumplirse en virtud del acto administrativo que las ordenó y decidió sobre el abandono.

Pues bien, el Fondo Rotatorio de Aduanas, recibe el saldo líquido el 14 de diciembre de 1972, del Banco Popular, del valor del remate, deducidos sus derechos y para tal fecha, ya se había hecho la liquidación de los impuestos, gastos y tasas a cargo del importador (Comprobante 59981 de mayo 1º de 1971, folio 74 cuaderno Nº 2).

Pero, sólo el 2 de julio de 1973, el importador, por medio de apoderado y con la prueba de la existencia y representación de la sociedad comercial interesada, eleva solicitud de entrega del saldo a su favor. No había nada que decidir, simplemente ordenar la entrega de lo que nadie discutía como propiedad de dicho peticionario y sin embargo, sólo en 1977 se agregan los proyectos de acuerdo resolviendo la petición, primer intento en cuatro años, de hacer algo referente al cumplimiento de las delicadas funciones de la Administración.

La falla de la Administración en la operación comentada, es ostensible y de ahí que haya de despacharse desfavorablemente la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto no es un acto administrativo el cuestionado sino una falla del servicio, por omisión, en el desarrollo de una operación administrativa, cuya legalidad discútese directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de decidir sobre la indemnización de perjuicios que es la pretensión conducente y fue la deducida en este juicio.

En la demanda se habla de perjuicios morales, pero ni se intentó su prueba ni se colige cómo pudieron causarse.

La Nación fue demandada como se dijo atrás, pero tratándose de la actuación administrativa de un establecimiento público, sujeto de derecho, desmembración del Estado, ella no debe responder directa o subsidiariamente sino comprobada la solidaridad o las circunstancias de insolvencia o extinción de la persona jurídica que legitimaría la responsabilidad de la Nación. Por ello se absolverá.

En relación con el lucro cesante, se reconocerá el 15% anual, interés comercial promedio, en el lapso, que se reconoce según el certificado visible al folio 27 del cuaderno principal, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del 1º de agosto de 1973 hasta cuando el pago se verifique.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

PRIMERO. El FONDO ROTATORIO DE ADUANAS es administrativamente responsable de los perjuicios causados a la sociedad CONSTRUCTORA HISPANO - COLOMBIANA DE MAQUINARIA LTDA. - CONHICOLSA, sociedad comercial domiciliada en Medellín y representada por su Gerente Diego de Bedout o por quien haga sus veces, por la omisión de la entrega del saldo líquido a su favor, del producto del remate de mercancías realizado el 21 de agosto de 1972 por el Banco Popular, en cumplimiento de la Resolución Nº 0095 de abril 29 de 1972, de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá.

SEGUNDO. Condénase al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, establecimiento público representado por su Gerente, a pagar a la sociedad CONSTRUCTORA HISPANO COLOMBIANA DE MAQUINARIA LTDA. - CONHICOLSA, identificada como ya se dijo, a título de indemnización de perjuicios materiales, las siguientes sumas:

a) UN MILLON DOSCIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 1.206.702.60) por concepto de daño emergente;

b) Por concepto de lucro cesante, el pago del 15% anual sobre la suma reconocida en el literal anterior, desde el 1º de agosto de 1973 hasta cuando el pago se verifique. (QUINCE POR CIENTO ANUAL).

TERCERO. Absuélvase al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS, de las restantes súplicas de la demanda.

CUARTO. Absuélvase a la Nación de todas las peticiones del libelo demandatorio.

QUINTO. Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

Cópiese. Notifíquese y cúmplase. Revalídese el papel común empleado.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la providencia anterior fue discutida y aprobada en la sesión del día seis de octubre de mil novecientos setenta y siete.

INCORA. — Declaratoria Jurídica de explotación económica. Por regla general del acto administrativo que crea un derecho subjetivo o reconoce una situación jurídica individual y concreta de irrevocable. Para proceder en contrario la administración debe para salvaguardar la garantía del debido proceso, exponer en qué consiste el error inicial o su falsedad o cuáles fueron las circunstancias que variaron.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Expediente Nº 1729. Actor: José de la Cruz Barros T.

En demanda presentada el 19 de diciembre de 1974 el señor José de la Cruz Barros T. mediante apoderado idóneo, solicita la revisión de la Resolución Nº 02914 de julio 31 de ese mismo año proferida por la Gerencia General del Incora y por medio de la cual se decretó parcialmente la extinción del dominio del predio denominado "Verdun", ubicado en el municipio de Chibolo, departamento del Magdalena. Solicita, en consecuencia, que se declare la nulidad de la Resolución 722 de diciembre 11 de 1969 o, en subsidio, que se acepte la excepción de ilegalidad del artículo 3º del Decreto 1902 de 1962. Pide, también en subsidio, la nulidad de la Resolución 02914.

Como hechos se narran, en síntesis:

1. Que el señor Antonio Barros Duque presentó declaración descriptiva del inmueble "Las Mercedes" del que hacían parte el predio "Verdun". Que con base en esa declaración se decretó la visita de información previa, mediante la cual se comprobó que la finca estaba bien explotada.

2. Que para el efecto, el Incora dictó la Resolución 4944 de agosto 6 de 1964 y en la cual se aceptó que la aludida propiedad se encontraba económicamente explotada.

3. Que mediante Resolución Nº 722 de diciembre 11 de 1969 se ordenó reabrir el proceso con miras a la extinción del dominio del predio "Verdun" y por considerar que la información inicial había sido errada e incompleta.

4. Que este proceso culminó con la expedición de la Resolución 02914, "Por la cual se declara extinguido el derecho de dominio privado sobre una parte del inmueble rural denominado 'Verdun', ubicado en la jurisdicción del municipio de Tenerife (hoy Chibolo) departamento del Magdalena".

La parte actora analiza con seriedad y profundidad los motivos de inconformidad y hace hincapié en la violación del artículo 6º de la Ley 200 de 1936, claro está con referencia al período anterior a la vigencia de la Ley 4ª de 1973. Insiste en la inconstitucionalidad del artículo 3º del Decreto 1902 de 1962 por exceder la potestad reglamentaria. Estima que la declaratoria hecha sobre el fundo "Las Mercedes", mediante Resolución 4944 en el sentido de que dicha finca estaba bien explotada, daba al propietario la seguridad de que en los 10 años siguientes no sería molestado por el Incora por falta de explotación. Arguye que en el presente caso no se dieron los presupuestos anotados en el Decreto 1902, puesto que ni las circunstancias variaron ni fue errada, falsa o incompleta la información que sirvió de base para la expedición de la mencionada Resolución 4944.

El señor Fiscal colaborador en su vista de fondo estima que se debe declarar la nulidad del acto acusado y critica al Incora por haber desconocido ciertos hechos fundamentales suficientemente evidenciados dentro del expediente.

Para resolver, se considera

Como se desprende del libelo, los motivos de inconformidad pueden sintetizarse así: a) El Incora al dictar el acto de extinción del dominio antes del vencimiento de los 10 años violó el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, ya que la propiedad había sido considerada por esta entidad como económicamente explotada, según lo expresa la Resolución 4944 de 6 de agosto de 1964; b) Aunque el artículo 3º del Decreto 1902 de 1962 permite a la administración abrir el procedimiento de extinción en cualquier momento luego de la declaratoria de explotación, en el presente caso no podía hacerse, porque ni las circunstancias variaron ni fue errada, falsa o incompleta la información que sirvió de base a esta última declaratoria.

Por su parte, el Incora fundamentó su oposición en los siguientes términos:

1. La demanda es inepta por cuanto la parte actora solo demandó la Resolución Nº 02914 de julio 31 de 1974 y dejó por fuera el acto administrativo mediante el cual el Gerente de la Institución le impartió su aprobación.

2. Porque no acompañó a la demanda la constancia de que la declaración del predio había sido presentada oportunamente por su propietario, tal como lo ordena el inciso final del artículo 23 de la Ley 135 de 1961 y 23, Inciso 2º del Decreto 1902 de 1962.

3. Porque no presentó prueba alguna de la explotación del predio, siendo que a él le incumbía la carga de la prueba y, en cambio, sí figuran en el expediente las pruebas sobre la inexplotación del predio "Verdun", el que jurídicamente es distinto al denominado "Las Mercedes".

4. No es procedente anular la Resolución 722 de diciembre 11 de 1969, mediante la cual se ordenó iniciar el procedimiento de extinción, por ser un simple acto de trámite.

La posición de la Fiscalía

Refuta el señor agente del Ministerio Público con juiciosos argumentos la defensa asumida por el Incora en todos y cada uno de sus puntos y concluye, apoyado en el concepto del procurador agrario doctor Jaime Burgos Pareja, que se deben atender las súplicas de la demanda.

Consideraciones de esta Sala

PRIMERO.

La demanda no es inepta, ya que el acto estuvo bien demandado. El libelo se ajusta en un todo tanto a las exigencias de la legislación agraria como del Código Administrativo. Además, tal como lo ha dicho en repetidas ocasiones esta misma Corporación, en estos casos no es necesario demandar la resolución aprobatoria, puesto que ésta no hace sino confirmar la que contiene la verdadera voluntad de la administración. El acto aprobatorio no es más que una formalidad que no toca con su existencia misma sino que incide en su validez. Aunque ambas forman una unidad compleja, el hecho de haberse limitado la segunda a confirmar o ratificar la primera, permite que la demanda se presente sólo sobre ésta, ya que en la misma va implícita su aprobación. Claro está que esto no es obstáculo para que se demanden las dos conjuntamente. En caso contrario, el extremo de la aprobación debe ser demostrado y con su prueba se reafirma la validez del acto administrativo cuestionado. Cosa distinta sería si la segunda hubiera introducido variantes o señalado modalidades a la primera, porque en esta hipótesis la voluntad de la administración aparecería manifestada en los dos actos.

Estas ideas fueron expuestas por esta misma Sección en el fallo de 13 de marzo de 1976.

SEGUNDO.

Tampoco es inepta la demanda por el segundo aspecto alegado, o sea por no haberse presentado la declaración descriptiva del inmueble. Esta declaración sí se presentó en su debida oportunidad y constancia de esto existe dentro del proceso. Baste leer la fotocopia auténtica de este documento que obra a fols. 26 y ss. del Cuaderno Principal. Allí, en obedecimiento al acuerdo Nº 1 de 1962 expedido por el Incora, se hace la descripción del predio "Las Mercedes", dentro del cual, en ese entonces, estaba comprendido el hoy denominado "Verdun". Tan cierto es esto que la misma Resolución 4944 comienza con el reconocimiento de que el propietario hizo la descripción del inmueble en la forma exigida por la ley y para los efectos de la misma. (fol. 78 Cuaderno Principal).

Pero como si esto fuera poco, la Resolución 722 de 11 de diciembre de 1969, que ordenó iniciar el procedimiento de extinción sobre el predio "Verdun", introduce sus considerandos con la afirmación de

que el propietario había presentado la declaración descriptiva a que se refiere el acuerdo 16, de junio 6 de 1966 del mismo Instituto (fol. 11 Exp. 7026).

De manera que, en una u otra forma, el requisito estuvo bien satisfecho. Y aunque no lo hubiera hecho así el actor, la circunstancia de formar los antecedentes administrativos parte de este proceso y de encontrarse en éstos la prueba del cumplimiento de tal exigencia, subsana o llena cualquier vacío de los anotados inicialmente.

Por lo demás, está plenamente establecido dentro del proceso que el predio "Verdun" hacía parte de la finca de mayor extensión conocida como "Las Mercedes", de propiedad del señor Antonio Barros Duque, quien hizo la presentación descriptiva del inmueble, tal como se desprende de la Resolución 4944 tantas veces mencionada. E igualmente se comprobó que esta última finca, a la muerte de su dueño, fue fraccionada entre los causahabientes señores José de la Cruz y Julio César Barros Tobías, quedando aquél como dueño del lote "Verdun" y éste de otro que recibió el nombre de "Las Mercedes", como la totalidad del inmueble.

Las pruebas a este respecto son numerosas, elocuentes e inequívocas; lo que hace inexplicable las afirmaciones del Incora a este respecto. Baste leer los certificados del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obran a folio 2 de los expedientes administrativos 7026 y 7028; el memorando elaborado por el visitador del Incora, señor Abel Ariza, que se lee a folio 11 de este último expediente y la constancia dejada por el doctor Wenceslao Mestre C., abogado auxiliar del Instituto, que obra a folio 12 del mismo. Igualmente las Resoluciones 720 y 722 de 1969 corroboran este aserto en textos que no dejan margen a duda, como también la misma Resolución impugnada 02914 (fol. 40 c. p.).

El problema de fondo

Acreditado como está que la finca "Verdun" formaba parte de otra de mayor extensión conocida como "Las Mercedes" y que el propietario de ésta, señor Antonio Barros Duque fue favorecido con la declaratoria de finca explotada por parte del mismo Instituto de la Reforma Agraria, según consta en la Resolución Nº 4944 de 6 de agosto de 1964, se entra a considerar el argumento expuesto por la demandante en torno a la violación del artículo 6º de la Ley 200 de 1936.

Dice esta norma: "Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta Ley durante 10 años continuos...".

En armonía con este dispositivo el artículo 33 de la Ley 100 de 1944, estatuye: "Los titulares del derecho de dominio o propiedad sobre predios rurales, que hayan realizado la explotación económica de los mismos durante el tiempo indicado en el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, y en la forma en esa y en esta Ley previstas, podrán obtener la declaración judicial de haber realizado la explotación económica en los términos y para los efectos de la Ley 200 de 1936, y en consecuencia el terreno de tales declaraciones se hallará libre por 10 años de la

acción extintiva de dominio que consagra el artículo 6º de la referida ley.

Relacionando estas dos normas, resulta:

La primera le da la iniciativa a la Nación para que declare la extinción del derecho de dominio sobre las tierras que se dejen de explotar por un término superior a los 10 años.

Y la segunda le brinda a los propietarios que quieran ampararse temporalmente de los efectos extintivos del artículo 6º, la oportunidad para obtener la declaratoria judicial de explotación económica, con la cual no podrán ser molestados en los 10 años siguientes. Como es obvio, la cosa juzgada protegerá a los propietarios y obligará al Instituto.

Pues, bien, si la misma Nación que incuestionablemente es la principal interesada en que las fincas rurales se exploten adecuadamente, mediante un acto administrativo suyo reconoce ese hecho de explotación, no repugna que el respectivo propietario goce de similares derechos a los logrados por aquéllos que obtuvieron la declaración judicial de explotación.

Con este criterio debe interpretarse el alcance del parágrafo del artículo 3º del Decreto 1902 de 1962, que a la letra dice: "Si de la información previa obtenida por el Instituto resultare evidente que el fundo respectivo se encuentra explotado conforme a las exigencias legales, la resolución de que trata este artículo lo declarará así y ordenará suspender todo procedimiento, **sin perjuicio de que se reabra en cualquier momento posterior o se inicie uno nuevo, si las circunstancias variaren o fuere errada, falsa o incompleta la información anterior.** (Subrayas fuera del texto).

Muestra la norma que se deja transcrita que fuera de la declaratoria judicial de explotación que consagra la Ley 100 de 1944 y que proyecta sus efectos durante 10 años, el estatuto agrario permite la declaración administrativa oficiosa de explotación, la que, en principio, tiene los mismos efectos temporales que aquélla, solo que por los motivos allí anotados podrá revocarse en cualquier momento posterior (claro está, antes de los 10 años), si las circunstancias variaron o si la información previa obtenida y que produjo la declaratoria de explotación, fuere errada, falsa o incompleta. Sobra recordar que frente al acto administrativo no cabe hablar técnicamente de la cosa juzgada, máxime cuando, como en el caso concreto, la misma ley autoriza, por motivos específicos, la revocatoria.

Por regla general el acto administrativo que crea un derecho, subjetivo o reconoce una situación individual y concreta es irrevocable y sólo podrá revocarse mediante la autorización expresa y escrita de su titular. Esto en principio, porque si el acto mismo hace reserva de revocación por permitirlo así la ley que le sirvió de fundamento, nada impide que la administración haga desaparecer el acto inicialmente expedido. No tendría sentido que ésta tuviere que mantener un acto suyo tomado con base en informaciones erradas, falsas o incompletas. Lo que sí no puede hacer el Instituto es revocar sin motivo valedero alguno el acto de explotación, sin que medien las pruebas de ese error, de esa falsedad o de la insuficiente información. Y es precisa-

mente aqui donde radica la falla del Incora en el presente asunto. Los motivos expuestos para reabrir el proceso de extinción carecen de seriedad, ya que las pruebas de la explotación practicadas a sus instancias y evaluadas por el mismo Instituto desarman su intento y muestran cómo no existió información con las características anotadas y exigidas en la ley. Esta insuficiente justificación permite inferir que el Instituto tenía que respetar los 10 años que en ese entonces protegían el derecho del propietario cuyo fundo había sido declarado administrativamente como bien explotado y que el proceso de extinción que culminó con la Resolución impugnada (02914) es nulo por ilegalidad.

La administración, para tal efecto, tenía que motivar. Pero no cumplía esa exigencia de cualquier manera. La motivación debía ser seria, suficiente y adecuada, características que no se dieron en la práctica, resultando además que el acto fue expedido en forma irreguar. Y se tienen los motivos como insuficientes, puesto que los narrados en la resolución impugnada (a fol. 40 del c.p.) son simples afirmaciones que no demuestran, como era de rigor, por qué los informes iniciales y que sirvieron de fundamento a la Resolución 4944 de 1964 estaban errados o eran falsos. La simple confrontación de las diligencias de inspección judicial practicadas en las diferentes épocas, por sí sola, no prueba ninguna de estas circunstancias ni permite colegir que la información inicial era incompleta, porque tanto la una como la otra fueron practicadas por funcionarios del Incora, de igual o similar idoneidad profesional y en cumplimiento de sus funciones. Por lo demás, nadie ha puesto en duda, ni siquiera el mismo Instituto, la seriedad de la actuación de los que intervinieron en primer término. No acepta la Sala que el factor posterioridad, por ese solo hecho, tenga mayor fuerza y desconozca de buenas a primeras las diligencias iniciales que se practicaron para la extinción del predio "Verdun".

Así, pues, debió la administración para salvaguardar la garantía del debido proceso, exponer en qué consistió el error inicial o su falsedad o cuáles fueron las circunstancias que variaron. No existe prueba de ninguna denuncia que corrobore siquiera uno de los extremos. El simple enunciado de las causales no suple el deber de motivar que tenía la entidad, derivado de la naturaleza misma del acto y sobre todo por ser desfavorable para los intereses del administrado.

Entendido así el parágrafo del artículo 3º del Decreto 1902 de 1962, se concluye por qué esta norma no excede la potestad reglamentaria y por qué ella sí es una reglamentación apropiada, expedida por el Gobierno para la cumplida ejecución del artículo 6º de la Ley 200 de 1936, hoy en parte modificado en cuanto a su plazo, por el artículo 3º de la Ley 4ª de 1973. La interpretación hecha en la demanda, de ser aceptada, conduciría al absurdo de que la administración quedaría atada a un acto de extinción durante 10 años, así éste se hubiera dictado con franco desconocimiento, y aún dolosamente, de la verdadera situación del fundo rural.

Y si alguna duda quedara, la salvaría con creces el concepto del procurador agrario, doctor Jaime Burgos Pareja, quien es enfático en afirmar que en el caso **sub judice** la administración no tenía razones valederas para decretar su extinción. (fols. 2 y ss. del c.p.).

No hará la Sala ningún pronunciamiento en torno a la Resolución Nº 722 de 11 de diciembre de 1969, mediante la cual se ordenó iniciar el proceso de extinción del dominio del predio "Verdun", por cuanto este acto es de simple trámite y contra tales medidas no procede acción contencioso administrativa.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

1º Declárase la nulidad de la Resolución Nº 02914 de 31 de julio de 1974 proferida por el gerente general del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

2º Ofíciese, con copia auténtica de esta decisión, al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito de Plato (Magdalena) para que cancele los registros que se hayan efectuado sobre el inmueble el "Verdun" y que hagan referencia a las Resoluciones Nº 722 de 11 de diciembre de 1969 y 02914 de 31 de julio de 1974, proferidas, en su orden, por el director regional del Proyecto Magdalena y por el gerente del Incora.

3º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese. Notifíquese y cúmplase.

Este fallo fue discutido y aprobado en la reunión efectuada el día 15 de diciembre de 1977.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INCORA. — Nulidad de la Resolución Nº 00295 de enero 29 de 1975 proferida por este Instituto, y la aprobación que le fue impartida por la junta directiva de dicho Instituto, en la misma fecha según acta Nº 420 por las cuales se declaró extinguido el Derecho de Dominio sobre el Predio "LA POPA" en el Municipio de Cabrera Departamento de Antioquia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera — Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 1826. Actor: Aureliano Restrepo y otra.

En demanda presentada ante esta Corporación el 9 de junio de 1975, por medio de apoderado, el señor AURELIANO RESTREPO y la señora GAYE HORNEY DE RESTREPO, solicitan se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1ª Que se declaren que son nulas por violación de la ley, por falta de motivos o de error en ello, o desvío o desviación de poder; o error en la aplicación de la ley; o por cualquier otra causa que estime el Honorable Consejo de Estado, la Resolución Nº 00295 de 29 de enero de 1975, originaria del señor gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, así como el Acta Nº 420 originaria de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria de fecha 29 de enero de 1975, en la parte en donde debe aparecer la aprobación explícita del señor Ministro de Agricultura, actos por medio de los cuales se declaró extinguido el dominio privado de la finca rural denominada 'LA POPA' ubicada en jurisdicción del Municipio de Cáceres, Inspección de Puerto Bélgica, Vereda de Corrales, Departamento de Antioquia, cuya alinderación quedó determinada anteriormente, y del derecho real accesorio de hipoteca a que se refiere la Escritura Nº 2134 de 16 de junio de 1964, Notaría 1ª de Medellín por la cual los señores Aureliano Restrepo y señora Gaye Horney de Restrepo son deudores del Banco Popular, que aparece debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, Departamento de Antioquia.

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior no se ha perdido por los actuales propietarios, el dominio y propiedad

de todo o parte de la finca 'LA POPA' ya determinada, por cuanto no se ha cumplido el fenómeno jurídico de la extinción de dominio privado a favor de la Nación, de que habla el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, ni se ha extinguido el derecho accesorio de hipoteca constituido a favor del Banco Popular por los señores Aureliano Restrepo y Gaye Horney de Restrepo que aparece debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, Departamento de Antioquia.

Como hechos en la demanda se relataron los siguientes:

"1º Mis poderdantes son propietarios del inmueble denominado 'LA POPA' ubicado en el Municipio de Cáceres, Departamento de Antioquia, inmueble que fue adquirido parte, por el señor Aureliano Restrepo por compra a Guillermo Arango Vélez, por Escritura pública 5438 de 3 de septiembre de 1958 de la Notaría 4ª de Medellín, registrada el 15 de septiembre de 1958 en el Libro 1º Tomo 2º folio 370 Nº 1145 y por la señora Horney de Restrepo por compra a Cecilia Gallego, mediante Escritura Nº 3165 de 20 de septiembre de 1945, Notaría 3ª de Medellín, registrada el 4 de octubre de 1945, en el Libro 1º, Tomo 2º, folio 299, Nº 138.

"2º Que el señor Guillermo Arango Vélez adquirió en remate dentro del proceso hipotecario contra la señora Sara Marín de Ospina, Juzgado 2º Civil de Medellín, cuya sentencia se fecha 2 de agosto de 1957, se registró el 1º de febrero de 1958 Libro 1º, Tomo 1º, folio 151.

"3º Que la señora Sara Marín de Ospina, adquirió por compra a la Señora Gaye Horney de Restrepo por Escritura 2460, de abril 18 de 1936, de la Notaría 4ª de Medellín, registrada el 26 de abril de 1956, en el Libro 1º, Tomo 1º, folio 294, Nº 363.

"4º En el libro de Hipotecas, Tomo 1º, folio 270, Nº 155 con fecha 19 de junio de 1964, se registró la Escritura Nº 2134 de junio 16 de 1964, Notaría 1ª de Medellín un gravamen hipotecario de primer grado sobre el inmueble 'LA POPA' a favor del Banco Popular.

"5º Mis poderdantes, y sus antecesores desde que los inmuebles salieron del dominio del Estado, en línea ininterrumpida de títulos, han ejercitado sobre la finca en referencia actos de dominio, propios de dueño a que se refiere el artículo 1º de la Ley 200 de 1936.

"6º Los actuales propietarios han ejercitado actos propios de dueño sobre la finca en referencia en todo tiempo y salvo durante la situación de orden público, por falta de garantía para vida y bienes, pero en ningún caso el término de no explotación forzosa ha sido superior a un año.

"7º Mis poderdantes en tiempo oportuno, y ante la autoridad competente, presentaron la declaración descriptiva del predio en referencia, para dar cumplimiento al acuerdo Nº 16 de 6 de junio de 1966, originaria de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria tal como aparece en el aparte 1º de

la Resolución 00295 de 29 de enero de 1975, que reza así: 'En cumplimiento del acuerdo Nº 16 de junio 6 de 1966, emanado de la Junta Directiva del Instituto, los interesados presentaron la declaración descriptiva del inmueble denominado 'LA POPA', ubicada en la vereda de Corrales, Inspección de Puerto Bélgica, Municipio de Cáceres, Departamento de Antioquia'.

"8º La Dirección del Proyecto de Antioquia dictó la Resolución 008 de marzo 12 de 1969, que ordenó realizar las diligencias administrativas para establecer si procede a declarar la extinción de dominio privado sobre la finca 'LA POPA' de que se trata.

"9º La providencia respectiva se inscribió el 4 de agosto de 1969, en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, en el Libro Nº 2, Tomo 1º, folio 422 Nº 258. Igualmente la misma seccional de Medellín notificó la providencia de 4 de agosto de 1969 al Procurador Agrario y a los propietarios inscritos.

"10º Por auto de enero 27 de 1972 el Instituto de la Reforma Agraria 'ordenó una diligencia de alinderación de zonas y señaló para su iniciación el día 15 de febrero del mismo año, no pudiéndose llevar a cabo en la fecha señalada se pospuso para el día 22 del año y mes en curso. El informe de la diligencia se aprecia al folio 66'.

"11º Como fundamento de la Resolución 00295 de 1975 se dijo: 'conforme al certificado de Registro visible a folios 98 y 99, expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Yarumal, con fecha febrero 21 de 1973, el predio 'LA POPA' es de propiedad del señor Aureliano Restrepo y la señora Gaye Horney de Restrepo, quienes lo adquirieron así: el primero, por compra al señor Guillermo Arango Vélez, según Escritura Nº 5438, de 3 de septiembre de 1958, de la Notaría 4ª de Medellín, registrada el 15 de septiembre de 1958 en el Libro Primero, Tomo 2º folio 370, Nº 1145 y la última por compra a la señora Sofía Gallego mediante Escritura Nº 3165 de 20 de septiembre de 1945, de la Notaría 3ª de Medellín, registrada el 4 de octubre de 1945, en el Libro 1º, Tomo 2º folio 299, Nº 1138.

"12º En el Certificado de propiedad aparece en el Libro de Autos de Embargos, Tomo 1º folio 232, Nº 82, con fecha 6 de agosto de 1969, aparece registrado el oficio Nº 1387 de 31 de julio de 1969, del Juzgado 12 Civil Municipal de Medellín en el cual se comunica que en el juicio hipotecario del Banco Popular, contra los señores Aureliano Restrepo y Gaye Horney de Restrepo decretó el embargo del inmueble 'LA POPA'.

"13º Como fundamento de la resolución se afirma que 'el inmueble tiene una cabida de 700 hectáreas, que solamente se ejerce dominio sobre 200 hectáreas aproximadamente ya que el resto está en poder de ocupantes'.

"Las 200 hectáreas administradas por el propietario se encuentran conformadas por dos lotes discontinuos, uno de los cuales tiene cercas artificiales por dos de sus costados". Como base de la resolución se acepta que en la finca 'La POPA' hay construidas

'casa principal, de una planta, en regular estado, paredes de madera, techos de cartón prensado e impermeable, piso de cemento, tres cuartos, una construcción aledaña a la anterior; un corral de ganado cerrado con cuatro hilos de alambre. Que se encontraron en la zona no ocupada por colonos 10 cabezas de vacunos y dos de equino. Igualmente se establece que la administración 'se ejerce por un mayordomo, con autorización del dueño'. Se acepta en la resolución 'que la superficie del predio es de 1.250 hectáreas, excluyendo de éstas 400, que según manifestó el propietario, habían sido vendidas con anterioridad a la afectación del predio por el Instituto'. Se acepta que la mayoría de los terrenos son de tercera clase y más bien aptos para la explotación pecuaria. La topografía es ondulada, con algunas pendientes que tienen hasta el 40% de inclinación'.

"14º Como consideraciones finales dice la resolución 'En desarrollo del artículo 30 de la Constitución Nacional y con el fin de establecer equilibrio entre las garantías que amparan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, con la función social que implica obligaciones, la Ley 200 de 1936, en su artículo 16, establece en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se deja de ejercer en la forma prevista por el artículo 1º de la citada ley, es decir: mediante la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, durante el término legal, dando en esta forma a la extinción de dominio una apariencia de prescripción extintiva de los derechos del particular que deja de poseer económicamente predios. El procedimiento se reglamenta en la ley de tierras. la Ley 135 de 1961, la Ley 4ª de 1973 y el Decreto 1577 de 1974'.

"15º Para fundamentar lo dicho en el numeral anterior. o sea, que se aplique la Ley 200 de 1936. artículo 30 de la Constitución Nacional. Ley 135 de 1961. Ley 4ª de 1973 y Decreto 1577 de 1974. se determina: que 'conforme al artículo 11 del Decreto 1577 de 1974. la carga de la prueba sobre la explotación económica en las diligencias que se adelantan ante el Instituto y en el proceso de revisión correspondiente al propietario: en caso de que el interesado no solicite Inspección Ocular, el artículo 13 inciso 2º del citado Decreto, faculta al Instituto para practicar una diligencia de alindación de zonas cuya finalidad es determinar las porciones que se encuentran económicamente explotadas por el propietario, las explotadas por colonos que no reconocen vínculo de dependencia, y las porciones incultas. Al realizar dicha diligencia sobre el inmueble, objeto de este procedimiento, se establece que por parte de los propietarios no se adelanta ninguna explotación económica; que la existencia pertenece a los ocupantes o colonos y se reduce a labores agropecuarias. Para examinar la explotación adelantada por éstos, que es la única existente en el predio, se da aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 135 de 1961'.

"16º Claramente queda establecido en la resolución cuyas transcripciones he hecho en los artículos anteriores; a) que la finca tiene 1.400 hectáreas; b) que la misma finca tiene una extensión de 1.000 hectáreas; c) que esta misma finca tiene una exten-

sión de 200 hectáreas en poder de sus dueños inscritos dentro de la cual se encontraron cerramientos, casas, etc.; d) que la finca tiene 200 hectáreas y un administrador que dirije (sic) la explotación de la misma en nombre de los propietarios; e) que dentro de la finca se encontraron unos semovientes, así como cerramientos en alambre de púas.

"17º Los linderos están determinados en la resolución de extinción de dominio pero no se sabe a qué extensión de terreno se refieren y se puede afirmar, que los linderos anotados no concuerdan con los de la finca 'LA POPA', están totalmente equivocados y no se sabe si corresponden a 1.400 hectáreas, aceptando el hecho de que no se tiene en cuenta las 400 vendidas con anterioridad a la inspección.

"18º En el contexto de la resolución cuya revisión se solicita, aparece que el 40% de la finca es inexplotable por razón de su situación. Asimismo se determina que el terreno es de tercera clase y por lo tanto la explotación de la totalidad de la finca no sería remunerativo para el propietario. Se ignora que no solamente hay reserva forestal que defienda el agua, sino otras que debían tenerse como reservas en calidad de bosques naturales, según las determinaciones de la ley.

"19º La resolución conforme a igual a las determinaciones de la Ley 135 de 1961 y las de la Ley 4ª de 1973 aplicando indiscriminadamente las disposiciones referentes a una y otra situación de carácter jurídico, no solamente en lo sustantivo sino en lo procedimental.

"20º La Ley 200 de 1936 y su desarrollo en la Ley 135 de 1961 establecieron una situación jurídica a favor del propietario en donde aparecen presunciones que se deben tener en cuenta para el efecto de determinar si se han cumplido por parte del Estado, a) que es aplicable la función social de la propiedad; b) que la aplicación de esta situación jurídica no nace con la sola manifestación de la ley, sino que durante el desarrollo del procedimiento administrativo ha sido establecido por el Estado y aceptado por éste que no hay explotación por económica, útil y rentable en un predio; c) que el dominio se ha perdido por inactividad, o sea abandono del poseedor inscrito de un terreno, durante diez años continuos.

"Como no se trata de establecer un derecho subjetivo sino objetivo, el Estado no puede proceder a declarar extinguido el dominio sin haber preestablecido plena, clara y completamente la inactividad, o la no explotación de un terreno. El Estado, dentro del juego del Estado de Derecho, representa los intereses colectivos y no puede, sin fundamento absoluto, declarar que no se ha cumplido la función social de la propiedad y que por lo tanto tiene mejor título para que el bien revierta a su patrimonio.

"21º El Incora teniendo como único fundamento el Acta de Visita, determinó que el predio 'LA POPA' no estaba ajustado, en su aprovechamiento económico, a los requisitos legales que gobiernan la materia.

"22º El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria decretó de oficio, sin intervención de parte con fundamento en el artículo 3º inciso 3º, del Decreto 1902 una diligencia de examen de alinderación; como resultado de tal diligencia se rindió un informe en el cual se determinó que existía una explotación parcial de la finca, o sea 200 hectáreas con ganadería, lógicamente con pastos naturales y artificiales. Igualmente se afirmó que existía una parte de la finca explotada por arrendatarios pero que no reconocían dominio ajeno.

"23º Con fundamento único en esta visita se desconoce lo consignado como un derecho absoluto del propietario según lo establecido en el artículo 1º inciso final de la Ley 200 de 1936 y 9º inciso 2º del Decreto 59 de 1938 sobre la zona inculta que el propietario puede conservar y sobre la cual el Consejo de Estado en múltiples sentencias ha establecido que no puede ser desconocido este derecho ni ignorarse por el Estado lo consignado en los artículos transcritos.

"24º Los actos propios de dueño han sido ejercitados directamente por los propietarios, en el período de diez años anteriores a la resolución aludida, o por medio de terceras personas, bien dependientes de éstos o con contrato de arrendamiento, aparcería, pastaje o similares, sin tomar en cuenta que no se puede cambiar la situación jurídica de los actuales ocupantes tenedores del terreno, porque ellos ingresaron no como colonos sino como arrendatarios y ese carácter no puede ni cambiarse ni ignorarse en lo relativo al acto jurídico y a la explotación económica de la tierra. En cuanto a la clasificación legal, la finca debe ser considerada en la extensión en que aparece en poder de terceras personas, como deficientemente explotada por ser dicha explotación efectuada por arrendatarios.

"25º La finca 'LA POPA' aún en el momento a que se refiere la diligencia de examen, no estaba abandonada y sobre ella se ejercitaban actos de dominio propios de dueño.

"26º La finca 'LA POPA', tiene y ha tenido las reservas de bosque que la Ley 200 de 1936 y las disposiciones complementarias establecen para conservación de las aguas. Igualmente tiene las reservas de tierra inculta necesarias para la explotación económica y como complemento para mejor aprovechamiento.

"27º Una gran extensión de la finca 'LA POPA', dado el nivel del terreno no debe ser explotada, por cuanto la destrucción de bosques es antieconómica y por disposición legal deben ser estos conservados como necesarios para evitar la erosión del terreno.

"28º El artículo 6º de la Ley 200 de 1936, lo que castiga es el abandono de una finca, pero no cualquier clase de abandono, sino el realizado durante diez años continuos, estableciendo como pena la extinción del dominio privado a favor de la Nación.

"El factor continuidad es de la esencia del Artículo y cuando la ley establece la creación o extinción de un derecho, los actos ejecutados en el tiempo intermedio suspenden o enervan el derecho que debe hacer para el tercero, en este caso la Nación. El

derecho de la Nación no nace sino después de que el propietario ha dejado de ejercer el derecho de dominio, por la no ejecución de actos de dueño sobre el inmueble de que se trata, durante 10 años continuos, en el caso del artículo 6º de la Ley 200 de 1936, ó 15 de acuerdo con la Ley 100 de 1944, ó 3 a partir del 29 de marzo de 1973, fecha en que empezó a regir el artículo 3º de la Ley 4ª de 1973".

Como disposiciones violadas se citaron por los actores las siguientes: Los artículos 1º y 6º de la Ley 200 de 1936, el Decreto 0059 de 1938, la Ley 135 de 1961 y el Decreto 1902 de 1962.

El proceso ha recibido el trámite exigido por la ley, y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia, previas las siguientes consideraciones:

El concepto Fiscal

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, doctor Gilberto Gartner Posada, conceptúa que deben anularse las Resoluciones acusadas. Al efecto, hace las siguientes consideraciones:

"....

"No obstante que el actor no acompañó copia auténtica de la declaración descriptiva del inmueble, requisito para poder recurrir al Contencioso en demanda de revisión es lo cierto que en la Resolución Nº 00295 de 20 de enero de 1975, acto acusado, aparece que el propietario de la finca 'LA POPA', sí presentó dicho documento y por lo tanto debe entrarse al fondo del asunto.

"Para respaldar las aseveraciones contenidas en la demanda el actor solicitó abundantes pruebas: a fl. 35 del cuaderno Nº 2 se encuentra la declaración rendida por SIXTO MANUEL TRESPALACIOS: al folio 48 las rendidas por HUGO SANCHEZ ZAPATA y ROBERTO ALZATE, a fl. 50 del mismo cuaderno aparece la declaración de HERNAN SANCHEZ ZAPATA, al 51 la del doctor ALFONSO PALACIO CALLE, al 53 la del señor JULIO BOTERO MEJIA.

"De la lectura de estas declaraciones se desprenden varios puntos esenciales: en primer lugar, que sí se presentaron hechos de violencia que determinaron el transitorio abandono por parte del propietario del inmueble LA POPA de su explotación económica. Tales hechos se tradujeron en el incendio de la casa de habitación, el envío de 'boletas' en las cuales se proferían amenazas contra la vida del doctor AURELIANO RESTREPO dueño de la finca, etc. Para la Fiscalía, dichas declaraciones por la calidad de los testigos, abogados notables como ALFONSO PALACIO CALLE, comerciantes, ganaderos que tuvieron ganados a utilidades en la finca 'LA POPA' (declaración de HERNAN SANCHEZ ZAPATA) etc. son suficientes para producir la convicción de la veracidad de sus afirmaciones.

"El otro punto importante que se desprende de dichas declaraciones es el relacionado con la explotación de la finca por par-

te de su propietario. Todos los testigos conocieron la finca, la visitaron con alguna frecuencia y por eso afirman que el doctor Restrepo sí explotó la finca LA POPA con ganados y con cultivos y dicha explotación la efectuó el propietario con anterioridad a 10 años contados hacia atrás desde la fecha de la Resolución. Es muy importante tener en cuenta sobre este punto la calidad de los testigos, ya que uno de ellos fue el mayordomo de la finca, otro tuvo ganados de su propiedad pastando en la finca LA POPA y otros eran vecinos de la propiedad de que es objeto este litigio. Se desprende de todas sus declaraciones que, cuando la situación de orden público era normal, el doctor Restrepo explotaba su finca adecuadamente y por lo tanto se puede afirmar que cumplía con la función social que debe tener la propiedad; si esa explotación se interrumpió no fue por negligencia de su propietario sino porque el Estado no le garantizó ni su vida, ni sus bienes y por lo tanto no es justo que el mismo Estado saque provecho de esa situación.

"Las declaraciones de los testigos encuentran respaldo en la diligencia de Inspección Judicial practicada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por comisión conferida por el Consejo, visible el acta a folios 75 y siguientes y con el dictamen pericial visible a folios 88 y siguientes. Si se examinan estas dos pruebas vemos que están completamente comprobados los dos hechos de que se ha venido hablando en este concepto, o sea: a) que hubo explotación económica del predio LA POPA y b) que en dicho predio se presentaron hechos de violencia que impidieron a su propietario continuar dicha explotación".

Para resolver se considera

Aunque las consideraciones anteriores serían suficientes para la prosperidad del libelo inicial del litigio, no sobran las siguientes:

a) Aunque la prueba de la explotación económica, según la ley, pesa sobre el propietario, dentro del proceso administrativo de extinción del dominio, ello ha de entenderse que es necesario cuando el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, da por establecido, en las visitas previas, el abandono del predio referido, mas no cuando sucede, como en el caso de autos, que tales diligencias apenas demuestran una inadecuada explotación o un abandono parcial, circunstancias reguladas en la Ley de Reforma Agraria como motivos determinantes de una forma de pago, en caso de expropiación, distinta al pago que debe hacerse de las zonas adecuadamente explotadas, pero que no genera la extinción del dominio. Para que este fenómeno ocurra, a tenor de las Leyes 200 de 1936, 100 de 1944 y 4ª de 1973, es preciso que se configure el abandono de la propiedad rural, por carencia de actos de señor y dueño, durante 10, 15 ó 3 años, según la disposición aplicable;

b) Aparece de autos, plenamente comprobado, que hasta la primera visita del INCORA, el demandante estaba explotando normalmente su finca, sin invasiones, sin colonos, sin problemas, los que sobrevinieron, coincidencialmente, a raíz de tal visita, con insistentes rumores en la región, de que tales atropellos eran auspiciados o inducidos por el mismo INCORA;

c) En tales circunstancias, incendian la casa principal de la finca, se roban las cercas, amenazan, por escrito al propietario y lo obligan, de ese modo, a abandonar la explotación directa de su propiedad, ante la inútil queja elevada ante las autoridades policivas de la zona;

d) Los trabajadores, mayordomo, y peones, truecan su condición de empleados por la de invasores y es esta situación, creada a raíz de la primera visita del Incora, con su culpa o sin ella, la que se esgrime como fundamento de la Resolución acusada, es decir, a la falta de protección debida a todos los ciudadanos, a los atropellos sufridos por el propietario, se suma, como última etapa, la extinción del dominio.

e) Por lo demás, la misma Acta del INCORA, reconoce la existencia de zonas boscosas que dada la topografía del terreno, deben ser conservadas, y, por lo mismo, su conservación implica la normal explotación de los mismos.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Falla:

PRIMERO. Son NULAS la Resolución Nº 00295 de 29 de enero de 1975, expedida por la Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la aprobación que le fue impartida por la Junta Directiva de dicho Instituto, en la misma fecha, según acta Nº 420, por las cuales se declaró extinguido el derecho de dominio sobre el predio rural denominado 'LA POPA', ubicado en jurisdicción del Municipio de Cáceres, Departamento de Antioquia, vereda de Corrales, Inspección de Puerto Bélgica.

SEGUNDO. Comuníquese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Yarumal, Antioquia, a efecto de que cancele el registro de los actos anulados y reponga con toda su vigencia legal, los registros que en virtud de tales actos haya cancelado, en forma que continúe figurando como poseedores inscritos los demandantes Aureliano Restrepo y Gaye Horney de Restrepo, lo mismo que el gravamen hipotecario constituido en favor del Banco Popular.

Cópiese. Publíquese. Notifíquese y cúmplase.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día quince de diciembre de mil novecientos setenta y siete.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Origen. Objeto y funciones.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — En la legislación Colombiana (Ley 20 de 1921). Están sometidos a la inspección o Supervigilancia de la Superintendencia Bancaria, como Instituciones o Sociedades de crédito (Decreto 1821 de 1929 Artículo 5º).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., septiembre primero de mil novecientos setenta y siete

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

Referencia: Expediente número 4153. Actor: Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. "Almagrán".

La sociedad comercial Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. "Almagrán", ha demandado del Consejo de Estado la nulidad de los siguientes actos de la Superintendencia Bancaria:

"Superintendencia Bancaria. - Bogotá. OJ. 406. - Bogotá, 17 de diciembre de 1975. - Doctor Tulio Jiménez Barriga, Gerente Sucursal 'El Martillo' - Banco Popular. Ciudad.

"Estimado doctor: Este despacho ha tenido conocimiento de que el día 18 de diciembre del año en curso, esa sucursal efectuará, por cuenta del Almacén General de Depósito Gran Colombia S. A. 'Almagrán', el remate de un vehículo marca 'Ford Mustang', Modelo 1973, tipo coupé, color mostaza y carmelita, de placas AL 3138, por un valor de $ 620.000.00.

"En virtud de que la sociedad 'Suárez Ordóñez y Compañía Limitada, propietaria del vehículo, se encuentra intervenida por este Despacho mediante Resolución número 2217 de 1975 y todos sus haberes embargados por mandato expreso del artículo 3º de la misma, muy atentamente nos dirigimos a usted para solicitar la inmediata suspensión del remate en cuestión, que no puede ser realizado dado que no se obtuvo para ello la autorización previa de este despacho.

"Fundamentamos nuestra anterior petición en los artículos 53 y siguientes de la Ley 54 de 1923, 12 y siguientes de la Ley 66

de 1968, 629 del Código de Comercio y 681 del Código de Procedimiento Civil. Ruégole proceder de conformidad e impartir las instrucciones necesarias. Cordialmente, (fdo.) Daniel Manrique Guzmán, Superintendente Bancario. Primer Delegado".

"Superintendencia Bancaria. - O. J. 407 Nº 27437. Bogotá, 17 de diciembre de 1975. Doctor Clodomiro Gómez Gerente Sucursal Bogotá - Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. 'Almagrán'. Ciudad.

"Estimado doctor: Por medio de la presente comunico a usted que mediante Resolución Nº 2217 de septiembre 11 de 1975 esta Superintendencia tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de la Sociedad 'Suárez Ordóñez y Compañía Limitada' y decretó el embargo y secuestro de todos sus bienes.

"Como esta Superintendencia tiene conocimiento de que la citada firma constituyó el depósito 15262 sobre un automóvil marca 'Ford Mustang', modelo 1973 tipo coupé, color mostaza y carmelito, de placas AL 3138 por un valor de $ 620.000.00; en ese Almacén, y que como consecuencia de ello se expidió el Certificado de Depósito Nº 15262 de 12 de febrero de 1975, que reposa en custodia de ese Almacén, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Resolución 2217 de 1975, muy atentamente le solicitamos se sirva entregar el referido título al señor Hebert Castaño R., con cédula de ciudadanía Nº 17.048.898 de Bogotá, quien para el efecto ha sido comisionado por este Despacho para secuestrar dicho título y hacer entrega del mismo al Instituto de Crédito Territorial.

"Asimismo comunico a usted que el remate del citado vehículo, anunciado para el día 18 de diciembre del año en curso, por el Martillo del Banco Popular y por cuenta de ese Almacén, no puede llevarse a cabo dado que para su realización no se ha solicitado la previa aprobación de este Despacho, necesaria dado que la Sociedad en cuestión se encuentra intervenida.

"Fundamentamos la anterior petición en los artículos 53 y siguientes de la Ley 45 de 1923, 12 y siguientes de la Ley 66 de 1968, 629 del Código de Comercio y 681 del Código de Procedimiento Civil.

"Ruégole en consecuencia impartir las instrucciones del caso, a fin de que el referido remate sea suspendido. Finalmente anoto que de no procederse de conformidad con las instrucciones aquí impartidas, este Despacho aplicará las sanciones previstas para el caso en el Decreto 3233 de 1965. Cordialmente, (fdo.) Daniel Manrique Guzmán. Superintendente Bancario Primer Delegado".

"Superintendencia Bancaria. - OJ. 408 Nº 27586. Bogotá, 18 de diciembre de 1975. Doctor Clodomiro Gómez Gerente Sucursal Bogotá Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. Almagrán. Ciudad.

"Estimado doctor: Me refiero a la diligencia de secuestro del Certificado de Depósito Nº 15262 de febrero 12 de 1975, expedido

por esa Almacén y cuyo embargo fue decretado por Resolución Nº 2217 de 11 de septiembre del presente año, emanada de este Despacho.

"En relación con la diligencia de secuestro del referido título, ordenada mediante comunicación O. J. 407 de diciembre 17 de 1975, se anota que al procederse por parte del funcionario comisionado por este despacho para el efecto, al secuestro material del título, el Almacén se opuso a la diligencia 'por considerar que no existe apoyo legal alguno para que se verifique el secuestro del Certificado, en consideración a que es inoponible el embargo decretado por la Resolución 2217 del 11 de septiembre de 1975, emitido por la Superintendencia Bancaria, ya que dicha disposición es posterior a la emisión del Certificado y el Bono de Prenda Inocua su procedencia, en los términos de los artículos Noveno del Decreto 1821 de 1929 y artículo 1186 del Código de Comercio, toda vez que el embargo originario de esta diligencia no fue notificado como no podía serlo por su datación, con anterioridad a la emisión de dichos instrumentos'; todo lo cual consta en la respectiva acta de la diligencia, copia de la cual estoy enviándole con el presente oficio.

"Sobre el particular este Despacho se permite manifestar:

"1. Que no acepta la referida oposición y por el contrario ratifica la orden contenida en su comunicación O. J. 407 de diciembre 17 de 1975, en el sentido de ordenar llevar a cabo la diligencia de secuestro del aludido Certificado de Depósito Nº 15262 de febrero 12 de 1975 por las siguientes razones:

"Porque el artículo 1186 del Código de Comercio, base de la oposición, lejos de colocar las respectivas mercaderías fuera del comercio, simplemente se limita a expresar que los embargos o gravámenes no comunicados al Almacén **con anterioridad** a la expedición del Certificado no son oponibles al tenedor del certificado o del bono; por lo tanto, dicha norma sólo obliga al Almacén a no expedir los respectivos títulos cuando un embargo o gravamen le ha sido notificado, so pena de hacer al Almacén cambiariamente obligado frente al tenedor del título, pero en ningún momento dicha norma pretende colocar las mercaderías sobre las cuales ha sido expedido Certificado de Depósito o bono de prenda, fuera del comercio, o darles la calidad de bienes inembargables.

"Para ello bastaría leer, cuidadosamente, el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil en cuya enumeración no aparece ni el Certificado de Depósito ni el bono de prenda como bienes inembargables. Por el contrario el artículo 681, numeral 6º de la misma obra señala la forma como deben embargarse los certificados de depósito, caso que nos ocupa.

"Para corroborar lo anterior basta analizar el artículo 629 del Código de Comercio, que expresa que el secuestrado **'sobre los derechos consignados en un título-valor** o sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efecto si no comprenden el título materialmente' (hemos subrayado), norma que claramente está indicando la legalidad de la actuación de este Despacho, en base a

lo dispuesto en la Ley 66 de 1968 cuando decretó el embargo y secuestro del título, dado que la norma en comento muy claramente establece la facultad de secuestrar los derechos consignados en el título mismo.

"En consecuencia, no se acepta la referida oposición y se ordena poner el título Nº 15262 de febrero 12 de 1975 a disposición del doctor Hebert Castaño, quien fue designado para el efecto mediante oficio O. J. 407 de diciembre 17 de 1975, de inmediato, so pena de incurrir en las sanciones administrativas previstas en la ley.

"2. Se reitera igualmente la orden impartida por este Despacho, en el sentido de que el remate del vehículo depositado no puede llevarse a cabo.

3. Finalmente se advierte que contra la presente comunicación procede el recurso de reposición ante el Superintendente Bancario, dentro de los cinco (5) días siguientes hábiles a la fecha de su notificación. Atentamente, (fdo.) Daniel Manrique Guzmán Superintendente Bancario Primer Delegado".

Pide también la nulidad del artículo 1º de la Resolución número 282 de 25 de febrero de 1976, de la misma Superintendencia Bancaria, que decidió adversamente el recurso de reposición interpuesto por "Almagrán" contra los actos transcritos. En ella se repiten con mayor extensión los argumentos expuestos en el oficio 408 de 18 de diciembre de 1975.

Como consecuencia de la nulidad de los actos transcritos, pide se ordene levantar el embargo del automóvil sobre el cual se expidió el certificado de depósito número 15262.

Los hechos sustentadores de la acción los expone así:

"1. El día 12 de febrero de 1975 'Suárez Ordóñez & Cía. Limitada', sociedad domiciliada en Bogotá, celebró con Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. 'Almagrán', sucursal Bogotá, contrato de depósito mercantil sobre un automóvil marca Ford, Mustang, Modelo 1973, tipo coupé, color mostaza y carmelita, Serie 3F-04F-203290, Motor Nº 3F-230290, Placas AL-3138.

"2. En la misma fecha, 12 de febrero de 1975, 'Almagrán' expidió a la orden del depositante, Suárez Ordóñez & Cía. Limitada, el Certificado de Depósito Nº 15262 y el Bono de Prenda Nº 48662, documentos en cuyo cuerpo se faculta al Almacén depositario para vender la mercancía por cualquier procedimiento comercial en el caso de que el deudor no haga la provisión oportuna de fondos para el pago del crédito incorporado al Bono.

"3. Mediante el primer endoso, hecho a la Congregación del Sagrado Corazón, y la entrega del bono, el depositante Suárez Ordóñez & Compañía Limitada se comprometió a pagar a su tenedor la suma de trescientos setenta y dos mil pesos ($ 372.000.00) M. L. C., garantizando la satisfacción de este pago con prenda sobre el vehículo precedentemente identificado, al vencimiento de la obligación, prorrogado al día 17 de septiembre de 1975.

"4. El deudor Suárez Ordóñez & Compañía Limitada se constituyó en mora de pagar a 'Almagrán' los servicios de almacenaje a partir del 12 de julio de 1975, y no satisfizo la obligación prendaria incorporada en el Bono a la fecha de su vencimiento.

"5. El Bono de Prenda Nº 48662 fue presentado a 'Almagrán' por su tenedor, Congregación del Sagrado Corazón, para su pago, a su vencimiento el día 17 de septiembre de 1975, y al no hacer el deudor depositante Suárez Ordóñez & Compañía Limitada, la provisión de fondos para la satisfacción del crédito, 'Almagrán' anotó la falta de pago en el cuerpo del documento, surtiendo en esta forma, el protesto del título.

"6. En comunicación de 22 de septiembre de 1975, la Congregación del Sagrado Corazón, tenedora del Bono, solicitó a 'Almagrán' la venta de la mercancía dada en prenda y el Almacén depositario se dirigió, al día siguiente, 23 del mismo mes y año, en comunicación 785, al deudor depositante Suárez Ordóñez & Compañía Limitada, para notificarle la iniciación del trámite mercantil de enajenación del vehículo. 'Almagrán' optó, discrecionalmente, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 13º del Decreto 356 de 1957, por disponer de la prenda en subasta pública y, al efecto, se dirigió a la Sucursal 'El Martillo' del Banco Popular, en Bogotá, autorizándole, mediante oficio 0870 de octubre 23 de 1975, para proceder a la venta del vehículo por este procedimiento. Dicha entidad efectuó las publicaciones de rigor, señalando como fecha definitiva para la verificación de la subasta el día 18 de diciembre de 1975.

"7. En este estado, el 17 de diciembre de 1975, la Sucursal 'El Martillo' del Banco Popular, recibió de la Superintendencia Bancaria el Oficio Nº O. J. 406, que acuso, ordenando la suspensión de la subasta a pretexto de no haber solicitado ni obtenido el Almacén Depositario autorización previa para tal evento.

"8. El mismo día 17 de diciembre de 1975, la Superintendencia Bancaria dirigió a 'Almagrán' el Oficio acusado O. J. 407, ordenándole suspender la subasta y, al propio tiempo, hacer entrega del Certificado de Depósito Nº 15262, afecto al Bono de Prenda, al funcionario comisionado para practicar su secuestro.

"9. La Superintendencia Bancaria, se dirigió nuevamente a 'Almagrán', en el Oficio acusado Nº O. J. 408, de 18 de diciembre de 1975, para expresar su rechazo a la oposición formulada por éste a la orden de suspensión del trámite regular de la subasta y a la entrega del Certificado, reiterar dichas determinaciones y advertir la procedencia del recurso de reposición.

"10. En la oportunidad procesal, 'Almagrán' interpuso el recurso de reposición contra los actos administrativos contenidos en los tres oficios a que se hace alusión en los hechos inmediatamente anteriores, y la Superintendencia Bancaria, resolvió adversamente dicho recurso mediante su Resolución número 0282 de 25 de febrero de 1975 (sic), providencia cuya declaración de nulidad he demandado igualmente. Esta Resolución fue notificada a mi poderdante el día 10 de marzo de 1975, luego me encuentro en el

término de Ley para promover la presente acción contencioso administrativa de plena jurisdicción de acuerdo con el artículo 83, Inciso Tercero, de la Ley 167 de 1941".

Invoca como disposiciones violadas los artículos 14, 15 y 18 de la Ley 70 de 1921; 9º y 12 del Decreto 1821 de 1929, 12, 13 y 14 del Decreto 356 de 1957; 53, 64 y 65 de la Ley 45 de 1923; y 629, 798, 757, 1184, 1935 y 2033 del Código de Comercio.

El concepto de la violación lo expresa de la siguiente manera, en lo esencial:

"La Superintendencia Bancaria, al producir el embargo de las mercancías afectas al Bono de Prenda de que es tenedora la Congregación del Sagrado Corazón, ha violado directamente la norma vigente de inembargabilidad contenida en el artículo 9º parágrafo primero del Decreto 1821 de 1929, como producto de su confusión entre los derechos incorporados al Certificado de Depósito de que es titular Suárez Ordóñez & Cía. Limitada y entre los certificados y los efectos u objetos depositados. La confusión es ostensible. Ignoró el deslinde jurídico expreso en la Ley, entre la **mercancía** y el **certificado de depósito**. Por esta omisión asimiló el objeto material del depósito —mercancía— al título representativo —certificado— de derechos cambiantes. En la definición de Almacenes Generales de Depósito contenida en el artículo 1º de la Ley 20 de 1921 se hace una clara delimitación sobre estos dos objetos jurídicos. Sobre la mercancía gravitan y se ejercen los derechos específicos del Almacén General y del Tenedor del Bono de Prenda. El Certificado de Depósito, por su parte, sólo representa, al tenor del artículo 757 del Código de Comercio, **los derechos del depositante sobre las mercancías, pero no las mercancías mismas.** Son, pues, dos elementos diferenciados cuyo contenido económico y jurídico tiene valoraciones y configuraciones materiales distintas, con proyecciones antagónicas manifiestas en el desenvolvimiento del depósito comercial, porque mientras las mercancías son inembargables, afectas como están a la libre disposición del almacén depositario, el certificado de depósito, representativo únicamente de los derechos incorporados por el depositante, es embargable según la precisión legal singularizada en el parágrafo segundo del artículo 9º del mismo Decreto 1821. La Ley 20 de 1921, en sus artículo 4º y 15 determinó el sistema de enajenación de los efectos depositados en el Almacén General de Depósito, haciéndola posible únicamente por dos medios, a saber: **el endoso del certificado de depósito simple**, es decir, no afecto al bono de prenda, por su tenedor, y la venta de la mercancía por el Almacén General, excluyendo así, nuevamente, el embargo de los mismos, pues tal embargo conduciría al remate por ante un despacho judicial, efecto dispositivo incompatible con el régimen legal de la libre enajenación de las mercancías depositadas. Estas, en tanto estén afectas al **bono de prenda.** son, pues, inembargables por disposición expresa vigente de la Ley.

"B. Con la expedición de los Oficios y Resoluciones acusados, la Superintendencia Bancaria no solamente quebrantó el precepto legal de inembargabilidad, sino que violó también el sistema de disposición de las mercancías, al considerar que el secuestro

del Certificado de Depósito, que extingue únicamente la facultad que incumbe a su tenedor de transferir sus derechos mediante el endoso, podía extenderse hasta el enervamiento del poder dispositivo del Almacén General, que es un derecho independiente de la tenencia del título valor secuestrado, reconocido en forma directa por la Ley, sin limitación alguna, a partir del abandono de la mercancía y del protesto del bono de prenda.

"El régimen especial vigente establece la coexistencia de dos poderes de disposición sobre las mercancías depositadas en los Almacenes Generales.

"En primer término, la facultad dispositiva del Almacén para su venta directa, como acto que la Ley no sólo le autoriza sino que, además, le impone imperativamente aún en silencio del depositante. Constituye ésta una potestad legítima encauzada hacia la aplicación del producto de las mercancías a la satisfacción de obligaciones originadas en el depósito y al pago del bono de prenda, según el orden prioritario, excepcional, establecido por los artículos 15 de la Ley 20 de 1921 y 13 del Decreto 356 de 1957. La **prelación** fijada en ambas normas tiene carácter **absoluto**, impuesto, pues, por la Ley, a cuyo cumplimiento no puede resistirse el Almacén, protector de la fe pública involucrada en los títulos. Este poder de disposición, fundamento del Depósito en Almacenes Generales constituye la motivación del establecimiento de una legislación especial como que, en su ausencia, bastaría el sistema legal del depósito común para resolver todas las situaciones jurídicas que se susciten.

"El Almacén debe proceder a la venta de la mercancía por la sola exigencia que le formule el tenedor del bono protestado, sin que para ello medie orden judicial o autorización de la Superintendencia Bancaria. La intención del legislador de sustraer la venta de las mercancías a todo procedimiento judicial, sin salvedad de ninguna clase, aparece clara e indiscutible en el régimen depositario, a partir de la Ley 20 de 1921, norma que consagró el procedimiento extrajudicial de venta de las mercancías libre e incondicionado, y la absoluta preferencia de los créditos del Almacén y del Tenedor del Bono de Prenda sobre el producto de su enajenación. Es ésta una preferencia que prima sobre cualesquiera otra, estableciendo implícitamente la Ley que al depositante o Tenedor del Certificado de Depósito sólo puede corresponderle **el exceso** en el valor de la venta sobre el importe del crédito prendario y las expensas del Almacén. El Decreto Ley 356 de 1957, asimismo, promulgó el carácter **absoluto** del privilegio legal en favor del Almacén y del Tenedor del crédito prendario". (El subrayado corresponde al texto original).

Se constituyó parte impugnadora de la acción el Superintendente Bancario.

El concepto Fiscal

El agente del Ministerio Público expone:

"Examinada la actuación de la Superintendencia Bancaria frente a las normas legales que le han confiado la inspección y vi-

gilancia de los Almacenes Generales de Depósito, mediante la aplicación, en lo pertinente, de las atribuciones señaladas en la Ley 45 de 1923 y demás disposiciones concordantes, entre las cuales se encuentran las contenidas en la Ley 66 de 1968 (D. O. 32681) que autorizan a tal organismo para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de vivienda, y teniendo en cuenta las normas que regulan la expedición de Certificados y Bonos por parte de los Almacenes Generales, y las razones expuestas por la Superintendencia para no aceptar la oposición a la diligencia de secuestro del Certificado de Depósito Nº 15262 y para confirmar esa medida, la Fiscalía estima que carecen de fundamento los ataques del demandante.

"Si la Sunperintendencia Bancaria, en ejercicio de sus facultades legales, tomó posesión de los negocios de la Sociedad Suárez Ordóñez y Compañía Limitada, el 11 de septiembre de 1975, podía proceder como lo hizo, de acuerdo con lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 9º del Decreto 1821 de 1929, en armonía con los artículos 681 y 682 del Código de Procedimiento Civil.

"Se observa por otra parte, que tiene razón el doctor José Antonio Tamayo Hurtado cuando anota en su escrito de folio 98 a 99 que el Certificado de Depósito traído en fotocopia al expediente (fl. 49) carece de firmas".

Las consideraciones de la Sala

Para resolver la cuestión planteada, la Sala considera:

1. Del expediente resulta establecido:

a) Que el 12 de febrero de 1975 la sociedad Suárez Ordóñez y Compañía Limitada entregó a los Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. un automóvil marca Ford, en calidad de depósito, por el cual le fue entregado el certificado de depósito número 15262 en el que figura como valor aproximado de la mercancía la cantidad de $ 620.000.00 (folios 48 y 49);

b) Que en la misma fecha los Almacenes le expidieron a la sociedad depositante un bono de prenda con base en la misma mercancía depositada y por igual valor, el cual fue endosado ese mismo día a la Congregación del Sagrado Corazón, para garantizarle el pago de la cantidad de $ 372.000 recibidos por los depositantes en mutuo comercial, para ser pagada el 17 de junio de 1975 y luego prorrogada hasta el 17 de septiembre de 1975. De este endoso se tomó razón al reverso del certificado de depósito número 15262, en la fecha referida (folio 50);

c) Que como los deudores no pagaron el valor del crédito la Congregación hizo protestar el bono y autorizó a Almagrán para vender el automóvil, autorización conferida por carta de 22 de septiembre de 1975 (folio 51);

d) Que los Almacenes confiaron al Martillo del Banco Ponular el remate del automóvil. Así consta en la carta de 23 de octubre de

1975, (folio 52), en la que los Almacenes explican al Banco la causa de la venta de la siguiente manera:

"Por medio de la presente, nos permitimos confiar a esa entidad el remate de un automóvil de las siguientes características: Ford Mustang, 1973 motor 3F-230290, coupé, color mostaza y carmelita, con placas AL-3138. La sociedad Suárez Ordóñez y Cía. Ltda., constituyó sobre este automóvil la obligación prendaria incorporada en el bono número 48662, con vencimiento definitivo al día 27 de septiembre del presente año, título en que se anota la falta de pago. El tenedor del bono, de acuerdo con la facultad que le otorga el artículo 797 del Código de Comercio, nos exige que procedamos a la venta en pública subasta, razón por la cual estamos debidamente facultados para adelantar ante ustedes dicha negociación, que debe efectuarse en la fecha más inmediata posible";

e) Que el banco señaló el 18 de diciembre de 1975 para efectuar el remate, pero el día anterior a esta fecha recibió el oficio Nº 406 de la Superintendencia Bancaria, que se transcribió al principio, en el que ordena suspender el remate, en atención a que la Superintendencia tomó posesión de la sociedad Suárez Ordóñez y Cía. Ltda., mediante Resolución Nº 2217 de septiembre 11 de 1975 y todos sus haberes fueron embargados por la misma (folio 3);

f) Que la Superintendencia Bancaria dirigió a los Almacenes el oficio O. J. 407 de 17 de diciembre de 1975, transcrito arriba, en el que les da cuenta de la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la sociedad Suárez Ordóñez y Cía. Ltda. y del decreto de embargo y secuestro, entre los cuales está el certificado de depósito Nº 15262 de 12 de febrero de 1975 y pide a los Almacenes entregar el referido título al señor Hebert Castaño R., comisionado para secuestrar dicho título y hacer entrega de él al Instituto de Crédito Territorial. Asimismo le comunica que el remate del vehículo a que el título se refiere no puede llevarse a cabo "dado que para su realización no se ha solicitado la previa aprobación de este despacho, necesaria dado que la sociedad en cuestión se encuentra intervenida";

g) El gerente de los Almacenes se opuso al secuestro del título, pero la Superintendencia reiteró la orden, por oficio O. J. 408, transcrito al principio. Interpuesto recurso de reposición por los Almacenes, la Superintendencia mantuvo su decisión por la Resolución número 282 de 25 de febrero de 1976, que en su artículo 1º dispone:

"No revocar las decisiones contenidas en los oficios O.J. 406, O.J. 407 y O.J. 408 de 17 y 18 de diciembre de 1975. Parágrafo. - En consecuencia, hasta tanto no se haga entrega material del título 15262 de febrero 12 de 1975, el doctor Clodomiro Gómez Cárdenas, gerente de la Sucursal Bogotá de los Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. 'Almagrán' queda en calidad de secuestre del certificado de depósito ya citado, con todas las responsabilidades inherentes a dicho cargo".

2. Según el autorizado expositor de derecho comercial doctor Eduardo Soto Pombo, los Almacenes Generales tuvieron su origen en Inglaterra como consecuencia del tráfico comercial con sus colonias, cuando a principios del siglo XIX la empresa llamada West India

Dock se dedicó al almacenaje de mercancías procedentes de América y en vista del gran desarrollo de sus negocios se vio obligada a organizar un servicio de "billetes de depósito", el cual fue complementado más tarde por el **warrant** llamado en la legislación hispanoamericana bono de prenda, a fin de servir a su clientela para lograr préstamos bancarios sobre las mercancías depositadas.

El objeto y funciones de los almacenes los explica de la siguiente manera el mismo profesor:

"El desarrollo prodigioso del comercio y las industrias en el siglo pasado, trajo como consecuencia una gran afluencia al mercado de productos mobiliarios. Bien porque la labor de explotación colonial llenaba los puertos de las metrópolis, ya porque la industria aumentaba crecientemente el número de artículos para la venta, ya porque la mecanización de la agricultura aumentó el número de las cosechas, lo cierto es que los comerciantes, industriales y agricultores se vieron en la necesidad de depositar sus productos mientras eran adquiridos por los detallistas y el consumidor. Naturalmente en el entretanto, la mercancía depositada representaba una gran riqueza inmovilizada, cuyo aprovechamiento era necesario buscar. Los almacenes generales de depósito obviaron tales dificultades.

"En primer lugar el comerciante en poder de una simple oficina pudo mantener en depósito una gran existencia de mercancías, sin recurrir a la adquisición de bodegas propias y un tren de empleados para su cuidado: el mismo fenómeno se presentó para el importador, industrial o agricultor. El depósito en los almacenes no ha sido nunca gratuito, pero sus tarifas en todo caso han representado una gran economía.

"Tampoco puede perderse de vista que hasta cierto punto la responsabilidad por los riesgos pasada a los almacenes, fue otro problema solucionado a muchos intermediarios en el comercio. De conservar en su poder las mercancías, los descuidos de sus empleados les causarían pérdidas, que pasaron a ser a cargo de las entidades depositarias.

"Es decir, los almacenes generales de depósito entraron a recibir las mercancías para su custodia y conservación, y haciéndose responsables de las pérdidas y deterioros, excepción del vicio inherente a los objetos depositados y del caso fortuito o fuerza mayor.

"Además, con el establecimiento de estas instituciones la inmovilidad de las mercancías, con su consiguiente estancamiento de riqueza, vino a convertirse, con la expedición de títulos negociables, en un nuevo incremento de la circulación de la riqueza mueble.

"Al recibir las mercancías se expiden los certificados de depósito, que permiten a los comerciantes la transferencia de la mercancía por venta a terceros, mediante el traspaso del certificado.

"El certificado de depósito mismo, o un título anexo, denominado **warrant** o bono de prenda, vino a desarrollar poderosamente el contrato de prenda comercial, pues al recibir tales títulos de los almacenes el depositante o dueño de la mercancía pudo conseguir dinero prestado con la garantía prendaria de las mercancías, con la venta-

ja adicional de no tener que transportarlas y entregarlas a su acreedor, limitándose exclusivamente a la transferencia del título.

"Además de la función de depositarios, los almacenes, por encontrarse íntimamente conectados con los negocios de mercaderías, prestan importantes funciones como comisionistas para la venta, compra y transporte de las mercancías".

3. Según la legislación colombiana se entiende por almacenes generales de depósito los establecimientos que tienen por principal objeto el depósito, conservación, custodia y, en su caso, venta de mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera y que expidan documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de las mercancías o bien el préstamo hecho con garantía de las mismas (Ley 20 de 1921).

Tales establecimientos los considera la Ley como instituciones o sociedades de crédito y están sometidos a la inspección o supervigilancia de la Superintendencia Bancaria (Decreto 1821 de 1929, artículo 5º).

Los documentos que expidan los almacenes son de dos clases, a saber: certificados de depósito y bonos de prenda.

El certificado de depósito representa la mercancía y está destinado a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo al adquiriente de él la propiedad de la mercancía.

El bono de prenda representa el contrato de préstamo con la consiguiente garantía de las mercancías depositadas y confiere por sí mismo los derechos y privilegios de un crédito prendario. Por tanto, el endoso de los dos títulos produce consecuencias diferentes: el del certificado transfiere la propiedad de las mercancías como sucede con los efectos de comercio. El del bono constituye o transfiere un crédito con garantía prendaria de las mercancías a que se refiere el certificado de depósito correspondiente. Este endoso o cesión del crédito se rige por los principios normativos de los títulos valores.

Para que los almacenes puedan expedir tales documentos de crédito es preciso que las mercancías correspondientes se hallen libres de todo gravamen o embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general. Cuando el gravamen o embargo no hubiere sido notificado antes de la expedición de los documentos será inoponible a los tenedores (Ley 20 de 1921, artículo 8º, Decreto 1821 de 1929, artículo 9º y Código de Comercio, artículo 1186).

Esos documentos los asimila el Código de Comercio a títulos valores y dispone que se les apliquen las disposiciones relativas a la letra de cambio o al pagaré negociable (artículo 766). Pueden ser cedidos por endoso y en tal caso el endoso del bono equivale para el cesionario a la prenda de la mercancía y el del certificado le confiere el derecho de disponer de la mercancía con la condición de pagar el crédito que el bono garantiza (Ley 20 de 1921, artículo 10).

La transferencia por endoso de un título de esta naturaleza implica no sólo la del derecho principal sino también la de los derechos accesorios (Código de Comercio, artículo 628).

Y el artículo 629 de la misma obra dispone: "La reivindicación, el secuestro, o cualesquiera otras afectaciones o gravámenes sobre los derechos consignados en un título valor o sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efectos si no comprenden el título mismo materialmente".

4. De los documentos de la Superintendencia Bancaria, materia de acusación, resulta que esa agencia del Estado, como consecuencia de la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la sociedad Suárez Ordóñez y Cía. Ltda. decretó el embargo y secuestro de todos sus bienes, entre otros el del certificado de depósito número 15262 de 12 de febrero de 1975 y ordenó la suspensión del remate del vehículo automotor objeto del depósito en los Almacenes Generales Almagrán. La parte actora en el presente proceso considera que las dos determinaciones son violatorias de normas legales y pide la anulación de los actos que las contiene.

a) Antes quedó dicho que de conformidad con los artículos 8º de la Ley 20 de 1921, 9º del Decreto 1821 de 1929 y 1186 del Código de Comercio, para que puedan expedirse los certificados y bonos es preciso que las mercancías correspondientes se hallen libres de todo gravamen o de embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general y que cuando exista tal gravamen o embargo pero no hubiese sido notificado se reputarán como inexistentes y libres las mercancías.

Tal previsión de la ley lo que establece es la presunción legal de inexistencia de gravámenes o embargos sobre las mercancías depositadas, a fin de que los derechos de dominio y prenda sobre éstas puedan ser negociados con terceros, por endoso del certificado de depósito y del bono de prenda, teniendo los terceros la seguridad de que las mercancías se encuentran libres de cualquier oposición o excepción por parte de extraños que puedan limitar el ejercicio de los derechos que adquieren. De allí que el primer parágrafo del artículo 9º del Decreto 1821 de 1929 diga: "Una vez expedidos los dichos certificados y bonos, las respectivas mercancías no podrán sufrir embargo, prenda, o cualquier otro gravamen que perjudique su plena y libre disposición".

Pero el parágrafo siguiente del mismo artículo establece: "Por el contrario, el certificado y el bono pueden ser dados en prenda o embargados".

De tal suerte que embargado el certificado de depósito queda embargada la mercancía que él representa, pero no se podrá disponer libremente de ésta sino hasta el vencimiento del contrato de depósito.

Por los oficios acusados, la Superintendencia Bancaria lo que decretó fue el embargo del certificado de depósito y de ninguna manera la mercancía misma, como lo afirma la sociedad demandante, lo que quiere decir que la Superintendencia obró conforme a la ley. Según ésta, el certificado de depósito representa los derechos que existan sobre las mercancías, por lo que no admite que se embarguen las mercancías mismas, pero sí el certificado de depósito.

Resulta también una equivocación de la sociedad actora que la Superintendencia Bancaria no podía embargar el certificado de depósito porque la orden de embargo fue posterior a la expedición del cer-

tificado, apoyándose en lo que disponen los artículos 8º de la Ley 20 de 1921 y 1186 del Código de Comercio, porque lo que tales normas prohíben es que se expidan certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías que estén gravadas o embargadas, lo que no sucedió en el caso que se examina, ya que nadie ha dicho que sobre el vehículo automotor depositado pesaba un gravamen o un embargo antes de la expedición del certificado de depósito;

b) En lo relacionado con la segunda cuestión planteada, de que la Superintendencia Bancaria no podía detener la venta de la mercancía, hay que decir:

Entre los derechos que la ley confiere al tenedor del bono de prenda, cuando al vencimiento del plazo conferido por el acreedor, el tenedor del certificado no paga la obligación, están los siguientes:

1º El derecho de retención de la mercancía se amplía para llegar a ejercitarse no sólo sobre aquélla sino también sobre el producto de la venta de la mercancía dada en prenda y depositada, en forma privilegiada sobre cualquier otro crédito, con excepción de los que tiene el almacén general y que expresamente le otorga la ley, como son los gastos de almacenaje, conservación y comisión.

2º El de solicitar la venta de la mercancía, previo protesto del título, en el almacén general (Ley 20 de 1921, artículo 14).

3º El de que la venta se haga en el almacén general dentro de los treinta días siguientes al del protesto y en remate público, sin intervención judicial, a diferencia del procedimiento general para la subasta. En forma tal que lo único que autoriza suspender el remate es la circunstancia del pago acreditado ante el almacén general (Ley 20 de 1921, artículo 15).

4º El de que con el producto de la venta se pague el importe del crédito que garantiza el bono y los intereses pactados y devengados. Si hubiese exceso en el valor de la venta sobre el importe del crédito prendario será retenido en el almacén general a disposición del portador del certificado de depósito (Ley 20 de 1921, artículo 15). Si el bono ha sido endosado como en el caso de este proceso, la parte embargable será la diferencia entre el valor de la mercancía y el saldo de crédito prendario.

De lo expuesto resulta claro que la Superintendencia Bancaria no tenía facultad para decretar la suspensión de la venta del automóvil depositado, ni tampoco para realizar ella la venta, pues ésta debe realizarla el Almacén General.

No tiene razón la Superintendencia Bancaria cuando sostiene que iniciado un proceso de toma de posesión es a ella a quien corresponde adelantar la venta de los bienes depositados en un almacén general, puesto que las normas de la Ley 45 de 1923 y 66 de 1968 no la autorizan para realizar la venta ni para concentrar en la Superintendencia los procesos de ejecución contra la persona intervenida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Declárase la nulidad total del oficio Nº O. J. 406 de 17 de diciembre de 1975 dirigido por el Superintendente Bancario al gerente del Banco Popular, sucursal El Martillo, transcrito en esta providencia;

2º Declárase la nulidad de lo dispuesto en el tercer párrafo del oficio O. J. 407 de 17 de diciembre de 1975, dirigido por el Superintendente Bancario al gerente de Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. "Almagrán", que dice: "Asimismo comunico a usted que el remate del citado vehículo, anunciado para el día 18 de diciembre del año en curso, por el Martillo del Banco Popular y por cuenta de ese almacén, no puede llevarse a cabo dado que para su realización no se ha solicitado la previa aprobación de este despacho, necesaria dado que la sociedad en cuestión se encuentra intervenida";

3º Declárase la nulidad de lo dispuesto en el ordinal 2º del oficio O. J. 408 de 18 de diciembre de 1975 dirigido por el Superintendente Bancario al mismo gerente de 'Almagrán', que dice: "Se reitera igualmente la orden impartida por este despacho en el sentido de que el remate del vehículo depositado no puede llevarse a cabo";

4º Declárase la nulidad de la Resolución número 282 de 25 de febrero de 1976 de la Superintendencia Bancaria en cuanto no revocó la orden impartida de suspender el remate del vehículo depositado, contenida en los oficios números O. J. 406, O. J. 407 y O. J. 408 de diciembre 17 y 18 de 1975. En todo lo demás queda vigente;

5º Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Ejecutoriado este fallo envíese copia de él al Superintendente Bancario para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

TRABAJADORES OFICIALES. — La jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los conflictos que se susciten con estos servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias, como la que se origina en el ejercicio de la acción contra actos de entidades de derecho público que desconocen el derecho a pensión de jubilación.

PENSION DE JUBILACION. — Acumulación de tiempos servidos en las Fuerzas Militares y en la Administración Pública (Art. 21 Ley 71 de 1947). Opción por la pensión más favorable que sustituiría la asignación de retiro que se percibe.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto dieciocho (18) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**)

Referencia: Juicio Nº 1831. Demandante Gustavo Artunduaga Paredes. Autoridades Nacionales.

Se procede a decidir el juicio promovido ante esta Corporación por el señor Capitán (r) GUSTAVO ARTUNDUAGA PAREDES, quien en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado solicita que se declare la nulidad de la Resolución número 00075 del 4 de enero de 1974, emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante la cual se le negó al actor el reconocimiento de una pensión vitalicia de jubilación, a cargo de dicho Instituto, y para que se provea el reconocimiento y pago de una pensión jubilatoria a su favor, en cuantía del 75% del sueldo que el 1º de mayo de 1973 tenía el cargo de Director del Proyecto Caquetá número 1, con inclusión de viáticos, primas accesorias, de navidad y demás, pagadas en el último año de servicios, a partir de su retiro definitivo del citado organismo.

Dentro de los HECHOS señalados en el libelo se afirma que el señor Gustavo Artunduaga Paredes, prestó servicios en las Fuerzas Militares por espacio de 16 años como Capitán Piloto Combatiente y por esa circunstancia la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció una pensión de retiro que trabajó luego en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, como Director del Proyecto Caque-

tá número 1, por el lapso comprendido entre el 17 de septiembre de 1962 y el 1º de mayo de 1973, en que se retiró del servicio activo en forma definitiva.

Mediante la Resolución número 00075 del 4 de enero de 1974, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria le niega la pensión, en razón de que el Ministerio de Defensa no aceptó la cuota pensional correspondiente, por cuanto que por los servicios de carácter militar se le había reconocido al señor Gustavo Artunduaga P., una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y los servicios a la Fuerza Aérea no pueden acumularse para la pensión de jubilación que reclama, puesto que por ellos surgió el derecho a pago de asignación de retiro.

Como disposiciones violadas se señalan en la demanda los artículos 17 de la Constitución Nacional, 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 21 de la Ley 72 de 1947; 72 del Decreto 1848 de 1969 y 128 del Decreto 2337 de 1971.

En su debida oportunidad tanto el Ministerio de Defensa Nacional como el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, (INCORA) designaron apoderado, respectivamente, para que representaran a dichas Instituciones en la tramitación del juicio, sin que hubiesen tenido actuación alguna en sus diferentes etapas procedimentales.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación considera que la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer del presente asunto, con fundamento en las siguientes apreciaciones:

"Por mandato del artículo 28 del Código Civil, cuando el Legislador ha definido expresamente las palabras en materias especiales, a éstas debe dárseles su significado legal.

"Ahora bien: la especie jurídica TRABAJADOR OFICIAL, se identifica por definición del artículo 1º del Decreto 1848 de 1969, con el de servidor oficial **vinculado mediante contrato de trabajo** a la Administración.

"Por ello, los antecedentes legales de la definición (artículos 409 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros) también coinciden con ella atribuyéndole a dicha especie jurídica la característica esencial del vínculo contractual laboral, que la distingue claramente de la especie jurídica definida como EMPLEADO PUBLICO. Además, en relación con los establecimientos Públicos, la Ley (Decreto 3135 de 1968, artículo 5º) en últimas, defirió en los Estatutos de aquéllos la caracterización o señalamiento concreto del status jurídico de sus servidores, para saber quiénes deben ser **trabajadores oficiales.**

"En el presente caso se tiene que los Estatutos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, aprobados por los Decretos 3337 de 1961 y 2849 de 1968, en su artículo 57, reza:

"Régimen jurídico de trabajadores del Instituto. Los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tendrán el carácter de TRABAJADORES OFICIALES". (Mayúsculas de la Fiscalía).

"Por manera que, el vínculo jurídico del demandante con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue el **contractual laboral**, sin que para llegar a esta conclusión sea óbice el hecho de que el contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito, ya que como lo ha dicho el Consejo de Estado: 'Aun en ausencia de los respectivos contratos de trabajo, aun cuando ellos no se consignarán por escrito' —si es lo que ha ocurrido— el artículo 7º del citado Decreto 3135 previene para ese evento que 'se entienden celebrados conforme al modelo oficial corrspondiente'. (Sentencia 26 de junio de 1974. Consejero ponente doctor Rafael Tafur Herrán. Archivo Secretaría Sección Segunda. Tomo XLVI pág. 24).

"A la misma conclusión y en un caso concreto del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, llegó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 9 de octubre de 1974 (Orlando A. Bermúdez Lozano vs. Incora) en el sentido de que el vínculo de los trabajadores de este Establecimiento Público es el contractual - laboral, por mandato del artículo 57 de sus Estatutos.

"Finalmente, si ordena el artículo 2º del Código de Procedimiento del Trabajo, que corresponde a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originen **directa** o **indirectamente** del contrato de trabajo, fuerza es concluir que la jurisdicción contenciosa no es competente para conocer del presente caso".

Habiéndose tramitado el juicio dentro de las prescripciones legales pertinentes, y sin que se observe causal de nulidad que pudiese invalidarlo, la Sala procede a dictar sentencia, previas las siguientes,

Consideraciones

Corresponde, entonces, a la Sala determinar si como lo anota la Agencia del Ministerio Público, la jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer del presente asunto, pues en esta forma no podría entrar a estudiar el fondo del problema debatido.

Ciertamente, el vínculo jurídico del demandante con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue el contractual laboral, pues de acuerdo con los estatutos del mismo, aprobados por los Decretos 3337 de 1961 y 2849 de 1968, artículo 57, los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tienen el carácter de trabajadores oficiales y sin que sea necesario el hecho de que el respectivo contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito.

Sin embargo, en el caso presente no se está frente a un conflicto jurídico-laboral originario directa o indirectamente en un contrato de trabajo, sino que se controvierte el derecho del actor a que se le decrete el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por haber prestado servicios al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) y a las Fuerzas Militares, y si es posible acumularlos a uno y otro. No se trata, pues, de la separación del trabajador, ni se discute su vínculo contractual, lo que se demanda es un acto de un establecimiento público, cuya controversia no tiene origen en el contra-

to de trabajo, sino en el hecho de determinar si es dable acumular servicios prestados a distintos establecimientos públicos para el reconocimiento de la aludida prestación y si, además, la circunstancia de estar percibiendo una pensión, hace posible que se pueda reconocer posteriormente otra, en sustitución de la anterior.

De esta manera el hecho de que se trate de un trabajador oficial no implica, necesariamente, que la jurisdicción contenciosa administrativa no sea competente para conocer de los conflictos que se susciten con esta clase de servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias con Entidades de derecho público y establecimientos distintos, como es el caso del ejercicio de la acción contra actos que desconocen el derecho a pensión de jubilación, por parte de las mismas instituciones.

Por ello, la Sala desea precisar, ante todo, si el demandante se encuentra cobijado por la excepción que trae el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. En primer lugar, por regla general las relacionadas entre los empleados públicos y la Administración no se hallan agrupados por las normas que regulan el contrato de trabajo y sí por una relación de derecho público, salvo en los casos que distingue el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Al efecto, la Sala se libera de hacer consideraciones distintas a las expuestas por la Corte Suprema de Justicia que en sentencia de octubre 2 de 1970, dijo:

"....."

"No aparece ni el error de hecho manifiesto, ni la equivocada interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 de que el casacionista acusa la sentencia, pues el criterio para juzgar si un trabajador está ligado por contrato de trabajo o por relación de derecho público no es de la actividad individual de éste, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios.

"Nótese cómo el precepto citado dice relación a las funciones de la Entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura, así: 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contrato de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las **obras públicas** o de **empresas** industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro o de **instituciones** idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma' (los subrayados son de la Sala).

"Por otra parte, la regla general es la de que el que sirve a la administración nacional, departamental, municipal, etc., es empleado público, y sólo, por excepción, los trabajadores oficiales, es decir, ligados por contrato de trabajo, los que laboren en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en empresas industriales, etc., que se exploten con fines de lucro o en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

"Estos principios fueron amplia y reiteradamente expuestos tanto por el Tribunal Supremo del Trabajo, como por esta Sala, en numerosos fallos, y resumiendo tal jurisprudencia, el artículo 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 sentó las dos siguientes reglas generales:

"a) 'Las personas que presten sus servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos...'.

"b) Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales...".

"Estas dos reglas sufren excepciones, así:

1º 'Los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales'. 2º 'En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo' y 'los estatutos de dichas empresas (comerciales e industriales del Estado) precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'.

Esta disposición no deja duda alguna respecto de que todos los servidores de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias son empleados públicos, sin que quepa excepción sobre el particular, pues la norma la concede para los trabajadores de Establecimientos Públicos pero no para los de aquellas dependencias o entidades nacionales. En consecuencia, carecen de campo jurídico el efectuar discriminación, por razón del oficio, para clasificar como ligados por contrato de trabajo a algunos de los que laboran en éstas.

"Y esta situación que se predica de los trabajadores nacionales debe hacerse extensiva a los departamentales, municipales, intendenciales y comisariales, pues donde existe la misma razón ha de haber igual precepto, y, de esta manera, el motorista del automóvil oficial del Ministerio de Educación es empleado público, como lo es el del Secretario del Ramo en cualquiera de las otras Entidades menores de derecho público, para concretar el ejemplo del caso **sub judice**".

La Sala considera que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, es un establecimiento público descentralizado y aunque goza de cierta autonomía administrativa, es no obstante, una Entidad estatal, por disposición de la Ley.

El Decreto 3135 ya citado en su artículo 5º, dispone que en los estatutos, se precisará cuáles personas desempeñan actividades mediante contrato de trabajo. Esto quiere indicar que la regla general es que las personas que laboran en tales establecimientos son empleados públicos y por excepción dichos estatutos deben señalar cuáles son empleados oficiales.

En sentencia de abril 8 de 1970 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expuso:

"Los servidores públicos, sean que trabajen en los organismos principales de la Administración, en establecimientos públicos, en empresas estatales o en sociedades de economía mixta, son, genéricamente, 'empleados oficiales' constituyen así el sector oficial en contraste con el sector privado y tienen naturalmente los derechos y prestaciones que la Ley señala para los servidores del sector público.

"El empleado oficial puede estar vinculado a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria, que conlleva nombramiento y posesión del respectivo cargo, o por un contrato de trabajo pero, en ambos casos, se trata de una relación de derecho público, con todo lo que ello implica, y no de derecho privado.

"Las personas que trabajan en los Ministerios, departamentales administrativos, superintendencias, **establecimientos públicos** y unidades administrativas especiales, son empleados públicos, salvo las que, en tales entidades, laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquéllas que en estatutos de la respectiva entidad, como en el caso de los establecimientos descentralizados, queden exceptuadas para ser vinculados mediante contrato de trabajo.

"Así, la regla general respecto a las personas que trabajan en los establecimientos públicos es que ellas son empleados públicos de acuerdo con lo establecido al respecto por normas que tienen fuerza de Ley y con las dos únicas excepciones señaladas en el punto anterior.

"La regla general, respecto de las personas que trabajan en las empresas industriales y comerciales del Estado, en las sociedades de economía mixta y en cualquier Entidad en la construcción y sostenimiento de obras públicas (a diferencia de la regla general fijada para los servidores de los establecimientos públicos) es que son trabajadores oficiales, a menos que el empleado desempeñe funciones directivas o de confianza, caso en el cual tiene carácter de empleado público.

"El personal directivo o de confianza, constituido por servidores que tienen siempre el carácter de empleados públicos y no de trabajadores oficiales, en cualquier organismo principal o adscrito a la administración en que trabaje, es aquél que reemplaza al empleador frente a los demás empleados a su cargo, sustituyendo al empleado mismo en sus facultades directivas, de mando o de organización, características todas ellas que deben ser estudiadas cuidadosamente en cada caso concreto.

"Aplicando las anteriores conclusiones al caso **sub judice**, estima la Sala que la CVC, tal como se expresó en su acto constitutivo y en el reformatorio, es un establecimiento público que, como tal, fue creado por la Ley que hace parte integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público y está adscrito a uno de los organismos principales de la administración y que los actos expedidos por sus directivas, como el Acuerdo acusado, son típicos actos administrativos, acusables ante la jurisdicción de lo contencioso.

"Dado el carácter de establecimiento público de la CVC, las personas que prestan servicios en tal corporación son —de conformidad con el Decreto Ley 3135 de 1968— empleados públicos, salvo las de las obras públicas respectivas y aquéllas en que los estatutos de la misma Corporación se exceptúen por desarrollar actividades que pueden ser desempeñadas por servidores vinculados mediante contrato de trabajo".

"Significa lo anterior que la regla general respecto de los servidores de la CVC, es la de que ellos son empleados públicos, con la doble excepción ya anotada, o sea la de aquellas personas que trabajen en dicha corporación en la construcción y sostenimiento de obras públicas (pero no en cargos de dirección o de confianza) y la de los servidores exceptuados en los estatutos, para ser vinculados mediante contrato, pues los dos grupos así exceptuados tienen el carácter de trabajadores oficiales".

El demandante desempeñaba el cargo de Director del Proyecto Caquetá número 1, es decir, que sus funciones eran típicamente directivas, situación que lo colocaba con el carácter de empleado público, y por lo mismo, el acto administrativo por él acusado, es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para denegar el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Gustavo Artunduaga Paredes, la Resolución acusada, expresa:

"Que de acuerdo con las normas legales respectivas, se elaboró el proyecto pensional del caso y se envió al Ministerio de Defensa Nacional para los efectos previstos en el artículo 28 del Decreto 3135 de 1968.

"Que el Ministerio de Defensa Nacional contestó negativamente y para el efecto manifiesta:

"1º Por sus servicios de carácter estrictamente militar, amparados con Instituciones muy especiales, como las de 'tiempo doble' se reconoció y se está pagando una asignación mensual de retiro, a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Entidad creada y reorganizada específicamente para hacer efectivo ese derecho de los militares retirados.

2º El señor ARTUNDUAGA PAREDES no ha reunido los presupuestos legales para adquirir el derecho a pensión de jubilación y los servicios prestados a la Fuerza Aérea no pueden acumularse para tal efecto, puesto que por ellos, surgió el derecho a pago de asignación de retiro.

"En tal virtud es preciso concluir:

"a) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe seguirle pagando la prestación periódica en la forma que ha venido haciéndolo.

"b) En realidad se busca con este proyecto de Resolución, no un reconocimiento de pensión, sino el reajuste de la asignación de retiro que viene percibiendo, dando alcances diferentes a los contenidos en las disposiciones sobre la materia.

"c) No se trata del caso de prestaciones periódicas simultáneas, donde haya lugar a escoger las más favorables económicamente, pues solo se ha adquirido el derecho a asignación de retiro por servicios militares".

En el asunto planteado, el demandante prestó servicios a las Fuerzas Militares como Capitán Piloto de la Fuerza Aérea, en cuya virtud goza de asignación de retiro y también sirvió al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria entre el 17 de septiembre de 1962 y el 1º de mayo de 1973, en el cargo de Director del Proyecto Caquetá número 1. Es decir, que laboró como empleado de la Nación, y, así mismo, como funcionario de las Fuerzas Armadas.

El artículo 21 de la Ley 71 de 1947 dispone en relación con la acumulación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo siguiente:

"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas Entidades de Derecho Público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación. En este caso, el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido en cada una de aquellas Entidades, establecimientos, empresas o sociedades de economía mixta".

En esta forma, de conformidad con la norma transcrita, al actor le es acumulable el tiempo de servicios en las Fuerzas Militares al del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y a optar por la pensión más favorable que en este caso sería la que debe reconocerle el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, sustituyendo ésta, desde luego, la asignación de retiro que le fue decretada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

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

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de la Resolución número 00075 del 4 de enero de 1974, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), mediante la cual se denegó al señor Capitán (r) GUSTAVO ARTUNDUAGA PAREDES, el reconocimiento de una pensión vitalicia, a cargo de dicho Instituto.

Segundo. En consecuencia, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, reconocerá y pagará al señor Capitán Gustavo Artunduaga Paredes, una pensión mensual de jubilación vitalicia, equivalente al 75% del promedio del sueldo que hubiere devengado durante el último año de servicios al citado Instituto, y a partir de la fecha que demuestre su retiro definitivo del servicio oficial.

Tercero. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), repetirá del Ministerio de Defensa Nacional, lo correspondiente al monto de la pensión decretada por medio de esta providencia, en

proporción al tiempo servido por el demandante, y descontará, además, la suma que hubiere percibido del Tesoro Nacional, por dicho concepto, quedando así sustituida la asignación de retiro que venía disfrutando por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Cuarto. La Entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en este fallo, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve (29) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977).

Carlos Aníbal Restrepo S., Alvaro Orejuela Gómez, Nemesio Camacho Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. — Incompatibilidad entre un acto administrativo Resolución Nº 539 de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y una norma de superior jerarquía. Decreto-Ley 3135 de 1968. Diferencia entre la llamada "Excepción de ilegalidad" y la denominada "Excepción de inconstitucionalilad".

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 4370. Actor: Hernando Murad Ruiz.

En libelo presentado el 13 de febrero de 1976, el señor HERNANDO MURAD RUIZ, por conducto de apoderado, solicita del Consejo de Estado se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 381 de 4 de septiembre de 1975 y 516 del 22 de diciembre de 1975, emanadas del Director de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y de la Junta Directiva de la misma Institución, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a que considera tener derecho.

Como hechos de la demanda narra los siguientes:

"La Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria mediante Resolución Nº 539 de octubre 16 de 1973. Dispone: 'El afiliado que el 31 de diciembre de 1973 cumpla o hubiere cumplido 18 años de servicios continuos o discontinuos al Estado y más de 18 años de servicios a la Superintendencia Bancaria o a la misma Caja de Previsión Social, tendrá derecho a la pensión de jubilación sin tener en consideración la edad'.

"El señor HERNANDO MURAD RUIZ, sirvió al Estado Colombiano por más de 20 años; 13 años, 5 meses 14 días a la Superintendencia Bancaria y 6 años, 7 meses, 14 días al Municipio de El Espinal para un total de 20 años y 20 días. Lo cual fue probado oportunamente ante la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, con constancias expedidas por el Municipio de El Espinal Tolima (Jefe de Archivo Municipal y Secretario General de la Tesorería), y Jefe de Personal de la Superintendencia Bancaria. Para ilustración de la Sala acompaño a este libelo foto-copias de estos documentos que como que-

dó expuesto, sus originales se encuentran en poder de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria. Significa lo anterior que el 31 de diciembre de 1973 don HERNANDO MURAD RUIZ tenía servidos al Estado Colombiano más de 20 años de los cuales en forma continua e ininterrumpida, más de 13 años a la Superintendencia Bancaria razón por la cual se encuentra amparado por las disposiciones contenidas en la Resolución Nº 539 ya citada.

"El señor MURAD RUIZ, elevó petición a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia el 7 de mayo de 1975 para que se le reconociera y pagara su pensión de jubilación con fundamento en el derecho que le consagra la Resolución 539 del 16 de octubre de 1973 de la Junta Directiva de la misma Caja de Previsión.

"El Director de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, luego de haber dictado un proyecto de Resolución por la cual se accedía a la petición del señor HERNANDO MURAD RUIZ, proyecto que además fue firmado por el Auditor General de la Contraloría General de la República ante la Caja y de haber sido notificado al Municipio de El Espinal y aceptada la cuota parte que le correspondía por esta última Entidad. En forma injurídica, contradictoria, injustificada y discriminatoria, desconoció el derecho del señor MURAD RUIZ, por medio de la Resolución 381 del 4 de septiembre de 1975.

"Es de anotar que el proyecto de Resolución a que me refiero anteriormente, fue dictado por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, después de que el Secretario de la misma, consultó a la Oficina Jurídica de dicha Superintendencia, la legalidad de la Resolución 539 y de que el doctor LUIS HELO KATTAH, Jefe de la Oficina Jurídica consultada, conceptuara favorablemente sobre la aplicación de la citada norma, por ajustarse en un todo a derecho. Adjunto fotocopia auténtica del concepto del 7 de marzo de 1975 numerado O. J. 111 y el del Director de la misma Entidad señor ALVARO LUQUE FORERO, del 7 de febrero del 75, enviado al señor HERNAN CASTRO MACIAS en el cual puede leerse lo siguiente (empero, la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria por medio de la Resolución 539 de octubre 16 de 1973, dispuso el reconocimiento de la jubilación para los Empleados de la Superintendencia Bancaria al cumplir veinte años (20) de servicios y sin consideración a la edad, siempre que el funcionario el 31 de diciembre de 1973, tuviere más de 18 años de servicios al Estado de los cuales por lo menos 13 hayan servido a la Superintendencia Bancaria)".

Se tramitó la instancia en legal forma hasta la citación a las partes para sentencia. La entidad demandada constituyó apoderado que se opuso a las peticiones de la demanda y en amplio escrito de folios 119 a 145 solicita se denieguen éstas.

La Fiscalía 4ª de la Corporación al emitir concepto de fondo propone la excepción de inconstitucionalidad de la Resolución 539 de 1973 de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.

Se considera

Está acreditado que el demandante prestó servicios al Estado, en distintas entidades oficiales durante más de 20 años, pero que no tiene

50 años de edad. Sostiene que la última entidad con la cual trabajó por más de trece años fue la Superintendencia Bancaria y por tanto se le debe dar aplicación al parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º de la Resolución Nº 539 de 1973 dictada por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, que ordenan que los "afiliados que en 31 de diciembre cumplan o hubieren cumplido dieciocho (18) años de servicios continuos o discontinuos y acrediten "tener trece (13) años o más de servicios" en la Superintendencia o en la Caja "tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicios **sin tener en consideración la edad**". (Subraya la Sala).

Del acervo probatorio se establece que fue suficientemente agotada la vía gubernativa y que a folios 59 a 77 del expediente obran copias auténticas de las Resoluciones Nos. 219 de 20 de mayo de 1975, 276 de 25 de junio del mismo año, 57 de 2 de marzo de 1976 y 82 de 16 de marzo del mismo año, por las cuales se reconoce y ordena pagar a los señores Armando Salazar, Hernán Castro Macías, Camilo Antonio Pizarro Quintana y Ernesto Cantini Valbuena, respectivamente, pensión de jubilación con base en la Resolución Nº 539 de 1973, y que las dos últimas fueron posteriores a la 516 de 22 de diciembre de 1975 que confirmó la 381 de septiembre de 1975 por las cuales se niega dicha prestación al demandante señor Murad Ruiz.

En su concepto de fondo, la Fiscal 4ª del Consejo, fundándose en la sentencia del 13 de diciembre de 1972 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, y siguiendo la tesis expuesta en el memorial de la apoderada de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia (fols. 119 a 145), sostiene que como "Las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, carecen de facultad para determinar o modificar las escalas salariales o el régimen de prestaciones sociales, elemental es concluir que en el caso de estudio cuando la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria expidió la Resolución Nº 539 de 1973, por medio de la cual se modificaron los artículos 95, en forma expresa y el 96 tácitamente de la Resolución 3366 de 1967, se colocó en franca rebeldía con lo previsto en el ya referido numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional"; de lo anterior concluye que como "los preceptos contenidos en esta última privan sobre cualesquiera otros, pues en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, conforme lo manda el artículo 215 de la misma Carta Fundamental, forzoso es concluir que en el caso de estudio la Fiscalía debe solicitar al Consejo de Estado se sirva abstenerse de dar aplicación en el caso de estudio a lo previsto en la Resolución Nº 539 de 1973, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria por ser ostensiblemente contraria a claras normas constitucionales. Esto significa que la Fiscalía propone a los Honorables Consejeros la excepción de inconstitucionalidad de la Resolución Nº 539 de 1973 y por ello no puede aplicarse al caso **sub judice**".

En estricto derecho, no es procedente la denominada "excepción de inconstitucionalidad" pues ésta supone que entre una norma constitucional y una legal que contengan disposiciones relativas a un mis-

mo asunto pero contradictorias, debe aplicarse la primera. En este caso propiamente no existe incompatibilidad entre el artículo 76, ordinal 9º, de la Constitución y la Resolución Nº 539 pues mientras el primero señala que al Congreso de la República le corresponde determinar "la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales", la segunda señala los requisitos que dan derecho a obtener la pensión de jubilación de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria": además, no se ve cómo podría aplicarse en este negocio el artículo 76, ordinal 9º., de la Constitución.

En este asunto hay concretamente un caso de incompatibilidad entre un acto administrativo —Resolución Nº 539— y una norma de superior jerarquía —Decreto-Ley Nº 3135 de 1968— ya que el artículo 27 de este último, aplicable a quienes prestan o hayan prestado sus servicios a la Superintendencia Bancaria, exige a quien pretenda una pensión de jubilación que demuestre, además de 20 años de servicio, tener 55 años de edad, si es varón, o 50 si es mujer.

Esta incompatibilidad da origen a la llamada excepción de ilegalidad, prevista por el artículo 240, inciso 1º., del Código de Régimen Político y Municipal, que dice: "El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior".

Así las cosas y sin lugar a estudiar los otros aspectos de la demanda y los argumentos de la parte impugnadora, se resolverá aplicando en este caso la norma de superior jerarquía, es decir, el Decreto 3135 de 1968, sin tener en cuenta la Resolución Nº 539 de 1973.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto de su colaboradora Fiscal,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ACTO REGLADO O ACTO DISCRECIONAL. — La Administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras; reglada o discrecionalmente.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**)

Referencia: Expediente Nº 2588. Actor: Global Films de Colombia Ltda.

La Sociedad Global Films de Colombia Ltda., debidamente matriculada bajo el Nº 74.509 del Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, por medio de su apoderado ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 67 del C. C. A., para que se declare por el Consejo de Estado:

"1. Que son nulas las Resoluciones Nos. 2993 del 9 de junio de 1976, 3020 del 23 de junio de 1976 y la 2670 del 14 de octubre del mismo año, por medio de las cuales el Comité de Clasificación de Películas adscrito al Ministerio de Comunicaciones, prohibió la exhibición pública de la cinta intitulada 'El Peleador Invencible'.

"2. Que para restablecer el derecho subjetivo injustamente vulnerado el Comité de Clasificación de Películas o el Ministerio de Comunicaciones en su caso, dentro del término máximo de 15 días deberá proceder a clasificar en uno de los grupos determinados por el Decreto Ley 2055 de 1970 la película 'El Peleador Invencible' autorizándole su exhibición a 'Global Films de Colombia Ltda.' ".

Las anteriores pretensiones las fundamenta en los siguientes HECHOS:

"Son hechos jurídicamente relevantes en esta acción los siguientes:

"Primero. 'Global Films de Colombia Ltda.' importó la película 'El Peleador Invencible' con el propósito de exhibirla en todo el territorio Nacional.

"Segundo. El día trece del mes de mayo de 1976 se solicitó al Comité la clasificación de la mencionada película.

"Tercero. La película le fue exhibida al Comité el día 7 del mes de junio de 1976.

"Cuarto. Mediante Resolución Nº 2093 de junio 9 de 1976 el Comité de Clasificación de Películas prohibió su exhibición en el territorio Nacional.

"Quinto. Las razones que tuvo el Comité de Clasificación de Películas para prohibir su exhibición están contenidas en el Acta Nº 2993 de fecha 7 de junio de 1976, según su pobre motivación 'El Comité considera que esta película hace incitación al delito de que trata el artículo 371 del Código Penal, (lesiones personales)'.

"Sexto. Contra la Resolución Nº 2993 se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ante el Señor Ministro de Comunicaciones.

"Séptimo. Por Resolución Nº 3020 de junio 23 de 1976 el Comité de Clasificación de Películas negó la reposición de la Resolución impugnada y concedió el recurso de apelación para ante el superior.

"Octavo. Por último, el señor Ministro de Comunicaciones mediante Resolución Nº 2670 de octubre 14 de 1976 confirmó las Resoluciones antes citadas porque según su criterio 'se encontró que la cinta materia del recurso de apelación, hace una clara apología del delito de lesiones personales previsto en el artículo 209 del Código Penal'.

Disposiciones violadas y concepto de la violación

Afirma la parte actora que las resoluciones impugnadas violentan los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional; 6º del Decreto-Ley 2055 de 1970; y 209 del Código Penal.

Opina que el Comité de Clasificación de Películas incurrió en una desviación de poder al prohibir la exhibición pública de la película denominada "El Peleador Invencible", porque el artículo 6º del Decreto-Ley 2055 de 1970 delimita con precisión la órbita dentro de la cual deben moverse sus decisiones, ya que expresa que "Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología", y los miembros del Comité se apartaron del criterio de esta norma.

Concepto del Ministerio Público

El señor Fiscal Primero de la Corporación, doctor Carlos Ramírez Arcila, considera en su concepto de fondo que se deba acceder a decretar la nulidad pretendida.

Pero advierte que "En negocios similares al presente, la Fiscalía ha considerado que las determinaciones del Comité de Clasificación de Películas, son actos discrecionales no sujetos al control jurisdiccional, pero en contra de este criterio ha sido reiterada la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado".

Consideraciones de la Sala

Las normas aplicables a esta situación expresan que las películas se clasificarán: 1. Para niños; 2. Permitidas para mayores de doce años; 3. Permitidas para mayores de dieciocho años; 4. Prohibidas. "Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología" (artículos 5º y 6º del Decreto-Ley 1355 de 1970).

Y el artículo 1º del mismo Decreto 2055 de 1970 dio al Comité mencionado la atribución de autorizar la exhibición, porque dispone que "Ninguna película podrá pasarse por cinematógrafo, en sala o sitio abierto al público, sin autorización previa del Comité de Clasificación de Películas".

Acto reglado o acto discrecional

La administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras: reglada o discrecionalmente. Obrar regladamente significa tener que ajustar su actuación al contenido, requisito o límite, dictado por una norma o precepto anterior. Obrar discrecionalmente equivale a hacerlo libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico: fiscal, social, de policía u orden público, etc.

En el ejercicio de la actividad reglada, la Administración actúa conforme a las normas jurídicas. En ejercicio de la actividad discrecional lo hace según criterios no jurídicos, es decir, no legislativos; y que representan el mérito, o la oportunidad y conveniencia del acto. Al emitirlo, la Administración debe acomodar su conducta conforme a su criterio, valorando el acto. De ahí lo discrecional de su actividad. Sin que por ello queden exentos del control jurisdiccional, cuando la ley fija marcos a la discrecionalidad.

En el caso que nos ocupa el acto es reglado, porque el Decreto-Ley en cita, que creó el Comité de Clasificación de Películas, dijo cómo se clasificarían. Y para el evento de considerarlas de prohibida exhibición, previó en una norma el criterio, pauta o regla de que "Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología".

Inspección judicial y dictamen pericial

Se hizo en este proceso una diligencia de inspección judicial con la asesoría de peritos para ver la película "El peleador invencible", y establecer si incita al delito de lesiones personales, o si hace una apología del mismo.

Los peritos doctores Néstor Madrid Malo y Ramiro Araujo Grau, dieron el siguiente dictamen:

"De manera muy atenta y cuidadosa observamos en tal oportunidad la exhibición de 'EL PELEADOR INVENCIBLE', con el objeto de apreciar si en algún sentido implica una incitación a cometer el delito de lesiones personales.

"Esta figura delictiva está configurada en el artículo 209 del Código Penal, que reza: 'El que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado incurrirá en arresto de dos meses a un año, y en multa de cincuenta a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad en otra disposición'. Ahora bien, como ningún delito puede ser cometido por cosas —como películas— sino por personas naturales, nos parece claro que la definición transcrita debe adaptarse a la especial modalidad de la legislación sobre clasificación y prohibición de películas cinematográficas. En consecuencia, si ésta determina que pueden pro-

hibirse las películas que inciten al delito, debemos entender que la incitación debe provenir de la manera como en el film, a través de su peculiar lenguaje, se encuentre tratado el tema, de suerte que por la conjugación del argumento, de los parlamentos y de la fuerza de la escenificación, resulte una inducción genérica al comportamiento delictivo, en virtud del fenómeno de la mimesis o imitación que, como han demostrado los filmólogos, produce el cinematógrafo en los espectadores.

"'EL LUCHADOR INVENCIBLE' es una película común y corriente, burdamente hecha, que no contiene valores fílmicos de ninguna naturaleza. Ni siquiera el trabajo del actor principal, Richard Lawson, acusa virtuosismo artístico alguno. El argumento, que por cierto incluye innecesariamente escenas lúbricas sobre las cuales no hemos sido llamados a conceptuar, consiste en la presentación de la manera como son explotados por empresarios deshonestos y en connivencia con la policía, ciertas pobres gentes de la calle, criminales en potencia, en quienes puede advertirse alguna habilidad para la lucha física, y que son entrenados para que intervengan en combates personales, donde ni se da ni se recibe cuartel —por cuanto todos los medios ofensivos son permitidos— y cuya única regla de juego consiste en la igualdad que existe entre los contrincantes. De allí resultan escenas y cuadros de una barbarie tan tremenda que, en nuestro concepto, el horror que ello provoca en los espectadores implica un verdadero anticuerpo para que éstos no caigan en la ejecución de actos parecidos. Además, la insensibilidad e impiedad que demuestran los integrantes de cierta clase social económicamente encumbrada ante la desgracia de uno de estos peleadores vencido y sangrante en el curso de un 'garden-party', interviene asimismo como factor disuasivo ante las violencias del film. Es cierto que éste no contiene moraleja o enseñanza moral alguna. Pero esto no quiere decir, en ningún caso, que se alabe o se incite a la comisión de actos violentos contra nadie en el curso de la película, que se limita así a presentar unos hechos que ante todo parecen que tienden a criticar la explotación del hombre por el hombre. Ni que el peculiar lenguaje cinematográfico del film conlleve esa incitación, ya que, como dijimos, los contendientes están en igualdad de condiciones".

Dada la calidad de los expertos y la firmeza y precisión de sus conceptos, la Sala da a esta prueba el valor probatorio de suficiente para ilustrar el criterio del fallador y adoptar la decisión judicial correspondiente.

Como ya lo ha dicho esta Sala:

"El artículo 6º del citado Decreto, que sustituyó el artículo 156 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), de manera terminante prescribe que 'sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología' (Subraya la Sala).

"Como puede verse, la ley prohíbe al Comité impedir la exhibición pública de una película por razones meramente morales, técnicas o artísticas. En otras palabras, descartó la posibilidad de que la prohibición se fundamente en el concepto o motivo subjetivo del Comité de Clasificación, basado en razones éticas, técnicas o artísticas, para situarlo objetivamente dentro de dos casos típicos: la incitación y la

apología del delito, figuras estas contempladas por los artículos 209 y 210 del Código Penal.

"Y si esto es así, no se echa de ver cómo pueda admitirse que el legislador, luego de señalar pautas tan perentorias a la administración, en lugar de referirse a la figura delictiva por el mismo reglada, defiera al concepto subjetivo del Comité de Clasificación el tipificar una conducta claramente definida en la ley. Semejante consideración es obviamente contradictoria y carece de fundamento en el texto claro del artículo 6º del Decreto Extraordinario 2055 de 1970.

"Las funciones y atribuciones del aludido Comité están determinadas por los artículos 1º, 4º y 6º del citado Decreto 2055 y por el artículo 159 del Código Nacional de Policía, en ninguno de los cuales se le faculta para definir conductas tales como la incitación al delito o la apología del mismo.

"Es bien sabido que las autoridades sólo pueden hacer aquello que expresamente les está permitido por la normación de derecho positivo, a diferencia de los particulares que pueden hacer todo lo que no les esté prohibido por dicha normación (artículo 20 de la Constitución).

"Por tanto, hay que concluir que ni al Comité de Clasificaciones ni al Ministerio de Comunicaciones ha conferido el legislador una facultad discrecional sino reglada y que su decisión ha de ser en derecho, para aplicar las normas jurídicas a situaciones de hecho cuyo examen en la parte motiva de la providencia es de rigor, para saber si tal situación se subsume en la ley". (Sentencia, Diciembre 3, 1975, Expediente Nº 2066).

En sentir de la Sala, la película no incita al delito de lesiones personales ni hace la apología del mismo. Por el contrario, es una condena enérgica y valerosa a los empresarios que sin ningún escrúpulo y por el solo afán de un enriquecimiento ilícito se asocian para explotar en forma inhumana, brutal y sin misericordia, a los deportistas cuya fuerza física es su única capacidad laboral.

"Pero en otros apartes, los actos acusados contemplan las figuras de la incitación al delito y de la apología del mismo, por lo cual cabe referirse separadamente a este aspecto del problema.

"Para que exista la conducta punible denominada 'incitación al delito' se requiere, como expresamente lo exige el artículo 209 del Código Penal, que **de manera pública y directa se incite a otro u otros a cometer un delito determinado**".

"Sobre este aspecto la Sala acoge la tesis expuesta por el Tratadista Luis Carlos Pérez en su 'Tratado de Derecho Penal'.

" '969 INSTIGACION Y COPARTICIPACION INTELECTUAL

" 'El segundo de los tipos criminales mencionados en el epígrafe del presente Título, es la instigación para delinquir, figura propia del artículo 209, que procedemos a tratar en seguida, comenzando por establecer los contrastes con la coparticipación moral.

" 'La doctrina establece diferencia entre la responsabilidad intelectual en la ejecución de determinado delito y la instigación. En

aquel fenómeno la pena es la del autor o autores materiales. El partícipe intelectual es un verdadero autor, toda vez que él ha sido causa eficiente del hecho ilícito y éste ha seguido a la incubación de la idea en otros sujetos. En cambio, instigar al delito es acto punible aunque no sobrevengan consecuencias. La entidad surge de la sola instigación, que vale tanto como decir 'incitación, provocación o inducción a alguien para que ejecute alguna cosa'.

" 'El Código, (artículo 38, ordinal 9º) establece como circunstancia de mayor peligrosidad la simple pluralidad de sujetos activos, es decir, cuando no se presenta ni la figura de la asociación (artículo 208) ni la participación intelectual o instigación (artículo 19).

" 'También debe establecerse la diferencia entre incitar al delito y proponerlo (figura tipificada en el artículo 211). La primera modalidad implica actuación sobre la voluntad de otra u otras personas, mientras que en la segunda es suficiente la mera propuesta, lo cual entraña un hecho de menor gravedad.

" 'El procurador ZAFRA ha diferenciado teórica y prácticamente las dos formas de instigación, de esta manera: a) La genérica, que es la participación sicológica o moral en un delito (artículo 19, inciso 2º); y b) la específica, que es el delito autónomo (artículo 209).

" 'Para la segunda se requiere:

" '1) Que el sujeto activo haga una incitación directa, esto es, que ejecute una acción física tendiente a excitar, estimular, mover o impresionar la siquis ajena;

" '2) Que esa incitación sea pública, en el sentido de que trascienda a un número plural de personas; y

" '3) Que se dirija a cometer un delito determinado, entendiéndose por éste no una figura genérica, sino un hecho concreto y preciso. 'No basta —dice SOLER— hablar en general a favor del robo, sino que es preciso instigar a la comisión de cierto robo o de cierta pluralidad de robos determinados' (43)

" '970 PUBLICIDAD DE LA INSTIGACION

" 'Es de común aceptación que la incitación delictiva debe reunir los siguientes requisitos:

" 'a) Que se haga públicamente;

" 'b) Que se dirija a la ejecución de un delito determinado; y

" 'c) Que contenga seriedad de propósitos y formas.

" 'El artículo 209 del Código Colombiano agrega que la incitación debe ser directa.

" 'La incitación debe ser hecha públicamente, para que constituya delito. Esto significa que se debe efectuar por cualquier medio de propaganda o en ciertas reuniones que por el número de asistentes o por su finalidad no tengan carácter privado. Una ceremonia religiosa es pública por su propia índole, ya que a ella pueden asistir los partidarios de una secta y aun quienes no pertenezcan a ella.

"Lo mismo cabe decir de un salón de cine, de una asamblea popular.

" 'En cambio es rigurosamente privada, salvo que la concurrencia exceda límites normales en actos de su género, la reunión familiar para celebrar un cumpleaños o dar la bienvenida a un huésped o festejar un matrimonio.

" 'Instigación pública es, pues, la que se realiza por medio de la prensa, la radio o cualquiera otro medio para divulgar el pensamiento; o en un lugar público y en presencia de varias personas; o en una reunión que por el lugar en que se celebra, por el número de asistentes o por el fin de la misma, haya perdido su sentido particular o privado.

" 'En el sistema penal de la mayor parte de los Estados norteamericanos, la instigación o inducción constituye, como la conspiración, un delito **per se**, que contrasta, como dice DIAZ PALOS, con el derecho continental europeo, según el cual es instigador el partícipe del hecho realizado por el inducido y sujeto, por lo tanto, al principio de accesoriedad que gobierna normalmente la participación. Conforme a este principio, si el instigado no realiza el hecho a que fue inducido, el instigador no tiene responsabilidad. (44)

" '971 DETERMINACION DEL DELITO Y SERIEDAD DE LA INCITACION

" 'La instigación no consiste solamente en excitar las pasiones, por más reprobables que fueren, ni en animar los bajos instintos de las multitudes, ni en pretender encauzar la acción ajena hacia la consumación de una contravención o de algún acto inmoral (45), sino en inducir públicamente a una acción, a un hecho material constitutivo de delito. (46)

" 'Por lo mismo, no puede ser punible jamás la difusión de las ideas, pública o privadamente, aunque éstas afecten el orden establecido. Si el autor no incita a cometer éste o aquel acto previsto como infracción en la ley penal, no se configura el hecho descrito en el artículo 209.

" 'Está de acuerdo con ello FLORIAN: 'Con relación al objeto que le es propio, la excitación debe ser directa en el sentido de que debe estar enderezada a cometer un delito determinado, aparecer directa en sí misma, de las palabras dichas o estampadas o de los otros medios de comunicación empleados: debe referirse al acto material constitutivo de delito. Así, pues, una exposición genérica de los males sociales, una crítica al Jefe del Estado y a la reforma de gobierno existente, la excitación a la desobediencia de las leyes, la expresión genérica de sentimientos de aversión a la reforma política denominante, etc., no podran jamas tornar concreta la excitación prevista en el artículo 135 (del Código Italiano).

" 'Finalmente, entre el hecho constitutivo de la excitación y el objeto de la excitación debe necesariamente presentarse un cierto vínculo de posibilidad y eficacia". (47)

" 'CARRARA exige que la instigación sea seria, esto es, capaz de provocar una actuación criminosa en otras personas.

" 'Este requisito de la serieded fue explicado así por FLORIAN: 'Puesto que la excitación se castiga en función de la perturbación pública que de ella se deriva y del peligro de que el delito se cometa, se deduce que el hecho de la excitación debe ser serio y grave, esto es, contener la idoneidad objetiva y la eficacia específica de despertar en los otros hombres el deseo y el propósito de cometer uno de los delitos previstos'. (48)

" 'Por lo dicho, no puede darse una instigación culposa, ni es tal la que se lanza ante un público que la rechaza con indignación o carcajadas'.

" '976 APOLOGIA O ELOGIO DEL DELITO

" 'Etimológicamente, apología quiere decir discurso de palabra o por escrito en defensa o alabanza de personas o cosas. La apología de un delito es no sólo la justificación, sino el elogio del mismo, tendiendo —como dice GOMEZ— a debilitar o anular el sentido moral, concretado en la aversión o proceder contrariamente a los intereses ajenos.

" 'La apología, dice GARRAUD, perturba y pierde las conciencias, hace creer legítimo aquello que es ilegítimo, enseña a rebelarse contra la ley, hace considerar a los culposos como víctimas. (52)

" 'Indirectamente, la recomendación o el elogio de un delito constituyen formas de instigación, de modo que, aparentemente, pueden llegar a confundirse estas dos modalidades. Sin embargo, la doctrina revela diferencias esenciales que obligan al legislador a definirlos por aparte. DE RUBEIS observa que mientras en la instigación no existe sino la exhortación y, por lo tanto la persuación, en la apología se justifica, se defiende y hasta se aprueba, se encomia o se exalta el hecho delictuoso; allí el fin inmediato es el delito al cual se incita; aquí lo es la manifestación del propio pensamiento de adhesión a un actuar criminoso. (53)

" 'La apología está definida en el artículo 210, así:

" 'Artículo 210. El que de manera pública y directa haga la apología de un delito o género de delitos, incurrirá en arresto de uno a seis meses y en multa de veinte a quinientos pesos.

" '(El artículo 1º del Decreto Extraordinario 957 de 1950 agravó en una tercera parte el mínimo y el máximo de la sanción establecida y sustituyó el arresto por prisión: el artículo 1º del Decreto Extraordinario 2184 de 1951 elevó al doble el mínimo de la sanción. Las dos agravaciones sucesivas se acumulan).

" 'Los requisitos expresados en los términos 'el que de manera pública y directa', pertenecen también a la instigación de que trata el artículo 209, y ya nos hemos ocupado en ellos.

" '977 APOLOGIA ABSTRACTA Y APOLOGIA CONCRETA

" 'Pregúntase si la apología que ocasiona responsabilidad penal es la que toma una infracción determinada, o si es suficiente recomen-

dar o elogiar públicamente un delito en abstracto; o, en otras palabras, si el carácter punible proviene de hacer el elogio del asesinato, por ejemplo, o si se deriva de recomendar como conveniente o benéfica la muerte de éste o aquel hombre.

"Esto deduce a las diferencias entre la apología abstracta y la concreta, estudiadas, entre otros, por GARRAUD, de esta manera: la primera no hace referencia a ningún hecho determinado, como cuando se exalta el robo, la piratería, el incendio; la segunda se refiere a un acto preciso, a un delincuente concreto, como el incendio del almacén de Pedro, el homicidio cometido por Juan.

" 'En el primer caso es preciso tomar en consideración, al apreciar la manifestación apologética, el propósito del sujeto, tratando de 'no confundir la glorificación de una simple teoría social, con la glorificación de los delitos cometidos en nombre de esa teoría. La propaganda de un hecho ilícito, abstractamente expresada, no entraña, para la tónica jurídica contemporánea, ningún carácter apologético punible'. (54)

" 'El artículo 210 reprime la apología directa, esto es, la concreta, bien que se alabe o defienda un delito determinado o un género de delitos.

" 'Por lo mismo que el Código se refiere a los delitos y no a los delincuentes, no constituye infracción el elogio o apología de la conducta de un criminal, ni menos la de un procesado". (Sentencia ya citada, del 3 de diciembre de 1975).

Por lo visto y analizado, la motivación de las Resoluciones acusadas es equivocada, e indujo a una clasificación errónea de la película, a la luz del Decreto-Ley 2055 de 1970, por lo cual habrán de anularse. Y para establecer el derecho de los exhibidores se permitirá su exhibición, previa clasificación, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 1355 de 1970.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación y de acuerdo con él,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones 2993 de junio 9 de 1976, 3020 del 23 de junio de 1976 y 2670 del 14 de octubre del mismo año, proferidas por el Comité de Clasificación de Películas y por el Ministerio de Comunicaciones.

Segundo. Clasifícase la película denominada "El peleador invencible" en el numeral 3º del artículo 5º del Decreto-Ley 1355 de 1970, o sea, "permitida para mayores de dieciocho (18) años", y autorízase a la Sociedad Global Films de Colombia, Ltda., para exhibirla en las salas de cine del territorio nacional.

Cópiese, publíquese, notifíquese. Comuníquese al Comité de Clasificación de Películas y al Ministerio de Comunicaciones.

Falla:

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. — Revocación directa de los Actos Administrativos Particulares. Prohibición establecida en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Acción de revisión. Artículo 164 del C. C. A.

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

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Aníbal Restrepo S.**)

Referencia: Expediente Nº 1843. Autoridades Nacionales. Actor: Marco Fidel Ruiz C.

En virtud de la consulta ordenada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, conoce esta Corporación de la sentencia proferida por aquella Entidad, en la que fue dirimido el juicio instaurado por el señor Marco Fidel Ruiz Castiblanco, mediante apoderado, y en cuya demanda se solicitó hacer las siguientes declaraciones:

"**Primera:** Que es nula la Resolución Nº 757 expedida por el señor Jefe de Personal de la Empresa 'FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA', de junio 12 de 1970, por medio de la cual se suspendió el pago de la pensión de jubilación que venía disfrutando el señor MARCO FIDEL RUIZ CASTIBLANCO.

"**Segunda.** Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene que la Empresa de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA está obligada a reconocer y ordenar el pago de la pensión de jubilación que venía disfrutando el señor MARCO FIDEL RUIZ, a partir de la fecha en que le fue suspendida ilegalmente.

"**Tercera.** Que a las anteriores declaraciones se les dé cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C. C. A.".

Aduce el actor como HECHOS sustentatorios del libelo, los que se relatan a continuación:

"1) La Empresa de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció al señor MARCO FIDEL RUIZ el derecho a gozar de una pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber cumplido con los requisitos legales sobre la materia.

"2) Por medio de la Resolución acusada, la Empresa de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, resolvió dejar en suspenso el pago del derecho pensional reconocido al señor MARCO FIDEL RUIZ por considerar que en contra del apoderado que tramitó el reconocimiento de la pensión y de los testigos que habían acreditado el tiempo de servicios de mi poderdante, se inició una investigación de carácter penal.

"3) Estoy dentro del término para ejercitar la presente acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto 3135 de 1968".

Se indican como disposiciones infringidas con el acto acusado, el artículo 30 de la Constitución Nacional, artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, Ley 161 de 1961, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y artículo 23 del Decreto 2733 de 1959.

Respecto de la violación de las normas procedentes hace el actor una detenida exposición.

Como la Consulta se decide de plano procede la Sala a resolverla, previas las siguientes

Consideraciones

Al despachar favorablemente los pedimentos de la demanda, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia consultada, fundó su decisión en estas consideraciones:

"1. **Las excepciones planteadas.** La entidad demandada, a través de su apoderado, propuso las excepciones de falta de competencia y caducidad, basada la primera en que el actor no agotó la vía gubernativa porque no interpuso recurso de reposición contra la resolución enjuiciada, y la segunda porque desde la fecha en que se produjo tal acto y la en que se presentó la demanda, transcurrieron más de los cuatro meses señalados para el efecto por el inciso 3º del artículo 83 del C. C. A.

"Con respecto a la excepción que la parte impugnadora denomina 'Falta de competencia', baste decir que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, el recurso de reposición que echa de menos la apoderada de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Y en cuanto a la alusión que se hace del recurso de apelación, la misma parte reconoce que él no está establecido para las providencias que dicte dicha Empresa.

"En lo que concierne con la excepción de caducidad de la acción, en ejercicio de ésta está regulado por la norma contenida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, no por la disposición general del inciso 3º del artículo 83 del C. C. A., ya que el restablecimiento del derecho que se pide como consecuencia de la nulidad de la resolución enjuiciada, versa sobre reconocimiento de pensión de jubilación. Por otra parte, no hay en el expediente constancia alguna, porque la entidad demandada no la allegó a pesar de habérselo solicitado, sobre la fecha en que le fue notificada al demandante la Resolución 757 de

12 de junio de 1970, que le suspendió el pago de la pensión. Correspondía en este caso a la excepcionante probar que el actor no ejercitó el derecho a accionar dentro de los tres años a que se refiere el artículo 41 citado, pero como no lo hizo así, la excepción que en ese sentido se propuso debe declararse no probada, al igual que lo será la de la 'falta de competencia'.

"2. **El fondo del asunto.** Toda la controversia se circunscribe a establecer si la Administración, en este caso los Ferrocarriles Nacionales de Colombia podía, como lo hizo, suspender el pago de la pensión de jubilación que le había sido reconocida, por acto que se encontraba en firme, al demandante.

"Cree la Sala que esa medida no podía adoptarse en la forma en que la acogió la Administración, es decir, unilateralmente, sin que mediara el consentimiento expreso y escrito del demandante, por prohibición expresa del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

"Si los Ferrocarriles Nacionales de Colombia estimaron que el reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante se había efectuado con base en documentos apócrifos —cuestión esta que no aparece demostrada en el juicio—, otro era el camino para obtener la revocación de ese reconocimiento, como por ejemplo el ejercicio de la acción de revisión consagrada en el artículo 164 y ss. del C. C. A., entre otras razones porque entre las causales que dan lugar a ella, específicamente menciona el numeral 1º del artículo 165 de esa obra, la de cuando el reconocimiento se ha obtenido 'con fundamento en documentos falsos o adulterados', que es la razón en que se basa la resolución enjuiciada".

Como lo ha dicho la Sala el perjuicio que se ocasionó al actor surge de las mismas resoluciones enjuiciadas. Si observamos que al demandante se le había reconocido un derecho individual concreto, de carácter económico que no podía revocarse en forma oficiosa por la administración, sin previo consentimiento del Titular del derecho, se concluye que hubo manifiesta violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959.

Considera la Sala necesario transcribir el concepto de la Fiscalía 4ª de la Corporación en un negocio similar y se comparte:

Dijo así la Fiscalía

"...Posteriormente, la demandada mediante las resoluciones acusadas revocó directamente el reajuste pensional de que venía disfrutando el demandante alegándose para ello que la equivalencia certificada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil que sirvió de fundamento al reajuste había sido revocada por este organismo, sin que previamente hubiera obtenido del actor su consentimiento expreso y escrito.

"Ahora bien: El caso es tan elemental, sobre la aplicación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, que no merece mayores consideraciones para concluir en la ilegalidad de los actos acusados, en forma por demás ostensible. Dicha ilegalidad no podría calificarse como el simple fruto de una equivocación, sino carente de todo fundamento,

de quienes produjeron los actos acusados, porque a sabiendas de que sin el consentimiento expreso y escrito del demandante no podían revocar directamente la Resolución que le reconoció el reajuste, de todas maneras fue revocada.

"Tratando de justificar lo injustificable y de legalizar lo abiertamente ilegal, se invoca una tesis del profesor Hernando Gómez Mejía expuesta en su 'curso de Derecho Administrativo' y que refiriéndose al artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, dice: 'A nuestra manera de ver esta última disposición debe interpretarse en el sentido de que aún sin el consentimiento del particular, el acto puede revocarse cuando ha sido irregularmente expedido, es decir, cuando adolece de un vicio de nulidad pues en tal circunstancia el acto no ha surgido a la vida jurídica consolidada legalmente.

"No puede compartir la Fiscalía esta tesis, en la medida en que se abriría ancho campo a la arbitrariedad de la administración que por sí y ante sí sustituiría así fuera sin eficacia definitiva, a la jurisdicción contencioso administrativa que en casos concretos sería la única con facultades para decir si el acto que se pretende revocar directamente sin el consentimiento del beneficiario, es nulo, o inexistente.

"Menos puede compartir la Fiscalía, las citas de los eminentes tratadistas André de Laubadere y Guido Canobini, PARA EL PRESENTE CASO, traídas en uno de los actos acusados, porque aunque es rigurosamente aceptable que la Administración corrija sus propios actos sin necesidad de petición de parte, dicha facultad en nuestro cuadro jurídico tiene entre otros límites el respeto por los derechos adquiridos a que se refieren el artículo 30 de la Carta y adicionalmente el de las situaciones individuales a que se refiere el artículo 24 ya mencionado.

"Esas citas doctrinales, totalmente desubicadas de nuestro contexto jurídico, a manera de ver de la Fiscalía, no son más que los adornos 'jurídicos' de que se valió la parte demandada, para desconocer a sabiendas se repite, los derechos del demandante".

Además como bien lo dice el Tribunal "en este evento no cabe la suspensión del proceso por prejudicialidad, ya que no está demostrado que se haya hecho investigación de carácter penal, pero ni siquiera que se hubiera formulado la denuncia sobre la materia, suspensión que no es procedente en tratándose de ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las del estado civil en procesos de sucesión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil".

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 Cundinamarca, el 18 de mayo 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 29 de julio de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COMISION DE ESTUDIOS. — Obligaciones contractuales de las partes. Efectos del contrato. La destitución no puede juzgarse como incumplimiento por parte de la Administración.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 3618. Autoridades Nacionales. Actor: Enrique Lasprilla R.

El doctor Enrique Lasprilla Romero, obrando por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, promovió demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se declare nula la Resolución Nº 00928 expedida el 28 de abril de 1972 por la Jefatura del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, y como consecuencia, se le restablezca en su derecho reincorporándolo al cargo de Economista Supernumerario, Categoría 28, Proyecto Cimed, con sede en Bogotá u otro de igual o superior categoría y pagándole los sueldos y prestaciones correspondientes al cargo desde el 1º de mayo de 1972 hasta que sea restablecido al servicio, con la declaración de que no hubo interrupción en el servicio para efecto de sus prestaciones sociales.

Los hechos en que se fundamenta la demanda, son, en síntesis, los siguientes: el demandante prestó sus servicios al DANE desde el 1º de julio de 1968 hasta el 30 de abril de 1972 cuando fue declarado insubsistente por el acto acusado; suscribió un contrato con dicha oficina el 13 de agosto de 1970 por el cual se obligó a adelantar y a aprobar un curso de especialización en Demografía y a laborar para el Gobierno Nacional durante un lapso igual al triple del empleado en los estudios; el curso tuvo una duración de un año y una vez aprobado el actor reanudó su trabajo; el 1º de marzo de 1972 fue incluido dentro del personal de supernumerarios como Economista con una asignación de $ 6.500.00, cargo en el que permaneció hasta cuando fue destituido; el Gobierno podía dar por terminado el contrato por cualquier causa, dando aviso al contratista con una antelación de sesenta días.

El demandante señaló como normas violadas por el acto acusado, los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, el Decreto 2196 de 1965 y el contrato administrativo Nº 83 de 1970.

La demanda fue admitida el 14 de julio de 1972. Se practicaron las pruebas solicitadas por el actor y el señor Fiscal Primero del Tribunal solicitó se accediera a las súplicas de la demanda porque el acto acusado es violatorio del contrato que existía entre las partes y de las normas invocadas en el libelo. El Tribunal decidió el juicio el 18 de marzo de 1975, por medio de sentencia en que se accedió en parte a las peticiones del doctor Lasprilla quien por conducto de su apoderado interpuso el recurso de apelación contra el mismo.

La segunda instancia ha sido tramitada legalmente en el Consejo y durante ella la parte actora formuló algunas glosas y consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal, y la Fiscalía Cuarta conceptuó en el sentido de que se debe revocar el fallo de primera instancia para en su lugar denegar totalmente las pretensiones invocadas.

En auto del 3 de marzo del año en curso se citó a las partes para sentencia y ejecutoriada tal providencia sin que se observe causal alguna de nulidad. la Sala procede a dictar sentencia con las consideraciones que siguen:

El doctor Enrique Lasprilla Romero en su condición de empleado del Departamento Nacional de Estadística celebró con dicha entidad en agosto de 1970 un contrato por medio del cual se comprometió a:

a) Adelantar y aprobar el curso sobre demografía y bioestadística en la Universidad de Carolina del Norte;

b) A laborar para el Gobierno en el sitio y con la remuneración que éste disponga, un tiempo igual al triple del invertido en el curso de la especialización. Esas fueron sus obligaciones contractuales. El Gobierno conforme la cláusula quinta del convenio podía darlo por terminado, por cualquier causa a su juicio que motivara tal determinación, dando aviso al contratista con sesenta (60) días de anticipación sin que éste tuviera derecho a indemnización alguna. Además, podía declarar la caducidad administrativa del mismo por las causales contempladas en la Ley y por el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales.

Concluido el año de especialización el actor se reincorporó a sus labores en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, hasta cuando fue declarado insubsistente por el acto acusado que surtió sus efectos fiscales a partir del 1º de mayo de 1972.

El Decreto 2196 de 1965 que se indicó como violado por el acto acusado expresa en su artículo 2º que el funcionario favorecido con una beca, al regresar al país queda obligado a prestar sus servicios en la respectiva Rama de la Administración Pública a que pertenece y dentro de su especialidad, en cargos de igual o superior nivel, por un término equivalente a tres veces el tiempo que dure la comisión de estudios, el cual no podrá ser, en ningún caso, menor de un año. Es decir, esta norma impone una obligación al contratista más no a la Administración, y así se evidencia en el contrato que suscribieron el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el doctor Enrique

Lasprilla. Fuera de ello el DANE al regreso del mencionado doctor Lasprilla puso a disposición del mismo el cargo de Economista III-24 y luego 28 que desempeñó hasta su destitución.

Y la destitución de que fue objeto el actor no puede juzgarse como incumplimiento del convenio por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, pues es claro que siendo un funcionario de libre nombramiento y remoción como se evidencia de autos y es circunstancia que no ha sido objeto de discusión en el juicio, a pesar de ese contrato conservaba ese carácter; y mal podía pensarse que por ministerio del mismo iba a tornarse en empleado con un período fijo de tres años.

Además, estima la Sala, que el contrato de que se hace mérito tuvo su ejecución desde el mismo momento del reintegro del doctor Lasprilla a su cargo en el DANE al finalizar el curso de especialización, sin que sus efectos puedan tener un alcance indefinido que dé margen a demandar el reconocimiento de derechos presuntamente emanados de él. Y bien lo dice la Colaboradora Fiscal, uno es el acto administrativo acusado y otros son los efectos que en un momento dado, pueda tener el referido contrato que no está enjuiciado.

Y en razón de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de marzo de 1975 y en su lugar NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 11 de agosto de 1977.

Carlos Aníbal Restrepo S., Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Clases de documentos que expiden los Almacenes Generales de depósito. Responsabilidad por el valor de las mercancías depositadas. Autorización consagrada en el Decreto 356 de 1957 a la Superintendencia Bancaria para fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de las mercancías y su reavalúo cuando fuere el caso.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Legislación sobre estos almacenes. No se contempla la restricción a que se refiere la Resolución Nº 3165 de 1975. Creación y régimen de zonas francas. Origen de la nulidad del parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución Nº 3165 de 1975.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — El precio en que se vendan las mercancías depositadas en los casos de los artículos 12 y 13 del Decreto 356 de 1957 será el del mercado. El valor aceptado en el momento de perfeccionar el depósito es solo una guía. Las mercancías pueden ser vendidas por los almacenes generales de depósito en los casos taxativamente indicados en la Ley y sin restricciones distintas a las señaladas en la misma Ley. Después de expedido el certificado o del bono. las mercancías no pueden ser objeto de embargo, prenda o gravamén que perjudique su plena y libre disposición.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Autorización previa del funcionario respectivo para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo. Liquidación administrativa o que se hayan declarado en quiebra. El Decreto 356 de 1957, autorizó a la Superintendencia Bancaria para señalar el procedimiento en tales casos.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. — Del texto de la Resolución Nº 03165 de Diciembre 24 de 1975, del Superintendente Bancario, orgánica de los Almacenes Generales de Depósito son nulas las siguientes disposiciones: parágrafo 2º del artículo 76, el aparte siguiente del artículo 31: "por un valor no inferior al estimado o al corriente de plaza si éste fuere mayor".

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Objeto y origen de los fondos de los Almacenes Generales de Depósito. Función

de los Almacenes Generales de Depósito. Legalidad del Establecimiento de las provisiones obligatorias para atender deudas de difícil cobro, artículo 14 del Decreto 356 de 1957, artículo 450 del Código de Comercio. Ley 45 de 1923 artículo 87.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Sentido formal de la Ley. La presunción del artículo 762 no es desvirtuada por el parágrafo de los artículos 25 de la Resolución Nº 3165 del Superintendente Bancario. Utilidad de los créditos directos sobre bienes depositados.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación 4135. Nulidad de la Resolución 3165 de 24 de diciembre de 1975 del Superintendente Bancario. Demandante: Jorge Vélez García.

Los actos demandados se identifican así: según el texto del memorial:

"A). Los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución precitada, cuyos textos ordenan:

" '**Artículo 6º** Por cada deuda de dudoso recaudo, deberá constituirse una provisión con cargo a la cuenta de Pérdidas y Ganancias por el ciento por ciento (100%) de su valor, a menos que su pago se encuentre caucionado con garantía real. Con todo, si la garantía real no fuera suficiente, a juicio del Almacén o de la Superintendencia deberá constituirse por la parte no cubierta.

" 'El tratamiento sobre la provisión exigida en este artículo es independiente de la aceptada por las normas tributarias'.

" '**Artículo 10.** Para que el Superintendente Bancario dé curso a la solicitud de castigo de deudas comparadas como no recaudables, a dicha solicitud deberá acompañarse copia auténtica de la parte pertinente del acta de la sesión en que la Junta Directiva haya autorizado el respectivo castigo o se haya enterado del proyecto de castigar la deuda si la correspondiente decisión de acuerdo con los estatutos sociales no es de su competencia.

" 'La solicitud contendrá los siguiestes datos:

"1) Nombre, razón o denominación social o legal del deudor;

"2) Concepto, cuantía y clase de garantía de la deuda;

"3) Fecha de vencimiento de la obligación; y

"4) Razones en virtud de las cuales se considera incobrable.

"El Almacén deberá informar ampliamente sobre las gestiones de cobro realizadas. La solicitud de autorización para castigo de deudas deberá presentarse con no menos de veinte (20) días hábiles de anterioridad a la fecha de cierre del correspondiente ejercicio económico.

" '**Parágrafo.** La solicitud vendrá acompañada de un certificado expedido por el Revisor Fiscal de la entidad sobre la exactitud de los datos contenidos'.

" '**Artículo 11.** Si la solicitud se refiere al castigo de deudas originadas por concepto de préstamos concedidos en virtud del artículo 15 del Decreto 356 de 1957, dicha solicitud, además de los datos anteriores, contendrá los documentos relacionados en los artículos 94 y 95 de esta Resolución".

" '**Artículo 12.** Los castigos se harán con cargo a la provisión para deudas de dudoso recaudo.

" 'Una vez efectuado el castigo, se enviará a la Superintendencia Bancaria copias de los asientos de contabilidad producidos al efecto, certificados por el Revisor Fiscal".

"b) El Parágrafo único del artículo 25 de la Resolución predicha que dispone textualmente:

" '**Parágrafo.** En guarda de sus intereses y de terceros, el Almacén se cerciorará, en lo posible, sobre la propiedad de las mercancías".

"C) El artículo 26 **ibídem** que establece:

"**Artículo 26.** El avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el Almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial.

" 'En cuanto hace referencia a los productos agrícolas, se tomarán como valor los precios de sustentación que presente la bolsa agropecuaria o el organismo oficial que tenga el mercado de tales productos o la fijación de sus precios.

" 'El Almacén responderá por el valor fijado a las mercancías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 356 de 1957".

"D) El PARAGRAFO único del artículo 29 y el parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución, que disponen respectivamente:

" '**Artículo 29.**

" '.....

" '**Parágrafo.** Cesará el depósito de las mercancías al momento de su embarque para los productos de exportación y se iniciará, si es el caso, el depósito con los productos importados desde el momento de su nacionalización', y

" '**Artículo 76.**

" '.....

" '**Parágrafo 2º** Los Almacenes Generales no podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías no nacionalizadas'.

"E) La parte del artículo 31 **ibídem** en cuanto dispone que los Almacenes Generales de Depósito venderán las mercancías depositadas por cualquier procedimiento comercial, si así se hubiere pactado en el contrato,

" 'por un valor no inferior al estimado o al corriente de plaza si éste fuere mayor', y,

"F) Los incisos 2º y 3º del artículo 45 de la misma Resolución que a la letra expresan:

" '**Artículo 45.**

" '.....

"Para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra el almacén deberá obtener previa autorización del funcionario respectivo. Exceptúase la subasta de mercancías que corran el riesgo de deterioro o de causar daño a otros efectos depositados, caso en el cual al almacén le bastará informar al funcionario".

" 'En todo caso, realizada la subasta, el almacén pondrá a disposición del funcionario respectivo el precio obtenido en el remate, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil, y demás disposiciones que regulan la materia" '.

Se señalan como violadas las siguientes disposiciones:

"Los artículos 14, 15 y 18 de la Ley 20 de 1921;

"Los artículos 9º y 13 del Decreto 1821 de 1929;

"Los artículos 2º, 4º, 7º, 8º, 12, 13 y 14 del Decreto Ley 356 de 1957.

"Los artículos 420 numeral 1º, 451, 452, 453, 456, 627, 644, 765 inciso 2º, 797, 798, 1180, 1187, 1189, 1914 y 1945 del Código de Comercio;

"Los artículos 762 inciso 2º, 2236 y 2240 del Código Civil;

"Los artículos 10, 11, 12, 13, 47, 53, 64 y 65 de la Ley 45 de 1923;

"Los artículos 9º literal i), 20, 21 y 24 de la Ley 105 de 1958;

"El artículo 32 del Decreto 2240 de 1962".

En distintos capítulos indica la demanda el concepto de violación los cuales serán en parte reproducidos, en parte resumidos cuando se examine el conjunto, tema por tema.

El Superintendente Bancario se hizo presente en el proceso y defendió pormenorizadamente la resolución acusada. También se comentará en su oportunidad.

El actor presentó extenso alegato de conclusión para rebatir los puntos de vista del Superintendente y el señor fiscal doctor Jorge Dangond Flórez hizo, como siempre, un erudito examen de la cuestión.

Para resolver se considera

PRIMERO. El capítulo I lo explica así el demandante:

"A) Los mandatos contenidos por los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución 3165 del 24 de diciembre de 1975, expedida por la Superintendencia Bancaria crean en conjunto una institución contraria a normas superiores de derecho. La provisión o reserva de un 100% por cada deuda de dudoso cobro, ordenada por el artículo 6º, y el dispendioso aparato de intervención superintendencial que, para el castigo de tales deudas de difícil recaudo, prevén los artículos 10, 11 y 12 de la misma providencia, determinan la violación palmaria de los artículos 2º y literal o) del 14 del Decreto Ley 356 de 1957, y 420 numeral 1º, 451, 452, 453 y 456 del Código de Comercio.

"En efecto, según el artículo 2º del Decreto Ley 356 de 1957, las empresas de Almacenes de Depósito deben constituirse en forma de sociedades por acciones, una de las cuales es la sociedad anónima, y en el molde jurídico de este tipo de sociedad están configurados todos los Almacenes Generales de Depósito del país. Pues bien, de conformidad con los artículos 451, 452, 453 y 456 del Código de Comercio, las únicas reservas o provisiones de las sociedades anónimas son la legal, las estatutarias, las ocasionales y las destinadas especialmente, a enjugar pérdidas. Basta repasar los susodichos mandatos para deducir, sin lugar a dudas, que de tales reservas o provisiones de fondos, las únicas **obligatorias** son la reserva legal y las reservas estatutarias, aquélla imperativamente establecida por mandato de la Ley y éstas por prescripción de los estatutos, aunque respecto de las últimas, su obligatoriedad subsiste 'mientras no se supriman mediante una reforma del contrato social' (artículo 453 del Código de Comercio).

"A su vez, las reservas ocasionales que ordene la asamblea 'sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias'. (Artículo 453 **in fine** del Código de Comercio) y, en defecto o a falta de reservas destinadas especialmente a enjugar pérdidas, tal propósito se cumplirá por medio de la reserva legal, según lo dispone el artículo 456 **ibídem**, significando de manera incuestionable que la reserva o provisión para pérdidas no es legalmente obligatoria, y, en caso de que no se decrete, aquellas pérdidas serán enjugadas a costa de la reserva legal.

"Como bien puede observarse, entonces, la provisión especialmente destinada para enjugar pérdidas, que a fuer de corresponder al género de pérdidas diversas causadas por los riesgos corrientes en el giro ordinario del negocio empresarial, debe abarcar, como especie de aquéllas, la noción de deudas de difícil cobro, puesto que las pérdidas pueden también originarse parcial o totalmente en el incumplimiento de obligaciones a cargo de terceros, es una reserva que no se deriva de un mandato imperativo legal, como se ha visto, sino que nace de la libre y previsiva determinación de la empresa, a través de la voluntad de sus órganos competentes (generalmente la Asamblea de Accionistas), voluntad que de no manifestarse expresamente es suplida por la Ley al ordenar que 'en su defecto' dichas pérdidas se enjuguen con la **reserva legal.**

"Esta última sí es (como de su denominación se desprende) legalmente obligatoria. Según el precepto contenido en el artículo 452 del Código de Comercio, es obligatoria para las sociedades anónimas, tipología jurídica a la cual pertenecen los Almacenes Generales de Depósito, la constitución de dicha reserva legal 'que ascenderá por lo menos al 50% del capital suscrito, formada con el 10% de las utilidades líquidas de cada ejercicio'. (Artículo 452 Código de Comercio); la misma disposición ordena que cuando esta reserva legal llegue al 50% aludido, la sociedad no tendrá obligación de continuar llevando a esta cuenta el 10% de las utilidades líquidas, pero si disminuyere, será necesario hacer tal apropiación hasta llegar nuevamente al límite prefijado.

"Forzoso es colegir, al estudiar el contexto normativo de los artículos del Código Mercantil antes citados —que la providencia superintendencial, a través de las fracciones glosadas, tan rudamente quebranta— que fuera de la **reserva legal.** cuya obligatoriedad se origina en el mandato imperativo de la Ley, todas las demás provisiones o reservas provienen de la voluntad de los socios expresada en los estatutos sociales o acordada por la Asamblea General de Accionistas. Para que sobre este aspecto no subsista la más leve sombra de duda, cabe recabar que el Código de Comercio, en su artículo 420 establece como atribución privativa de la Asamblea General de Accionistas la de: 'Disponer qué reservas deben hacerse además de las legales', pluralidad en la cual quedan inmersas no sólo la propia reserva legal sino las estatutarias que acceden a la categoría de legales por la convalidación que, también en calidad de obligatorias, les confiere la ley.

"Mas no son éstas las únicas normas superiores violadas por los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución 3165 de 24 de diciembre de 1975, expedida por la Superintendencia Bancaria cuya nulidad demando, sino que, además, lesiona un amplio aspecto de la legislación bancaria. En efecto, al estudiar la conformación legal de las RESERVAS BANCARIAS, a las cuales se adscribe, por igual, el ordenamiento económico de los Almacenes Generales de Depósito, se advierte que las disposiciones impugnadas exceden, alteran, amplían o desvirtúan demarcaciones precisas sobre la materia, establecidas en los artículos 10, 11, 12 y 13 de la Ley 45 de 1923. Vale la pena, en apoyo de esta afirmación, hacer un análisis pormenorizado del origen, constitución y destinaciones legales de las llamadas provisiones, reservas o fondos de reserva bancarios, así sea panorámicamente, para advertir las desfiguraciones causadas en la estructura del balance depositario, por las disposiciones que se demandan.

"El artículo 10 de la Ley 45 de 1923 delimita la RESERVA O FONDO DE RESERVA, a este tenor:

" '**Artículo 10.** Las palabras "reserva" o "fondo de reserva" significan un fondo creado por un establecimiento bancario, con sus utilidades líquidas o con pagos recibidos de accionistas, por el exceso sobre el valor a la par de acciones suscritas'.

" 'El fondo de reserva no podrá destinarse al pago de dividendos. Tampoco será usado para cubrir gastos o pérdidas durante el tiempo en que tal establecimiento bancario tenga utilidades indivisas'.

"En estos términos, una provisión, reserva o fondo de reserva en los Almacenes Generales de Depósito sólo puede **constituirse** con sus 'UTILIDADES LIQUIDAS O CON PAGOS RECIBIDOS POR EL EXCESO SOBRE EL VALOR A LA PAR DE ACCIONES SUSCRITAS'. El artículo 6º demandado de la Resolución, determina la integración de la 'provisión' reserva para la cobertura de las deudas de 'dudoso recaudo', con fondos que no provienen de las 'utilidades líquidas' del depositario ni con el 'exceso del valor a la par de acciones suscritas' ya que éstas no se conocen sino al cierre del ejercicio y la determinación de su existencia y disponibilidad están reservadas a la Asamblea General de Accionistas de dichas sociedades.

"El mismo artículo 10 de la Ley Bancaria, en su inciso 2º, determina perentoriamente que el 'fondo de reserva' no podrá **'destinarse'** al pago de dividendos, e igualmente, sólo permite su destinación al pago de gastos o pérdidas durante el tiempo en que no existan 'utilidades indivisas'.

"El artículo 11 de la Ley 45, por su parte, define las 'utilidades indivisas' como 'utilidades líquidas acumuladas' que no se han destinado a dividendos o transferido al 'fondo de reserva'. Esto quiere significar que mientras existan utilidades sin estas destinaciones específicas la provisión o fondo de reserva no 'puede destinarse, como en efecto lo ordenan los artículos demandados de la resolución superintendencial, a enjugar las pérdidas reales o potenciales originadas en 'deudas de dudoso cobro'.

"Ahora bien. Si las normas demandadas son nulas por la forma de 'constitución' y 'destinación' del fondo de provisión o reserva para deudas de difícil o dudóso cobro, lo son, asimismo, por el tiempo y procedencia de su creación. En rigor, la integración de cualquier fondo de reserva —y éste lo es— solo puede provenir de 'utilidades líquidas' de un Almacén de Depósito o establecimiento bancario en los términos ya expresados. Por utilidad 'líquida' se entiende, según el artículo 12 de la Ley 45, el 'exceso de las utilidades totales sobre los gastos, impuestos y pérdidas que deben cargarse a dichas utilidades **durante un período de dividendo'**, o sea del 'período comprendido entre la fecha en que se decretó el último dividendo y la señalada para la declaración del próximo', en los términos definidos en el artículo 14 **ibídem.** Por consiguiente, no puede originarse un fondo de reserva —como el de provisión para deudas de dudoso cobro antes del cierre o clausura del correspondiente ejercicio, o dicho más claramente, antes de que pueda determinarse contablemente la existencia eventual de utilidades líquidas, que es, precisamente, lo que las normas demandadas pretermiten, al precipitar abortivamente la formación de una reserva, con antelación a la existencia de la 'utilidad' que ha de convalidarla, cuyo origen sólo puede provenir de un acto dispositivo de la Asamblea General de Accionistas o de la Ley, y no, como en el caso de la 'provisión para deudas de dudoso recaudo', de disposiciones de la Superintendencia Bancaria.

"Por lo demás, las facultades del Superintendente Bancario en materia de provisiones conducentes a la preservación de capitales de las entidades cuya inspección y vigilancia le están adscritas, están limitadas en los términos del artículo 47 de la Ley 45 de 1923, al proferimiento de órdenes específicas, obligatorias para un establecimiento

en particular, a efecto de que cubra la disminución comprobada en el valor de su capital suscrito. Carece, por tanto, el Superintendente de atribuciones para dictar normas de alcance general sobre esta materia, como aquélla que los actos acusados intentan poner en vigencia.

"En consecuencia, las fracciones acusadas de la Resolución superintendencial 3165 están erigiendo en **obligatorias**, y sometiendo a una estricta regulación intervencionista, provisiones o reservas, que, segun los ordenamientos de las normas superiores, son voluntarias y pueden establecerse en las sociedades anónimas, como los Almacenes Generales de Depósito, sin necesidad del arduo proceso de verificaciones administrativas y autorizaciones previas que los mismos textos violatorios exigen, y que, en tal razón, por contrariar disposiciones superiores de derecho, deben ser declarados nulos como en este libelo se pide. Analizando la cuestión planteada en su terreno propio, es decir a la luz de las normaciones superiores específicas que disciplinan las materias concernientes a los Almacenes Generales de Depósito, y, en particular, a los almacenes de la competencia de inspección y vigilancia que sobre éstos le atribuye la ley a la Superintendencia Bancaria, no aparece por parte alguna que este organismo, en relación con provisiones o reservas de dichos Almacenes, posea facultad distinta a la prevista por el literal o) del artículo 14 del Decreto-Ley 356 de 1957, que ordena textualmente:

" 'o) Fijar el monto de depósitos con Certificados de Depósito y Bonos de Prenda que los Almacenes Generales de Depósito puedan tener en relación con su capital y reserva'.

"Unica disposición en la cual, dentro del elenco de funciones y atribuciones dadas a la Superintendencia Bancaria, se hace alusión a la reserva de los Almacenes, pero no para autorizar a dicha agencia estatal en el sentido de que establezca los caracteres cuantitativos y cualitativos de tal reserva, ni para que diversifique o multiplique dicha noción singular en distintas provisiones de fondos, sino para fijar la reserva y el capital del Almacén como parámetros de responsabilidad en relación con el monto de depósitos con certificados y con bonos de prenda. Esta es una situación completamente distinta a la que se aprecia en los textos acusados, por los cuales se ordena la constitución de una reserva especial y se le imprime un complicado tratamiento rígidamente intervenido a su aplicación, completamente exorbitante a la competencia legal de la Superintendencia Bancaria, concretada en el artículo 14 del Decreto-Ley 356 de 1957 que delimita de modo específico las atribuciones conferidas por la Ley a dicho organismo.

"Aún suponiendo que tal catálogo competencial fuera genérico (situación aberrante a la luz del derecho administrativo en materia de competencia) y que mediante cualquier intrincado esguince o extensión anodina del precepto citado pudiere derivarse la capacidad superintendencial para crear y reglamentar esta clase de provisiones para deudas de dudoso recaudo, cabe hacer las siguientes advertencias: inténtese destilar tal atribución especial de las reglas del artículo 14 para que se verifique la imposibilidad absoluta de semejante conato; o de otra parte, piénsese si resulta jurídico en la delicada materia de competencias, deducir estas últimas y configurarlas, no sólo sin base en normas que estrictamente las generen, sino en contra de norma supe-

rior que deniega la pretendida capacidad o atribución que el administrador inventa.

"Estas son las consideraciones que sustentan la anulación de los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución 3165, cuya ilegalidad resulta manifiesta".

Responde así el superintendente:

"PRIMER CARGO. Se dice en la demanda que los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución 3165 de diciembre de 1975, expedida por la Superintendencia Bancaria crean en conjunto una institución contraria a normas superiores de derecho y que 'la **provisión o reserva** (sic) de un 100% por cada deuda de dudoso cobro, ordenada en el artículo 6º y el dispendioso aparato de intervención superintendencial, que, para el castigo de tales deudas de difícil recaudo, prevén los artículos 10, 11 y 12 de la misma providencia, determinan la violación palmaria de los artículos 2º y literal o) del artículo 14 del Decreto Ley 356 de 1957, y 420 numeral 1º, 451, 452, 453 y 456 del Código de Comercio'. (Subrayo).

"Partiendo de este criterio el demandante analiza el sistema de reservas para concluir que en nuestro derecho societario sólo es obligatoria la reserva legal y que por tanto el acto administrativo quebranta rudamente preceptos legales y desfigura 'el balance depositario'.

"La sustentación del actor se dirige contra lo que los artículos demandados no contienen pues ellos se refieren a una provisión y para nada se ocupan de las reservas. Esta indistinción hace decir a los artículos 6º, 10, 11 y 12 lo que ellos no contemplan y como consecuencia los sitúa por gracia del demandante, en el terreno de la ilegalidad.

"Para precisar lo dicho puede señalarse:

"1. Hay que distinguir entre lo que es una provisión y una reserva. La trascendental diferencia entre una y otra, radica en que mientras la primera tiene el concepto de un costo o gasto operacional, la segunda es de carácter netamente eventual, es decir, busca amparar quebrantos aún no conocidos o manifiestos. Por ello, la primera se constituye con cargo a Pérdidas y Ganancias, en tanto que la segunda se apropia de las utilidades líquidas por mandato de la Asamblea General de Accionistas de los estatutos o de la Ley, con afectación de utilidades no distribuidas que son patrimonio de la sociedad.

"2. Ahora bien, la contitución de las provisiones, ya sean para proteger activos demeritados, caso de las deudas de difícil cobro, o para asumir el pago de cesantías, sueldos, impuestos, intereses, etc., no requiere autorización de la Asamblea ni de la Junta Directiva, puesto que siendo costos y gastos operacionales del ejercicio económico se causan en el desarrollo mismo del negocio y no dependen de la voluntad del órgano asambleario sino de la pura técnica contable. De ahí la sabiduría del artículo 450 del Código de Comercio, el cual advierte que para determinar el resultado económico de un ejercicio, previamente deben constituirse todas las provisiones necesarias, inclusive las destinadas a proteger la desvalorización y garantía del patrimonio social, dentro del cual están las deudas de difícil recaudo.

"Si en procura de claridad se analiza el artículo 12 de la Ley 45 de 1923, que el demandante dice haberse violado, se ve nítido que el artículo 450 del Código de Comercio lo que hace es ratificarlo, pues aquél dice que utilidades líquidas significan el exceso de las utilidades totales sobre los gastos, impuestos y pérdidas que deben cargarse a dichas utilidades durante un período de dividendo (económico). Luego como se explicó antes, la provisión para deudas de difícil cobro sin garantía real, es un gasto o pérdida de dicho período.

"Por su parte el artículo 16 de la Ley 45 de 1923, en su definición de capital saneado, prevé que el activo debe contener deducciones para cubrir pérdidas por deudas dudosas, deducciones que no son otras que las mismas provisiones de que se viene tratando.

"Demostrado todo lo anterior, sólo queda por agregar que la Superintendencia con base en el literal f) del artículo 14 del Decreto 356 de 1957, y los artículos 47 y 87 de la Ley 45 de 1923, aplicables por expresa invocación del artículo 16 del Decreto citado, bien podía exigir esta provisión, que responde al hecho de que la mayoría de deudas con más de un año de vencimiento son de nulo recaudo y se convierten en una carga que afecta la verdad de los estados financieros.

"En lo que hace a los artículos 10, 11 y 12 de la Resolución demandada, ellos constituyen complemento y desarrollo del 6º y están dirigidos a hacer efectiva la labor de vigilancia que la ley le encomendó a esta Superintendencia, pues si ella no tuviera oportunidad de conocer con certeza estas variaciones por tal desconocimiento tendría una corta visión del aspecto financiero que debe vigilar.

"Finalmente, sobre este aspecto es oportuno señalar que ya el Honorable Consejo de Estado, en fallo proferido el 30 de julio de 1970, en el proceso de nulidad Nº 1437 instaurado por Arturo Vallejo Sánchez contra varios artículos de la Resolución 1619 de 1969 de esta Superintendencia, analizó justamente esta misma materia, y que si bien las normas que se dijeron violadas fueron otras, esa Honorable Corporación falló la legalidad de la norma acusada, y admitió como sano lo que hoy se exige sobre la provisión para deudas de difícil cobro sin garantía real y con más de un año de vencidas".

Contra replica el demandante:

"1. El impugnador trata de desvirtuar el primer cargo (atinente a la ilegalidad de la reserva o provisión ideada y mandada por la Resolución 3165 para castigar las deudas de dudoso recaudo) aduciendo que 'hay que distinguir entre lo que es una provisión y una reserva', para lo cual recurre a conceptos de técnica contable, según los cuales, provisión es un costo o gasto operacional, y reserva 'es de carácter netamente "eventual" (sic) predicado en que se dice, cuál es uno de los accidentes de la reserva pero se deja de decir 'netamente' cuál es su verdadera sustancia.

"Convengamos en que los dos conceptos sean distintos a la luz de la contabilidad y aceptemos que la erudición del impugnador en esta disciplina sea incuestionable. Lo que sí nos permitimos observar, con el mayor candor, es que la dicotomía de la conceptualización anterior es irrelevante desde el punto de vista jurídico, pues lo que aquí nos interesa es si el mandato de la nueva carga, exigencia, separa-

ción de fondos, aplicación de recursos, destinación de medios, distracción de circulante, sustracción de capital, etc., etc., así se le llama 'provisión' o se le llame 'reserva', constituye una operación **secundum o contra legem.** El suscrito considera que es lo último, es decir que es contra la ley, y cree haberlo demostrado copiosamente.

"El impugnador agrega que la constitución de provisiones, cualquiera que ellas sean, no requiere autorización de 'la Asamblea ni de la Junta Directiva', puesto que son costos y gastos operacionales del ejercicio económico causados en desarrollo mismo del negocio y 'no dependen de la voluntad del órgano asambleario sino de la pura técnica contable'. Si ello es así, como indudablemente lo es haciendo fe sobre el inmenso argumento de autoridad de quien tan dogmáticamente lo afirma, tanto menos se justifica la parafernalia intervencionista de la Superintendencia Bancaria que la Resolución prevé, ni mucho menos que a tan espontánea partenogénesis contable se le deba aplicar la autoridad y el derecho de imperio del Superintendente, que frente a un fenómeno de pura a irresistible naturaleza numérica resulta esfuerzo tan inútil y baldío como la inane autorización de la Junta y la impotente voluntad de la Asamblea. El Estado no puede ponerse a hacer gesticulaciones en el vacío.

"Sinembargo, sea que la provisión se produzca naturalmente como fenómeno contable espontáneo, o sea que requiera la actuación de un agente, lo que la demanda sustenta es que el Superintendente Bancario carece de competencia para crear y reglamentar, por vía general, una provisión o reserva para deudas de difícil cobro de los Almacenes, y mucho menos para poner a operar un complicado dispositivo de intervención como el previsto en los artículos 6º, 10, 11 y 12 de la Resolución 3165. En efecto, resulta inadecuado basar dicho acto-regla en el artículo 47 de la Ley 45 de 1923, pues de esta norma sólo se desprende la competencia **individualizada y concreta** originada en el hecho individual y concreto de que 'algún establecimiento bancario ha violado sus estatutos o alguna ley o está dirigiendo sus negocios en forma no autorizada o insegura' **para ordenarle precisamente a dicho establecimiento** bancario que corrija o suspenda las prácticas no autorizadas o inseguras. Pero la disposición precitada no genera en ningún caso la potestad o competencia de expedir actos reglamentarios respecto de todos los establecimientos bancarios, y menos sin que previamente se comprueben violaciones de los estatutos, de la ley o prácticas no autorizadas o inseguras. Por otra parte, el artículo 87 de la misma Ley 45 de 1923, mantiene la tónica de la competencia concreta e individualizada, pues se refiere a las órdenes que el Superintendente **le haya dado** a cada establecimiento 'de acuerdo con el artículo 47 de esta Ley'.

"Pero aún suponiendo en gracia de discusión que dichas disposiciones autorizaran al Superintendente Bancario para expedir reglamentos (y no, como en ellas se prevé, actos administrativos individuales o personales), y admitiendo que tal facultad reglamentaria, en lo que atañe a la contabilidad, halle su fundamento en el literal f) del artículo 14 del Decreto 356 de 1957, cabe observar cómo una cosa es fijar sistemas generales de contabilidad, y otra muy distinta es intervenir activa y prácticamente en el manejo de esa contabilidad. En efecto: las disposiciones acusadas no implican la fijación de 'un sistema gene-

ral de contabilidad', sino la participación práctica y congestión directa en el manejo de dicha contabilidad, merced a la rigurosa ingerencia superintendencial que para constituir las provisiones o reservas prevé el dispendioso aparato intervencionista cuya nulidad se demanda por ser contraria a normas superiores de nuestro derecho positivo'

Opina el Fiscal

"Es evidente que las leyes bancarias y de comercio no contemplan la denominada 'provisión', como fondo especial y obligatorio distinto de la 'reserva' de que trata la Ley 45 de 1923 en los artículos 10, 89 y 90 y el Decreto Ley 410 de 1971 en varias de sus disposiciones. Y la Fiscalía comparte, en el plano de la interpretación, el criterio del demandante en el sentido de que las atribuciones concedidas a la Superintendencia Bancaria, en materia de reglamentación, no autorizan para imponer, con alcance general, obligaciones extra-legales a los establecimientos sujetos a su inspección y vigilancia. Pero también es verdad que la Superintendencia Bancaria, doctrinariamente ha reconocido una diferencia entre 'provisión' y 'reserva': 'mientras la primera debe tener el concepto de un costo o gasto operacional por pérdida estimada de activos y que en tal caso actúe como protección cierta, la segunda es netamente de carácter eventual, es decir para amparar quebrantos aún no conocidos o manifiestos' (Doctrinas y Conceptos —Tomo VII, pág. 25); que en esa doctrina se inspiró la Resolución 1619 de 1969 con este reglamento: 'Artículo 4º Por cada deuda de dudoso recaudo deberá constituirse una provisión con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias por valor igual al de la deuda, a menos que su pago se encuentre caucionado con garantía real, en cuyo caso dicho monto se reducirá a la suma que se estime no cubierta por tal garantía', y que, acusada esa regla ante el Consejo de Estado, esta Corporación, en fallo de 30 de julio de 1970, la encontró ajustada a la ley previa la siguiente motivación:

" 'Entre las atribuciones legales del Superintendente Bancario está la de dictar las reglas generales que deben seguir los bancos en su contabilidad que permita apreciar fácilmente su verdadera situación, las que son de obligatorio cumplimiento (Ley 45 de 1923, artículos 47 y 87).

" 'Además, es deber del mismo funcionario velar porque el capital de los bancos esté **saneado**, esto es, que el activo total exceda al de las obligaciones para con el público en una cantidad igual o superior a su capital pagado 'después de deducir gastos, de eliminar deudas malas y de hacer razonables deducciones para cubrir pérdidas por deudas dudosas' (artículo **16 ibídem**).

" 'Estas prescripciones obedecen a la necesidad de darle seguridad a quienes han confiado sus haberes al banco y al público en general, puesto que las operaciones principales de tales establecimientos son los depósitos a la vista con los que realizan los préstamos con interés, por lo que deben precautelar la cartera y constituir reservas razonables para no correr riesgos fatales.

" 'El Superintendente Bancario ha ordenado que los bancos contabilicen como deudas dudosas aquellas que tengan un año de vencidas y que afecten la cuenta de pérdidas y ganancias con un valor igual,

a menos que tengan garantía real, lo que ciertamente resulta prudente y necesario para que la cuenta de pérdidas y ganancias sea verdadero reflejo de la situación económica y financiera del establecimiento, fuera de que está dentro de las facultades legales de ese funcionario'. (Expediente 1437)".

El Consejo opina

Según el artículo 16 del Decreto Extraordinario 356 de 1957 convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961 son aplicables a los almacenes generales de depósito las leyes bancarias, **en cuanto no pugnen con su naturaleza especial,...**

La sentencia a que alude el señor Fiscal y que en parte transcribe se refería a preceptos de la Resolución 1619 de 1969 aplicable solamente a los establecimientos bancarios y las corporaciones financieras. En su artículo 3º, cuya nulidad no decretó el Consejo se ordenaba contabilizar como de dudoso recaudo las deudas originadas por cualquier concepto cuando hubieran transcurrido un año desde la fecha de vencimiento de la correspondiente obligación y cualquiera que fuese la garantía y ordenaba incluir en el grupo de deudas de dudoso recaudo los créditos provenientes de ingresos causados y no recaudados con más de un año de vencimiento. El artículo 4º ordenaba a los Bancos y a las corporaciones financieras constituir "una provisión con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias por valor igual al de la deuda" a menos que el pago tuviere caución real. La sentencia fundó su negativa en la necesidad de que el Superintendente, vigile que el capital y activos del banco estén saneados en el sentido que la ley da a esa expresión, porque sus mandatos y las precauciones del Superintendente obedecen "a la necesidad de darle seguridad a quienes han confiado sus haberes al banco y al público en general, puesto que las operaciones principales de tales establecimientos son los depósitos a la vista con los que se realizan los préstamos con interés, por lo que deben precautelar la cartera y constituir reservas razonables para no correr riesgos fatales".

El objeto y el origen de los fondos de los Almacenes Generales de Depósito son diferentes aunque el capital provenga en parte de los bancos que están autorizados para invertir en tales establecimientos. El artículo 1º del citado Decreto 356 determina el marco exacto de la función de los Almacenes Generales de Depósito cuando dice que son las empresas que se constituyan y que tengan por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional y extranjera y si así lo solicitaren los interesados, la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, transferibles por endoso y destinados a acreditar, respectivamente, la propiedad y depósito de las mercancías y productos y la constitución de garantía prendaria sobre ellos. El artículo 14 señala con precisión las competencias del superintendente en relación con los almacenes de depósito, las cuales debe ejercer por medio de resoluciones motivadas que son las siguientes:

" 'a) Fijar las tarifas máximas que los Almacenes Generales de Depósito pueden cobrar por los servicios que presten;

" 'b) Señalar los plazos máximos para las diferentes clases de depósitos que pueden recibir los Almacenes cuando así lo considere necesario;

" 'c) Suspender transitoriamente las operaciones de depósito o de expedición de títulos sobre determinadas mercancías o productos, cuando se observen tendencias a su acaparamiento o alzas injustificadas en sus precios o exceso de existencia de artículos importados no indispensables, suspensión que podrá ser para todo el territorio nacional o para determinadas regiones o plazas;

" 'd) Fijar las condiciones que deben tener los lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales que hayan de usar los Almacenes, y darles la correspondiente aprobación, teniendo en cuenta su ubicación, su adaptación y su seguridad para la conservación y control de la mercancía o productos de que se trate y el buen servicio que debe prestarse;

" 'e) Fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de la mercancía y su reavalúo, cuando fuere el caso;

" 'f) Fijar los sistemas generales de contabilidad y de estadística que deban usar los Almacenes;

" 'g) Señalar el procedimiento mediante el cual los Almacenes pueden disponer de las mercancías abandonadas, indicando las diligencias previas, y la aplicación del producto de tal disposición, cuando lo hubiere;

" 'h) Fijar los requisitos a que deben someterse los depósitos a granel, los de mercancías de género, la financiación de mercancía en tránsito, y el manejo y control de mercancías en proceso de transformación o de beneficio;

" 'i) Determinar las clases de documentos que pueden expedir los Almacenes, según la naturaleza de la operación, señalando la forma y contenido de aquéllos;

" 'j) Autorizar nuevas operaciones, dentro de las normas generales de este Decreto, de la Ley 20 de 1921 y del Decreto 1821 y fijar sus requisitos;

" 'k) Señalar las normas a que debe someterse el uso de lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales para efectuar en ellos operaciones con el público en general; el de lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales para efectuar en ellos operaciones exclusivamente con el cliente y reglamentar el uso de lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales de unos almacenes por otros;

" 'l) Fijar las normas generales para el retiro total o parcial de la mercancía depositada;

" 'm) Señalar el procedimiento conforme al cual los Almacenes pueden recibir abonos a la deuda garantizada con prenda sobre la mercancía depositada;

" 'n) Reglamentar la apertura y cierre de sucursales o de simples agencias dependientes de la principal o de una sucursal;

" 'ñ) Aprobar cualquiera reforma que quiera introducirse a los estatutos y reglamentos de los Almacenes, y los proyectos de distribución de utilidades y de colocación de acciones por aumentos de capital, y

" 'o) Fijar el monto de depósitos con Certificados de Depósito y Bonos de Prenda que los Almacenes Generales de Depósito puedan tener en relación con su capital y reserva".

Ni los estatutos sobre Almacenes Generales de Depósito ni la ley bancaria hacen diferencia entre "provisión" y la palabra reserva y según las explicaciones de la Superintendencia ambas palabras tienen el mismo significado. Algunos tratadistas de contabilidad distinguen entre provisión y reservas (véase por ejemplo Manual del Contador de W. A. Paton) diferencia que consiste en que la reserva se constituye luego de liquidadas las utilidades, con parte de ellas o sea que lo que se destina a reserva se resta de lo que ha de distribuirse como dividendo en tanto que la provisión se considera un gasto propio de la operación que por tanto disminuirá el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias. La provisión es un "castigo" que se hace a una cuenta del activo, a título de depreciación por uso, absolvencia, daño inesperado, o riesgo inminente de pérdida. No debe hacerse con imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque indirectamente la afecte, sino como deducción del valor de un bien del activo.

La ley también adoptó ese nuevo término en el artículo 74 del Decreto 187 de 1975 cuando aceptó como deducibles algunas cantidades destinadas a prever las dificultades para recaudo de algunas deudas así: "Artículo 74. Como deducción por concepto de **provisión individual** para deudas de dudoso o difícil cobro fíjase como cuota razonable hasta un 33% anual del valor nominal de cada deuda con más de un año de vencida". El artículo 73 del mismo reglamento establece que "cuando el contribuyente considere tener derecho a que se le deduzca de su renta bruta una suma por concepto de provisión individual para deudas de dudoso o difícil cobro deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio las siguientes informaciones: ...". El artículo 72 estatuye "que los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación tendrán derecho a una deducción de la renta bruta **por concepto de provisión individual para deudas de difícil o dudoso cobro** siempre que llenen los requisitos siguientes:...". Todas estas reglas se fundan en el artículo 70 del Decreto Legislativo 2053 de 1954 según el cual "**son deducibles**, para los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación, las cantidades razonables que con criterio comercial fije el reglamento como provisión para deudas de dudoso o difícil cobro, siempre que tales deudas se hayan originado en operaciones productoras de renta, correspondan a cartera vencida, y se cumplan los demás requisitos legales".

Lo que ahora se discute no es el tratamiento tributario sino la circunstancia según la cual las deudas de difícil cobro y "las provisiones" para atender a esa eventualidad son determinaciones que de acuerdo con la ley puede adoptar libremente el contribuyente en tanto que según la resolución acusada tales provisiones son obligatorias, obligatoriedad que por no provenir de la ley no podría establecerse por vía de reglamento del superintendente por significar restricción a la libertad administrativa de las empresas comerciales de derecho priva-

do. Empero, es deber del superintendente velar por la autenticidad real de los balances, en el sentido de que revelen el exacto estado del negocio de los almacenes, tal como lo preceptúa el artículo 450 del Código de Comercio que exige para "determinar el resultado definitivo de las operaciones realizadas" que se hayan "apropiado" (provisión) previamente, 'las partidas necesarias **para atender el deprecio, desvalorización y garantía del patrimonio social**". Si las deudas de difícil o dudoso recaudo se contabilizan en el activo corriente, como "líquidas" o "liquidables" no siéndolo, se falsea el resultado y se autoriza implícitamente, como utilidades, el reparto de bienes que no las han causado, sino al contrario, disminuyen las que puedan liquidarse como tales.

Como los artículos 9º, 10, 11 y 12 atañen **a deudas sin garantía real** respecto de las cuales haya motivo para considerarlas de difícil o improbable recaudo, el cual motivo debe ser estudiado, calificado y aprobado por la junta directiva del empresario acreedor y luego sometido al juicio de la Superintendencia, no hay exceso sino precaución razonable, conforme con las facultades de la Ley 45 de 1923, artículo 87, aplicable por disposición expresa del Decreto 356 de 1957.

Por tanto, no prospera el cargo.

SEGUNDO. El demandante afirma:

"El PARAGRAFO del artículo 25 de la Resolución 3165 al disponer que los Almacenes Generales de Depósito deben cerciorarse, en lo posible, acerca de la propiedad de las mercancías, propone o bien una inocuidad jurídica, o bien un requisito iniurídico. Porque la frase incidental 'en lo posible', como circunstancia modal del cercioramiento o averiguación acerca de la legitimidad del título ostentado por el depositante sobre la propiedad del bien depositado reduce la disposición a 'norma inane', carente de eficacia jurídica, ya que la posibilidad de cumplirla se refiere a la entidad (el Almacén) a que obliga su cumplimiento. De otra parte, si la posibilidad debe ser calificada por la administración se puede estar propiciando la más aberrante arbitrariedad. En efecto, si la apreciación para establecer un factor de tanta trascendencia como es la factibilidad de cumplir una norma se le confiere a quien debe cumplirla, ello envuelve casi la seguridad de frustrar su cumplimiento: pero si semejante apreciación es un poder discrecional otorgado a la administración, el carácter indefinido de este poder lo erige en fuente de arbitrariedad, pues su ejercicio puede pecar por exceso o por defecto ya que la materia sobre que versa, consistente en establecer si es posible o no cerciorarse de un 'status' de legitimidad respecto del dominio de un bien mueble, constituye en el campo de los hechos un cometido de contornos indefinidos, en el cual cabe desde la más fugaz averiguación hasta la pesquisa más refinada.

"Precisamente por ello, y en vista de la imposibilidad, más grande y evidente aún en las constantes y rápidas actividades del comercio, de agotar la certeza sobre la legitimidad de la relación de dominio entre un tenedor o poseedor y el bien mueble tenido o poseído, no existiendo como respecto de los inmuebles la propiedad inscrita en un registro público, el derecho universal sienta la presunción **iuris tantum** de que el poseedor de un bien movible se reputa dueño, según lo proclama el inciso final del artículo 762 del Código Civil. Esta nor-

ma, pues, que es disposición superior reguladora de la situación atinente a la propiedad de las cosas muebles, resulta vulnerada por el artículo del acto administrativo que se analiza, ya que éste propone (así sea como posibilidad innocua) una especial averiguación y cercioramiento, caso por caso, a cargo del Almacén, de la propiedad de los bienes que vayan a depositarse, formalidad o requisito que excede el supuesto legal sobre la materia prescrito por la susodicha norma del Código Civil y que literalmente estatuye: 'El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo'. Es apenas obvio convenir en que el Almacén depositario no es la otra persona que pretenda justificar ser el dueño de la mercancía depositada —persona a la que la ley atribuye la titularidad exclusiva para destruir la presunción: **posesión igual propiedad**—, luego el precepto administrativo criticado infringe inexcusablemente el artículo 762 del Código Civil., que sólo permite desvirtuar la calidad de dueño atribuida al poseedor a aquella persona que justifique serlo.

"En suma, el cercioramiento sobre la propiedad de los bienes muebles ha sido establecido por la ley merced a la presunción de que se le atribuya tal dominio a quien los posea, por el solo hecho de la posesión; y este 'status' de legitimidad presunta sólo puede ser aniquilado por quien justifique ser el verdadero dueño, pero no por quien en ningún caso pretenda o pueda justificar serlo, como sería el Almacén de Depósito. Al Almacén no puede imponerse, en forma alguna, esta atribución de fallador especial de dominio. Si a lo anterior se agrega el hecho cierto de la celeridad con que deben realizarse los actos del comercio (como el depósito en Almacenes Generales), de manera inequívoca se concluye que la medida censurada no sólo es iniurídica sino antitécnica. Está por demás decir que los Almacenes Generales de Depósito del país no sólo se cuidan de que las mercancías no sean de dudosa procedencia, sino que no se ha dado el caso en que, siéndolo, hayan sido objeto de contrato de depósito. De suerte que el artículo 25 acusado no corrige ningún mal, ni prevé ningún evento anómalo. Se limita a violar una norma superior y a establecer un procedimiento 'en blanco', que, como ya se vio bien puede quedarse en la inocuidad o derivar hacia la arbitrariedad".

El Superintendente se defiende así:

"Se dirige contra el parágrafo del artículo 25 de la Resolución 3165, acusado de ser violatorio del artículo 762 del Código Civil. Para sustentar este reparo empieza el actor por afirmar que con la norma acusada se desvirtúa la calidad de dueño atribuida al poseedor sin perjuicio de aquella persona que justifique serlo. En suma, el cercioramiento sobre la propiedad de los bienes muebles ha sido establecido por la ley merced a la presunción de que se le atribuye tal dominio a quien lo posea; este 'status' de legitimidad presunta sólo puede ser aniquilado por quien justifique ser el verdadero dueño.

"Al actor le preocupa sobre manera la frase 'en lo posible' que trae el parágrafo del artículo 25 de la Resolución Nº 3165 de 1975 que dispone:

" 'En el contrato de depósito deberá constar:

"1) Designación del almacén;

"2) Lugar de depósito;

"3) Estado aparente de las mercancías. Una descripción pormenorizada de las mismas, con todos los datos necesarios para su identificación o la indicación, en su caso, de que se trata de mercancías a granel o genéricamente depositadas;

"4) Plazo del depósito;

"5) Las tarifas por concepto de almacenaje y demás prestaciones a que tenga derecho el almacén;

"6) Valor de las mercancías;

"7) Intereses moratorios.

"PARAGRAFO. En guarda de sus intereses y de terceros se cerciorará, en lo posible, sobre la propiedad de las mercancías".

"Ante todo, cabe resaltar que la primera parte del artículo no le preocupa, pero, en cambio, sí le afana la segunda, esto es la que contiene la frase que vamos a comentar.

"La arbitrariedad que el actor presente no se ha visto y más bien se halla lejana puesto que el propósito del parágrafo demandado no es alterar el régimen de bienes sino recordar a los Almacenes lo que es prudente. Si se llegare a estimar que tal precepto es inútil ello lo convierte en acto divulgatorio o docente de la administración, que en nada perjudica a las normas superiores.

"Por otra parte, el parágrafo no obliga al almacén como en forma puramente verbal lo pretende demostrar el actor. La norma únicamente **previene al almacén** con el objeto de que no caigan ellos en errores o sean afectados por gentes inescrupulosas que valiéndose de la buena fe de estas entidades pongan en peligro, no sólo los intereses de terceros sino también los del mismo almacén. A decir verdad, en nada viola o se opone el parágrafo acusado al artículo 762 del Código Civil, sino más bien, como ya se dijo, lo previene de la rapidez con que se mueve el comercio con el fin de no caer en la tentación del artículo 1201 del Código de Comercio cuando dice:

" 'No podrá empeñarse cosas ajenas sin autorización del dueño. Si constituida la prenda al acreedor tiene conocimiento de que los bienes pignorados son ajenos, tendrá derecho a exigir al deudor otra garantía suficiente o el inmediato pago de la deuda".

"De ahí se sigue que el ordenamiento jurídico del parágrafo sea instructivo, preventivo y jamás represivo. Por eso la frase 'en lo posible' deja a discreción del almacén esa facultad a título de prevención o de instrucción sin hacer de la norma un acto imperativo como lo pretende demostrar el actor. Por lo tanto, me permito dejar con el presente memorial los siguientes interrogantes: Es una ofensa que el almacén le pregunte a un cliente suyo cuál es el origen de las mercancías? Bastaría únicamente lo dispuesto en el artículo 762 del Código Civil para proceder a efectuar el contrato de depósito?

"Por otra parte para ilustrar podemos citar el caso de los vehículos automotores y de los electrodomésticos los que algunas veces eran

depositados sin conocer quien era su verdadero dueño, lo que conducía a dificultar la efectiva realización de los derechos del dueño, el depositante y el tenedor del bono de prenda, pues al incumplirse la obligación prendaria y proceder a la venta de los bienes depositados surgían conflictos de intereses entre las diversas partes.

"Sobre estas clases de normas instructivas o preventivas sin ser obligatorias para los destinatarios el Honorable Consejo de Estado en sentencia del diez de junio de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Gustavo Salazar Tapiero, dijo:

" 'Como se verá más adelante, por medio del examen del articulado de la Resolución, esta combina la presentación de las disposiciones legales, con carácter general informativo, con algunas manifestaciones interpretativas que no se oponen, en lo esencial, a los fines perseguidos por el legislador".

"Esto es precisamente la filosofía del parágrafo del artículo 25 de la Resolución acusada, que contiene una prevención informativa de tipo ideológico y jamás legal como lo ha tratado de demostrar el actor".

El demandante se defiende así: "El segundo cargo no es tan trivial como el impugnador de la demanda quiere hacerlo aparecer. La fracción acusada trata nada menos que de agregarle aditamentos a la presunción de que el **poseedor** se reputa el **dueño** postulado que el Código de Bello extrajo del Código Napoleón, que esta obra copió de las Institutas de Justiniano, y éstas tomaron del derecho romano clásico, al cual llegó como apotegma consuetudinario adoptado desde tiempos inmemoriales.

"Por consiguiente, el mandato de que el Almacén se cerciore 'en lo posible' sobre la propiedad de las mercancías que va a recibir en depósito, no es sólo 'un acto divulgatorio o docente de la administración que en nada perjudica las normas superiores', como lo asevera el impugnador, sino un agregado que puede ser inocuo o que puede ser trascendental. Y lo peor es que la trascendencia sólo se manifiesta en la posibilidad de que la Superintendencia sea la intérprete y aplique la frase 'en lo posible', desembocando en la arbitrariedad. Esta es la hipótesis más probable, y por ende, en dicha probabilidad radica la virtual violación que el acto envuelve del artículo 762 **in fine** del Código Civil".

El fiscal considera: "Estima el doctor Vélez García que el parágrafo del artículo 25 de la Resolución 3165 de 1975, según el cual los Almacenes Generales de Depósito, 'en guarda de sus intereses y de terceros' se deben cerciorar, 'en lo posible, sobre la propiedad de la mercancía', materia del contrato de depósito, vulnera el artículo 762 del Código Civil pues éste estatuye que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, y 'es apenas obvio convenir en que el Almacén depositario no es la otra persona que pretenda justificar ser el dueño de la mercancía depositada —persona a la que la ley atribuye la titularidad exclusiva para destruir la presunción: **posesión igual propiedad**—, luego el precepto administrativo criticado infringe inexcusablemente' la mencionada norma del Código Civil.

"La Fiscalía cree que la apreciación del actor es exagerada pues la Superintendencia Bancaria, al expresar que los Almacenes Genera-

les se cercioren, en lo posible, sobre la propiedad de las mercancías que en ellos se depositen, sólo hace una recomendación respecto de factibles medidas precautelativas tendientes a proteger los intereses de los mismos Almacenes y de terceros. Conviene recordar, por ejemplo, que la regla contenida en el artículo 2208 del Código Civil se aplica al depósito por orden del artículo 2257, y, así, se puede decir que el depositario no tiene derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa depositada no pertenece al depositante; salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del depositario y que si se ha depositado una cosa perdida, hurtada o robada, el depositario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hace responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño".

El Consejo considera

Aunque se refiere a la ley en su sentido formal, el artículo 4º del Código Civil enseña que ella es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional y destaca que su carácter general es el de mandar, prohibir, permitir o castigar. Lo mismo puede predicarse del reglamento y de las órdenes o preceptos que materialmente se le asimilen. Por medio de leyes o de reglamentos no deben hacerse recomendaciones ni suministrarse buenos consejos. Aunque no puede decirse que quien da consejos en ejercicio de competencias generales está violando la ley porque el consejo no es obligatorio, desde el punto de vista de la administración el acto no es útil. No obstante no desvirtúa la presunción del artículo 762 del Código Civil, que es el cargo directo que hace la demanda sino invitación a precaverse para que los hechos que puedan probarse con posterioridad al depósito no desvirtúen la dicha presunción con desmedro del buen nombre del almacén y de los intereses de terceros que hayan negociado con bonos de prenda. Además no debe olvidarse que los almacenes pueden otorgar crédito directo a sus clientes o gestionarlo por cuenta de éstos, operaciones que no harían sino con la certidumbre sobre el "buen crédito" que merecen los depositantes lo que implica verosimilitud sobre la propiedad del bien depositado.

No prospera el cargo.

TERCERO. Afirma el demandante:

"El artículo 25, numeral 6º de la Resolución 3165 de 1975 dispone en forma imperativa que en el contrato de depósito **deberá constar el valor de las mercancías** y, a continuación, el artículo 26 previene que este valor, expresado en el contrato, debe proceder de una estimación **hecha de común acuerdo** entre el Almacén y el depositante teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial.

"Así, por primera vez en la historia de la reglamentación del depósito, se obliga a las partes, en conjunto, a estipular el valor de las cosas que constituyen su objeto y no solamente se erige este 'acuerdo' en estipulación forzosa al contrato, sino que, además, se señala el criterio obligado para su determinación, circunscrito al valor comercial consignado en las facturas. El artículo 25 acusado consagra un requisito material o sustantivo del contrato, ubicado en la categoría

de las 'cosas' que son de su 'esencia' o las que son de su 'naturaleza' conforme a la clasificación normativa del artículo **1501** del Código Civil; al legislar la Superintendencia Bancaria en materia de actos y declaraciones de voluntad exigiendo a las partes una estipulación, extraña por demás a la esencia y naturaleza del contrato de depósito, excedió las facultades que a ese organismo otorga el artículo 14 del Decreto Ley 356 de 1957.

"En el contrato de depósito en general, no debe constar el valor de las mercancías, porque la ley civil solamente exige la determinación de las mismas, al menos en cuanto a su género, cuando no sean especies individualmente identificadas. En el depósito, como acto y declaración de voluntad que versa sobre una cosa que genera para el depositario la obligación de restituirla a su depositante, no se requiere, en los términos del artículo 1518 del Código Civil, ninguna determinación del objeto distinta de la expresión de su género. Los artículos 2236 y 2240 del mismo Código, que definen el depósito, tampoco expresan que el contrato debe versar sobre mercancías avaluadas por las partes, ni contienen una sola referencia al valor de las cosas cuya custodia se confía, ya que su estimación es indiferente al perfeccionamiento del contrato.

"El régimen especial del depósito mercantil no exige, en ninguna de sus normas, la estimación del valor de las mercancías en los documentos que suscriben los Almacenes Generales de Depósito como prueba de los contratos reales que celebren. Cualquier disposición en dicho sentido, como el expreso en las disposiciones acusadas es nulo y sólo puede provenir del ímpetu legislativo de la Superintendencia. El legislador no quiso exigir dicha estimación de valor en el contrato de depósito mercantil, pues limitó los medios de determinación contractual de las mercancías a la expresión de sus especificaciones como cuerpo cierto, o a la designación de su género. Es el artículo 4º del Decreto 356 de 1957, reproducido por el artículo 1180 del Código de Comercio, la disposición legal que consagra cuáles connotaciones o especificaciones de las mercancías deben ser contempladas en el contrato de depósito en Almacenes Generales de Depósito. Preceptúan en forma coincidente los aludidos artículos:

" '**Artículo 4º** Las operaciones autorizadas a los Almacenes Generales de Depósito podrán versar sobre mercancías y productos individualmente especificados como cuerpo cierto; sobre mercancías y productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad tipo homogénea, aceptada y usada en el comercio; sobre mercancías y productos homogéneos depositados a granel en silos o recipientes especiales adecuados a la naturaleza de lo depositado; sobre mercancías y productos en proceso de transformación o de beneficio; y sobre mercancías y productos no recibidos aún en las bodegas de los Almacenes, pero que se hallen en tránsito hacia ellas porque se les hayan permitido en la forma acostumbrada en el comercio'.

" '**Artículo 1180.** El depósito en almacenes generales podrá versar sobre mercancías y productos individualmente especificados: sobre mercancías y productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad homogénea, aceptada y usada en el comercio; sobre mercancías y productos en proceso de transformación o de beneficio; y

sobre mercancías y productos que se hallen en tránsito por haber sido remitidos a los almacenes en la forma acostumbrada en el comercio'.

"La determinación del objeto sobre el que versa el acto de voluntad que precede al depósito es materia reglada por las disposiciones transcritas. En ninguna de ellas se contempla el **valor** de las mercancías como elemento o factor necesario a su identificación. Cuando los textos legales expresan que el depósito en Almacenes Generales **podrá versar** sobre mercancías y productos individualmente especificados, o genéricamente designados, o en proceso de transformacion, o por último, que se encuentren en tránsito, es evidente que regulan la declaración de voluntad de las partes en cuanto recaiga o verse sobre las mercancías objeto del contrato. No exige la ley, entonces, que las partes expresen y menos que **'acuerden'** el avalúo de las cosas depositadas, pues solamente demanda que se las identifique por sus cualidades físicas, como género o cuerpo cierto, cuando fuere el caso, por su incorporación a un proceso de transformación o indicando la circunstancia de encontrarse en tránsito hacia los Almacenes. En los lineamentos procedentes, la ley ha regulado íntegramente la materia de la determinación precisa de las mercancías como objeto del contrato sin hacer la más mínima referencia y sin exigir la cuantificación (sic) o estimación de su valor.

"Las disposiciones acusadas ordenan imperativamente que el depósito en Almacenes Generales deberá versar sobre mercancías avaluadas por las partes, imponiendo, así, una evaluación sobre las cosas objeto de depósito que las normas sustantivas trancritas no contemplan, excediéndolas en esta forma y arrogándose la Superintendencia una facultad de adicionar las leyes, con abuso evidente de sus atribuciones, limitadas a dictar normas generales conducentes al eficaz ejercicio de la inspección y vigilancia que le adscribe taxativamente el artículo 14 del Decreto-Ley 356 de 1957.

"Ninguna norma legal impone a los almacenes la obligación de avaluar las mercancías.

"El régimen depositario, desde la expedición de la Ley 20 de 1921 hasta la vigencia del Capítulo II del Título VII del Código de Comercio solamente preceptúa la estimación del valor de las mercancías en tres eventos, extraños por completo, a las obligaciones de los Almacenes Generales, y relacionados, exclusivamente con los intereses y riesgos patrimoniales afectos al Depositante, a saber:

"1. La estimación del valor de las mercancías es un acto unilateral del Depositante, para el efecto de contratar el seguro de sus mercancías contra el riesgo de incendio.

"El artículo 765 del Código de Comercio, determinante de las obligaciones que contrae el Almacén por la suscripción de los certificados de Depósito y Bonos de Prenda que emite incluye, dentro de las cargas del Depositario, por referencia al artículo **1187** de la misma Codificación, la de garantizar que las mercancías se encuentran aseguradas contra el riesgo de incendio. En esta materia específica del amparo que debe cobijar las mercancías depositadas, el Código de Comercio limitó sus previsiones a constituir al Almacén en simple garante de la existencia del contrato de seguro y tomador del mismo, en protección del

interés asegurable preferencial del Depositante, afecto a las mercancías de su propiedad. El artículo 1187 del Código de Comercio, en evidencia, no impuso al Almacén la obligación de avaluar la mercancía, en orden a estipular la suma asegurada y, por tanto, continúa vigente el artículo 13 del Decreto 1821 de 1929, que reserva la estimación del valor de las mercancías en forma exclusiva al Depositante, en los siguientes términos:

" 'Artículo 13. Las mercancías que hayan de servir de base para la expedición de los títulos a que se refiere la Ley 20 de 1921, deberán ser aseguradas contra el riesgo de incendio **por el valor que señale el depositante.**

"La disposición acusada no resiste a su confrontación con el precepto superior que se ha transcrito. El depositante no está obligado a avaluar las mercancías **de común acuerdo** con el Almacén para estipular la suma asegurada, pues tal evaluación le está reservada privativamente por la ley. En consecuencia, el Almacén cuya obligación se limita a garantizar la existencia del seguro, no puede ser forzado a concurrir al avalúo de las cosas aseguradas, teniendo que atenerse al respecto a la estimación que le atribuya expresamente el Depositante, evaluación que para el Asegurador resulta un valor admitido. En consecuencia, nadie y menos el Almacén puede constreñir al Depositante en su apreciación del valor del interés patrimonial amparado por el seguro.

"2. El valor de las mercancías debe expresarse en el certificado de depósito por cuanto este título es un instrumento de enajenación. Aunque es natural que sea el dueño quien estime el valor de las mercancías, la misma ley ubica este acto estimatorio en la propia persona del Depositante.

"El artículo 644 del Código de Comercio dispone:

" 'Artículo 644. Los títulos representativos de mercancías atribuirán a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se especifiquen. También le darán derecho, en caso de rechazo del título por el principal obligado, a ejercitar la acción de regreso por el valor que en el título se fijó a las mercancías'.

"En la disposición precedente aparece manifiesta la doble función del título valor Certificado de Depósito, cual es la de incorporar los derechos del Depositante sobre las mercancías y la de servir como instrumento de su enajenación. El título, en cuanto incorpora los derechos del depositante, representa una relación jurídica abstracta del dominio. Pero en tanto que está destinado a servir de instrumento de enajenación, implica necesariamente la expresión de un valor determinado, al que el endosante y adquirente fijan el precio de las mercancías y cuantifican (sic) la responsabilidad del primero de ellos para el evento de que el principal obligado —Almacén— rechace el título. En esta situación, el ejercicio de la acción de regreso a que alude el artículo 644 del Código de Comercio, contra el endosante equivale a la acción de restitución del precio por falta de entrega de las mercancías, como consecuencia de una relación jurídica en la cual el endosante y el último tenedor son las únicas partes y a la cual es ajeno el Almacén, como tercero circunscrito a su función de simple ga-

rante de la existencia de las mercancías. Por consiguiente, no es el Almacén el que está obligado a avaluar, porque la expresión de valor en el Certificado de Depósito es **inherente** al instrumento de enajenación, que representa, vinculado exclusivamente a la responsabilidad del endosante del título.

"La disposición acusada viola el artículo 644 del Código de Comercio al obligar al Almacén a practicar un avalúo de las mercancías reservado privativamente al tenedor del Certificado de Depósito para limitar a su importe el monto de su responsabilidad como endosante en caso de rechazo del título. En el momento de constituirse el depósito, es el Depositante quien de manera exclusiva debe estimar el valor de las mercancías, en cuanto es él quien se obliga en vía de regreso hasta por la suma indicada en el título. El Almacén solamente está obligado a la entrega de la mercancía y la acción del último tenedor para reclamársela es acción cambiaria directa, según lo preceptuado por el artículo 781 del Código de Comercio. Por ser, entonces, el Depositante quien se obliga en vía de regreso hasta por la suma que el título señala, la fijación de ésta depende solamente de su arbitrio. La responsabilidad que se deriva de su firma nace autónomamente, según lo dispone el artículo 627 del Código de Comercio, es decir, con total independencia de los demás suscriptores del título. De hecho, la disposición acusada, al exigir un avalúo de común acuerdo entre depositante y Almacén Depositario impide que el primero se obligue autónomamente, por su sola firma, y por tanto, es igualmente violatoria del precitado artículo 627 de la Codificación Mercantil. El Almacén no puede estimar el límite de una obligación cambiaria que, por surgir en forma autónoma, por la sola firma del depositante, es independiente de aquéllas que el Certificado de Depósito le impone.

"3. El valor de las mercancías, registrado en su contabilidad, es una opción indemnizatoria facultativa de los Almacenes, en el evento de que, a su voluntad, decidan acogerse al valor contable, en lugar de restituirlas en especie. Por tanto, su estimación no procede, conforme a la ley, de un convenio con el Depositante.

"Los Almacenes tienen derecho a elegir, en caso de pérdida de las mercancías, entre la restitución de especies iguales, de una parte, o el pago del 'valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad'. El artículo 8º del Decreto-Ley 356 de 1957 establece en favor de los Almacenes las dos formas antedichas de satisfacer su responsabilidad expresando que éstos pueden, cubrir válidamente, **si así lo prefieren**, el valor registrado en sus libros. En consecuencia, el Depositante no puede exigir el pago del valor registrado, pues la opción bajo esta forma de indemnización queda al arbitrio de los Almacenes. Pero si éstos **prefieren** pagar dicho valor, acogiéndose a la opción otorgada por el artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, el depositante está obligado a recibirlo, porque en esta forma el Almacén Depositario se libera válidamente de su responsabilidad. El depositante, pues, no puede exibir el pago del valor registrado, pero sí debe recibirlo, si así lo prefiere, el depositario. Esta es la significación real de la norma.

"El valor registrado en su contabilidad obliga al Depositante y no obliga al Almacén General de Depósito. La validez de su pago está consagrada en la ley y si el Depositante es así indemnizado es por-

que efectivamente, se le ha cubierto la suma en la que estimó libre e individualmente el valor de sus mercancías. Es evidente, entonces, que si el valor registrado en la contabilidad no obliga al Almacen y sí obliga al Depositante, su fijación incumbe exclusivamente a este último. Por tanto, el propio artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957 contiene el incuestionable criterio del legislador en el sentido de que el Almacén es ajeno a la estimación del valor de las mercancías.

"El inciso final del artículo 26 de la Resolución 3165 estatuye que El almacén responderá por el valor fijado a las mercancías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto-Ley 356 de 1957, y basta transcribir esta última norma para observar su violación palmaria. Reproduzcámosla:

" '**Artículo 8º** Los Almacenes Generales de Depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso serán responsables por pérdidas, daños, mermas o deterioro que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel, en silos o recipientes análogos; ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías, quedando limitada su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los Almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad' ".

"Como puede verse, la disposición preincluida trae varias hipótesis que exceden ampliamente el constreñido supuesto a que se contrae la norma criticada. Por ello, se configura en este caso una violación por defecto, es decir por constrición y sofocamiento del precepto superior, al cual se le mutila y recorta su alcance, forma de quebranto legal que en casación queda comprendida en las especies violatorias de falta de aplicación o aplicación indebida de la ley, y que en el juicio de anulación contencioso también tiene ocurrencia, como aparece en el presente evento, y amerita, igualmente, la nulidad del acto administrativo que de tal forma perpetra la violación.

"Con todo, conviene hacer una advertencia previa. La invocación del artículo 8º del Decreto-Ley 356 de 1957, como base de la fijación de responsabilidad del Almacén respecto de las mercancías depositadas, podría entenderse como la remisión 'in integrum' a las hipótesis plenas de dicha ley material, caso en el cual el texto acusado sería válido y su anulación carecería de fundamento. Huelga decir que si el Honorable Consejo de Estado hallare que, en efecto, la remisión reconoce el vigor pleno de la totalidad de las hipótesis legales del artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, sin restricción alguna, debe declararlo así, negando la anulación y el proferimiento que así lo declare será doctrina que sirva de soporte a la integridad de los plenos supuestos consagrados por la norma.

"Empero, en este ataque al artículo 26 se reitera la existencia de la violación del artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, por cuanto aquella fórmula limita el ámbito y los alcances de este precepto, y, por ende, la viola. El texto atacado prescribe, de manera general, que el Almacén responderá por el 'valor fijado' a las mercancías, 'valor fijado' mediante avalúo inicial —también injurídico como ya se obser-

vó— que la misma disposición ordena en su primera parte. En abstracto se establece una ecuación entre el 'valor fijado' por el avalúo inicial de la mercancía y el monto de la responsabilidad del Almacén. La abstracción de la fórmula superintendencial da a entender que esa ecuación es una constante, o sea que en ningún caso admitirá variables modales; en suma, la disposición implica que siempre la medida de la responsabilidad del almacén será el 'valor fijado' a la mercancía en el avalúo inicial, y nunca otra responsabilidad alternativa, como las varias que prevé el artículo 8º del Decreto-Ley 356 de 1957 antes transcrito. En caso de que estas alternativas se hubieren respetado en el acto superintendencial, no resultaría lógico que éste hubiera vinculado tan estrictamente la responsabilidad del almacen al 'valor fijado'. Porque, como surge de la disposición superior cuyo quebrantamiento es palmario, la responsabilidad del Almacén no está cuantitativa ni cualitativamente atada a un 'valor fijado' o fijo, sino que está sometido por dicha ley a mutaciones diversas de acuerdo con diferentes circunstancias.

"Repásese el texto de la ley para que, **prima facie**, pueda verse cómo de acuerdo con el mandato de ésta:

"1. El Almacén en ningún caso será responsable por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías (con la salvedad de depósitos a granel en silos o recipientes análogos), situación que es contraria a la ecuación constante entre responsabilidad del Almacén igual a 'valor fijado' en el avalúo inicial;

"2. El Almacén tampoco será responsable por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías, lo cual también repugna a la idea de una responsabilidad cuantitativamente atada a un 'valor fijado' de antemano, puesto que toda responsabilidad por el 'quántum' estimado de un bien debe extenderse a sus réditos y frutos;

"3. La obligación del Almacén quedará limitada a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, situación que excluye la responsabilidad cuantitativamente atada al 'valor fijado' inicialmente;

"4. O, como alternativa de la obligación anterior, si así lo prefiere el Almacén, aquella obligación quedará limitada al valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad, supuesto que es bastante semejante (aunque no igual) a la prescripción del acto demandado, pero que se diferencia porque ésta alude a un 'valor fijado' merced a avalúo, y no admite la alternativa de la restitución en especie, a opción del Almacén, consagrada en la ley.

"Quedan así relievados (sic) los diversos aspectos por los cuales la ley resulta violada por el artículo 26, infracción evidente que reclama la anulación de este texto".

El Superintendente se defiende así:

"Se dirige contra el numeral 6º del artículo 25 de la Resolución 3165 de 1975. Supone el actor que en forma imperativa la Superintendencia ordena que en el contrato de depósito deberá constar el valor

de las mercancías y, a continuación, el artículo 26 previene que este valor, expresado en el contrato debe proceder de una estimación hecha de común acuerdo entre el almacén y el depositante, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial. Afirma el actor que en el régimen del depósito, desde la expedición de la Ley 20 de 1921 hasta la vigencia del Capítulo II del Título VII del Código de Comercio, solamente aparece la estimación del valor de las mercancías en tres eventos, que son:

"1) Para efecto del seguro contra el riesgo de incendio, la estimación del valor de las mercancías es un acto unilateral del depositante, tal como lo dice el artículo 13 del Decreto 1821/29. En consecuencia, nadie, y menos el almacén puede constreñir al depositante en su apreciación del valor del interés patrimonial amparado por el seguro; 2) El valor de las mercancías debe expresarse en el certificado de depósito por cuanto este título es un instrumento de enajenación; y 3) El valor de las mercancías, registrado en la contabilidad del almacén, es una opción indemnizatoria facultativa de los almacenes, en el evento de que, a su voluntad, decidan acogerse al valor contable, en lugar de restituirlas en especie.

"Por tanto, la estimación no procede, conforme a la ley, de un convenio con el depositante. Termina diciendo que en el artículo 26 se reitera la violación del artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, por cuanto aquella fórmula limita el ámbito y los alcances de este precepto.

"El texto atacado prescribe, de manera general, que el Almacén responderá por el 'valor fijado' a las mercancías mediante avalúo inicial que la misma disposición ordena en su primera parte.

"Sobre estos reparos puede señalarse que si el contrato de depósito mercantil fuera unilateral, como lo es el civil, el actor tendría razón, pero que por no ser así no le asiste la certeza. A nuestro modo de ver el contrato de depósito en materia mercantil es remunerado. Así lo dispone el artículo 1170 del Código de Comercio y también lo ratifica el artículo 14 de la Resolución 3165/75 cuando, en desarrollo del numeral a) del artículo 14 Decreto 356/57, dispone:

" 'La tarifa máxima que podrán cobrar los almacenes generales de depósito, por concepto de almacenaje, conservación, custodia y seguro contra incendio de las mercancías depositadas, será del uno por ciento (1%) mensual sobre el avalúo al momento de constituirse el depósito.

"PARAGRAFO. Los Almacenes Generales de Depósito podrán cobrar los servicios de bodegaje, si se presentan demoras no imputables a ellos en el retiro de las mercancías y cuando se haya expedido la orden de entrega, la cual tendrá una vigencia de tres días".

"Por estas razones el artículo 25 acusado al reconocer la bilateralidad del depósito mercantil desarrolla los preceptos antes citados y no por ello lesiona la clasificación normativa del artículo 1501 del Código Civil.

"A lo dicho hay que añadir que con base en los artículos 1º y 1170 del Código de Comercio a la controversia suscitada no se le pueden aplicar las normas del derecho civil pues sobre ellas priman (sic),

como enseña el artículo 822 Código de Comercio., las reglas especiales del derecho mercantil. Por lo tanto, las reflexiones sobre los artículos 1518, 2266 y 2240 del Código Civil no son conducentes para la demostración que intenta el demandante.

"El segundo argumento en contra del artículo 25 en estudio, se rechaza por las razones expuestas en el primer caso cuando dijimos que el contrato de depósito en materia mercantil es remunerado y por lo tanto es un contrato bilateral que obliga a ambas partes, es decir, obliga tanto al depositante como al almacén. A este lo sujeta con la responsabilidad que según el artículo 1171 del Código de Comercio va hasta la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa. De ahí que la Superintendencia exija a los almacenes efectuar el avalúo de las mercancías, lo que también halla fundamento en el literal e) del artículo 14 del Decreto 356 de 1957 que dispone: 'Fijar las normas generales a que deben someterse **el avalúo** de las mercancías y su reavalúo, cuando fuere el caso'. (subrayo). En el presente caso, basada en la ley, la Superintendencia señaló como norma general que dicho avalúo debe efectuarse de común acuerdo entre el almacén y el cliente en la forma dispuesta en el artículo 26 de la Resolución acusada. Por ello, la Superintendencia en ningún momento se ha excedido, así como tampoco ha abusado de sus atribuciones.

"Tampoco resulta violado el artículo 644 del Código de Comercio por cuanto el avalúo de las mercancías se hace teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial. Por otra parte lo dispuesto por esta Superintendencia en nada demerita al Certificado de depósito; todo lo contrario, en caso de que éste se expida y se enajene, le subraya, le evidencia a su tenedor legítimo los derechos consagrados en el inciso final del artículo 644 del Código de Comercio, sin que ello perjudique lo dispuesto en el artículo 800 del mismo Código.

"Por lo demás, el certificado que se expida en la forma señalada en el artículo 26 de la Resolución en cita, será de mayor seguridad y certeza.

"Analicemos sobre todo el parágrafo del artículo 759 del Código de Comercio que dice: 'El certificado de depósito contendrá además, **la estimación del valor de las mercancías depositadas**', y encontramos que los datos para el certificado necesariamente deben sacarse del contrato de depósito o 'matrícula' como lo han denominado los almacenes. Es de observar también que nuestro legislador al redactar el artículo 759 del Código de Comercio, tomó el 202 del proyecto Intal y lo adicionó con el parágrafo ya transcrito, con lo cual nos formamos una idea de que en el depósito mercantil si se requiere el avalúo de la mercancía a (sic) depositar.

"El tercer argumento esgrimido por el actor ataca al inciso 3º del artículo 26 de la Resolución 3165 de 1975, diciendo que los almacenes tienen derecho a elegir, en caso de pérdida de las mercancías, entre la restitución de especies iguales, o el pago del 'valor por el cual dichas especias se hubieren registrado en su contabilidad'. Al respecto vale la pena dejar en claro que la responsabilidad del almacén no sólo emana del artículo 8º del Decreto 356 de 1957, sino que también se estructura en el artículo 1171 del Código de Comercio. En efecto lo que hace el artículo 8º es señalar por las vías comunes un proce-

dimiento a los almacenes para elegir entre la restitución de especies iguales o el pago del valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad. Así las cosas, el inciso que se comenta en nada viola el precepto superior. Todo lo contrario, lo que hace el inciso atacado, y ello se evidencia en su lectura es remitir este aspecto al régimen previsto en el artículo 8º del Decreto 356 de 1957. Advierto que es la primera vez que veo argumento de esta índole, en el sentido de que una norma resulta viciada de nulidad porque además de instruir a su destinatario lo remite a una norma superior sin exagerar, adicionar, o modificar a la mayor jerarquía.

"Sobre este punto es bueno tener en cuenta que según el citado artículo 8º, el valor fijado para la mercancía es el que sirva para indemnizar por pérdida de la misma cuando no se restituyan cantidades semejantes, valor que debe ser asentado en la contabilidad de acuerdo a (sic) la realidad y no en forma caprichosa como se da a entender en la demanda. Mal podría dejarse al arbitrio del depositante un avalúo superior al real porque ello iría en detrimento de los mismos almacenes al aplicarse la alternativa que señala el artículo 8º sobre el valor registrado en libros, y también en perjuicio de los tenedores de bonos de prenda, quienes sin intervenir en el avalúo otorgan un crédito amparado en mercancías cuyo valor no es real.

"Ha sostenido esta Superintendencia que los almacenes al practicar una operación mercantil como es el depósito, deben ser sujetos activos y no pasivos con el objeto de evitar los constantes reclamos por parte de los descontantes de bonos de prenda que en algunas ocasiones ven las prendas avaluadas en forma exagerada al momento de solicitar la venta de las mercancías la cual se realiza obteniendo el pago de una pequeña parte de su crédito.

"A título informativo, vale anotar que los almacenes tuvieron oportunidad, en 1975, de conocer el proyecto de Resolución Orgánica de Almacenes Generales de Depósito y hacer las observaciones correspondientes entre las cuales se lee:

" 'En consecuencia, el artículo podrá ser redactado así:

"El avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el almacén y el cliente. Para tal efecto el almacén tendrá en cuenta los siguientes elementos de juicio: facturas comerciales, precios de sustentación del Banco de la República y cotizaciones en la bolsa agropecuaria y valor comercial".

Contra replica el actor así: "La acusación formulada contra la exigencia de un avalúo conjunto inicial de las mercancías por el depositante y el Almacén, ha puesto en evidencia la contraposición de los artículos 25 numeral 5º y 26 con normas superiores de derecho. Baste insistir en que, a términos del artículo 13 del Decreto 1821 de 1929, el seguro de las mercancías depositadas se debe tomar por el valor señalado por el **depositante** —o sea un valor admitido por el propio asegurador— para comprender, sin esfuerzo, que el Almacén no está legalmente obligado a avaluarlas; que la ley no demanda un 'común acuerdo' sobre tal estimación; y que, por el contrario, reserva el avalúo de la mercancía al depositante.

"Recuérdase, igualmente, que el único obligado a pagar el valor de las mercancías expreso en el Certificado de Depósito es el endosante, cuya obligación es **autónoma**. para que aparezca con nitidez la independencia del depositante al avaluar 'la cosa depositada' y la ilegalidad consiguiente del acto que impone un avalúo conjunto.

"El esfuerzo hermenéutico del opositor acompañado de énfasis sobre el carácter bilateral y remunerado del depósito, es baldío para demostrar que el Almacén puede ser obligado a estimar el valor de las mercancías al iniciarse el depósito. Es apenas la reiteración de aquello que nadie discute: o sea, que el depósito genera para las partes las obligaciones de pagar los servicios y restituir las mercancías, y además, que en materia comercial no existen, como es obvio, actos gratuitos. Pero jamás sustenta la legitimidad de un avalúo conjunto contrario a las normas que atribuyen su procedencia, en forma exclusiva, a la persona del depositante. Es arbitrario la 'fictio juris' que mueve al opositor a suponer en los Almacenes un conocimiento enciclopédico sobre el valor intrínseco, variable por lo demás, de la infinitud de mercancías que reciben en depósito. La responsabilidad del Almacén se concreta en la diligente custodia y conservación de aquéllas, pero ninguna norma la extiende hasta el desempeño de las funciones periciales que le atribuye el Superintendente Bancario.

"El opositor pretende que la Superintendencia, a pretexto de ejercer una atribución propia de las funciones de inspección y vigilancia que le están adscritas, viole normas superiores de la manera que se ha demostrado en la demanda y las presentes alegaciones de conclusión. A lo sumo, cuanto permite el artículo 14 literal d) del Decreto 356 de 1957, al Superintendente Bancario, es regular, por medio de una norma general, el avalúo que debe efectuarse previamente a la subasta. Al efecto, en el artículo 35 de la Resolución, dispuso el Superintendente que el avalúo debe ser fijado por dos peritos, designados uno por cada parte, quienes al momento de tomar posesión designarán un tercero para el caso de desacuerdo, perito que debe ser nombrado por el Almacén a falta de designación de los dos primeros.

"Pero no se limitó el Superintendente a dictar la precitada norma general, según sus facultades, sino que suplantó al legislador al adicionar las normas que regulan íntegramente materias tales como la determinación precisa del objeto del depósito o como las obligaciones propias del Almacén depositario".

Opina el Fiscal

"El distinguido demandante, por medio de un interesantísimo estudio, llega a la conclusión de que el artículo 26 de la Resolución acusada, al disponer que el avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el Almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial, y que aquél responderá por el valor fijado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 356 de 1957, es violatorio de la ley porque 'en el contrato de depósito en general, no debe constar el valor de las mercancías' sino, únicamente 'la determinación de las mismas, al menos en cuanto a su género, cuando no sean especies individualmente identificadas', porque 'el régimen especial del depósito mercantil no exige, en ninguna

de sus normas, la estimación del valor de las mercancías en los documentos que suscriben los Almacenes Generales de Depósito como prueba de los contratos reales que celebren' y 'cualquier disposición en dicho sentido, como el expreso en las disposiciones acusadas es nulo; porque los reglamentos acusados 'ordenan imperativamente que el depósito en Almacenes Generales deberá versar sobre mercancías avaluadas por las partes, imponiendo, así, una evaluación sobre las cosas objeto de depósito que las normas sustantivas transcritas no contemplan, excediéndolas en esta forma y arrogándose la Superintendencia una facultad de adicionar las leyes, con abuso evidente de sus atribuciones, limitadas a dictar normas generales conducentes al eficaz ejercicio de la inspección y vigilancia que le adscribe taxativamente el artículo 14 del Decreto-Ley 356 de 1957', y porque, aunque 'la invocación del artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, como base de la fijación de responsabilidad del Almacén respecto de las mercancías depositadas, podría entenderse como la remisión **in integrum** a las hipótesis plenas de dicha ley material, caso en el cual el texto acusado sería válido y su anulación carecería de fundamento', sin embargo, la fórmula 'limita el ámbito y los alcances' del precepto citado y, por ende, lo viola.

"Es cierto que, por regla general, las cosas, objeto de una declaración de voluntad, deben ser comerciales y estar determinadas, a lo menos, en cuanto a su género, según disposición del Código Civil (artículo 1518); que el mismo estatuto ha definido el depósito como contrato por medio del cual se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie, a voluntad del depositante (artículos 2236 y 2240), y que se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario (artículo 2237). También es cierto que la ley civil guarda silencio sobre avalúo de las cosas cuya custodia es objeto del acto contractual gratuito y que en el Título VII del Código de Comercio que regula el depósito mercantil, por naturaleza remunerado, tampoco se exige la estimación del valor de las mercancías en los documentos que expiden los Almacenes Generales sobre los respectivos contratos (artículos 1170 a 1191). Pero hay que tener en cuenta las modalidades inherentes a los Almacenes Generales a través de las normas especiales dictadas por el legislador ordinario o extraordinario para regular las actividades de esta clase de establecimientos cuyo principal fin, según la Ley 20 de 1921, que los creó, es el depósito, conservación, custodia y, en su caso, venta de mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera y que expiden documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de las mercancías o bien el préstamo hecho con garantía de las mismas.

"En 1921 el legislador autorizó a los Almacenes Generales para expedir dos clases de documentos: **certificados de depósito**, que representan las mercancías y sirven como instrumentos de enajenación, transfiriendo al adquirente la propiedad de las mismas, y **bonos de prenda**, que representan el contrato de préstamo con la consiguiente garantía de las mercancías depositadas y confieran, por sí mismas, los derechos y privilegios de un crédito prendario. Y dispuso la ley que tales instrumentos debían expresar las indicaciones necesarias para conocer el nombre, profesión y domicilio del depositante, la naturaleza y estado de la mercancía, su cantidad, peso o volumen, **valor** y calidad aproxi-

mados y las marcas y números de los bultos o de los envases que las contengan (artículo 5º); agregó que también se debía expresar en ambos documentos si la mercancía está asegurada, contra cuáles riesgos, por qué cantidad, el nombre de la entidad aseguradora y el valor del almacenaje (artículo 6º) y que la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas haría responsable al Almacén de todo perjuicio, en favor de quien lo sufriere (artículo 7º).

"Después, el Decreto Reglamentario 1821 de 1929 ordenó en el artículo 13: 'Las mercancías que hayan de servir de base para la expedición de los títulos a que se refiere la Ley 20 de 1921, deberán ser aseguradas contra el riesgo de incedio por el **valor** que señale el depositante', y en el artículo 14 enumeró las indicaciones que debían contener los títulos y entre ellos, en el numeral 5º, 'el **valor** y calidad aproximados de las mercancías'.

"Y el Decreto 356 de 1957, en el artículo 8º, al tratar sobre la responsabilidad de los Almacenes Generales por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías depositadas, se refiere al **valor** por el cual se hubieren registrado en su contabilidad; al considerar los seguros contra el riesgo de incendio, dispone que el monto asegurable de las mercancías depositadas será igual al que señalen los respectivos títulos, y este monto se indicará expresamente en el certificado de depósito y en el bono de prenda' (artículo 9º), y al ratificar que los Amacenes Generales de Depósito 'continuarán sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, la que dictará las normas reglamentarias conducentes al eficaz ejercicio de esta facultad', la autorizó, especialmente, para **fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de la mercancía y su reavalúo, cuando fuere el caso** y para **determinar las clases de documentos que pueden expedir los Almacenes, según la naturaleza de la operación, señalando la forma y contenido de aquéllos** (artículo 14).

"Frente a los ordenamientos anotados, la Fiscalía opina que la Superintendencia Bancaria no incurrió en exceso reglamentario al disponer que el avalúo de las mercancías debe efectuarse de común acuerdo entre el Almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial. Y en cuanto a que el Almacén responda por el valor fijado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 356 de 1957, debe entenderse, ciertamente, que la invocación de esta norma indica el reconocimiento del 'vigor pleno de la totalidad de las hipótesis legales'.

El Consejo adhiere a la opinión de su fiscal y por tanto no prosperará el cargo.

CUARTO. Afirma el demandante:

"El parágrafo único del artículo 29 y el parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución enjuiciada, rebasan la normatividad superior en forma flagrante. En efecto, el primero (Parágrafo del artículo 29) estatuyó la cesación del depósito de las mercancías de exportación en el momento del embarque, y, 'si es el caso', la iniciación del depósito para las importadas desde el momento de la nacionalización, mandato violatorio este último que aparece reiterado en el parágrafo 2º del artículo 76, cuyo contenido prescribe que 'los Almacenes Generales de De-

pósito no podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías no nacionalizadas".

"La hipótesis sustancial prevista en las disposiciones debatidas es la de que en todos los casos el depósito en los Amacenes Generales y sus efectos anexos, en lo que respecta a bienes importados, únicamente puede versar sobre mercancías nacionalizadas, y en lo que atañe a bienes de exportación, dicho depósito cesa en el momento de su embarque.

"En primer término, cabe observar cómo el precepto de que el depósito cesa con el embarque de los bienes exportados constituye una restricción transgresora del artículo 7º del Decreto-Ley 356 de 1957, cuyo mandato respecto de la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda 'sobre mercancías y productos en tránsito' (que, para el caso, es la parte de la norma relevante) no tiene limitación específica al tránsito interno luego también abarca el externo, porque donde el legislador no distingue no le es dado distinguir al intérprete ni al aplicador, ya que los únicos requisitos exigidos consisten en que, cuando se movilicen a cargo de los Almacenes mercancías ya depositadas en el país, dichos almacenes 'deberán obtener la conformidad tanto del depositante como del acreedor prendario sobre el hecho de la movilización y sobre su responsabilidad por las mermas que se originen en el transporte', para lo cual las mercancías deberán 'ser aseguradas a satisfacción de los mismos almacenes y los documentos de porte deberán ser expedidos o endosados a favor del Almacén que hace la operación'. (Artículo 7º **ibídem**).

"Pues bien, si la ley no exige condiciones distintas a las enunciadas respecto de mercancías y productos en tránsito: si tales requisitos sólo son exigidos por el ordenamiento superior cuando dicho tránsito implica una movilización a cargo del Almacén respecto de mercancías ya depositadas en el país; y si dicho ordenamiento no limita expresamente el tránsito a trayectos internos, o sea a desplazamiento dentro del territorio nacional, sino que alude a 'productos y mercancías en tránsito', debe entenderse que la norma implícitamente autoriza el depósito y la prenda sobre bienes que también están en tránsito externo, o sea desplazándose sobre cualquier trayecto internacional. Por lo tanto, la restricción introducida por el parágrafo del artículo 29 consistente en ordenar la cesación del depósito de las mercancías de exportación en el momento de su embarque, es injurídica porque quebranta la normatividad superior en este caso configurada en el precitado artículo 7º del Decreto 356 de 1957. La nulidad impetrada debe, por ello, prosperar.

"Antes de concluir el cargo, cabe hacer la siguiente digresión. La frase incidental 'si es el caso' no sólo es ininteligible sino que refuerza más todavía la ilegalidad de la disposición controvertida, pues propone, también contra la ley, la posibilidad de que en algunos casos el depósito se inicie desde el momento de la nacionalización de las mercancías, y en otros casos desde antes de ella, cuando el mandato de la ley admite, sin distinción ni calificación alguna, que el depósito recaiga sobre bienes 'en tránsito' con anterioridad al momento de la na-

cionalización o con posterioridad a dicho momento, sin que en ninguna de las dos situaciones incida la undívaga condición implícita en la expresión incidental 'si es el caso', pues por mandato de la ley en todos los casos (antes o después de la nacionalización) puede efectuarse el depósito.

"Las consideraciones precedentes sirven, en igual forma, para sustentar la ilegalidad del parágrafo 2º del artículo 76, según el cual los Almacenes no pueden expedir certificado de depósito ni bono de prenda sobre mercancías no nacionalizadas. Sinembargo, esta disposición también quebranta frontalmente los artículos 9º literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1958 y el artículo 32 del Decreto 2240 de 1962, sobre zonas francas. La principal ventaja de éstas, como es sabido, radica en que, de acuerdo con la ley, dentro de dichas zonas se pueden introducir, negociar, modificar, transformar, manufacturar, elaborar, etc., mercancías, materias y productos **sin nacionalizar** (es decir sin pagar impuestos aduaneros ni de ninguna clase), bien sea para la exportación o para la importación con destino a ser usados o consumidos en el país (Art. 24 de la Ley 105 de 1958). Por tanto, y según la disposición impugnada, sobre tales mercancías, materias y productos no nacionalizados que se introduzcan y manipulen en las zonas francas los Almacenes Generales no podrán expedir certificados de depósito ni bonos de prenda, prohibición que no sólo lanza a la bancarrota los negocios de las zonas francas y amenaza paralizar casi totalmente su actividad, que en una considerable proporción se realiza en torno al almacenaje de bienes y materias primas financiados a través de certificados de depósito y de bonos de prenda, sino que vulnera las normas legales antes indicadas.

"En efecto: el literal i) del artículo 9º de la Ley 105 de 1958 estatuye entre otras funciones propias de la Junta Directiva de las zonas francas, 'autorizar la expedición de certificados de depósito', naturalmente sobre las mercancías sin nacionalizar introducidas a dichas zonas, mandato que ostensiblemente resulta vulnerado por el precepto administrativo que aquí se acusa. Así mismo, esta fracción del acto superintendencial pugna contra los artículos 21 y 21 **ibídem**, y contra el artículo 32 del Decreto 2240 de 1962, porque el primero autoriza a todas las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para almacenar mercancías introducidas en las zonas francas, negociar y operar con ellas (negocios y operaciones dentro de los cuales caben el almacenamiento con certificado de depósito y bono de prenda); el segundo (Art. 21 **ibídem**) permite la construcción de Almacenes y Depósitos, y el tercero (Art. 32 del Decreto 2240 de 1962) admite expresamente la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda sobre bienes que ingresen a zonas francas, o sea sobre mercancías no nacionalizadas.

"Otros argumentos para destacar esta evidente violación serían redundantes.

El Superintendente arguye:

"Se dirige contra el parágrafo único del artículo 29 y el parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución enjuiciada, los cuales según el actor, rebasan la norma superior en forma flagrante. Como normas violadas cita el artículo 7º del Decreto-Ley 356 de 1957 y para sustentar

la ilegalidad del parágrafo 2 del artículo 76, según el cual los almacenes no pueden expedir certificados de depósito ni bonos de prenda sobre mercancías no nacionalizadas, aduce que tal precepto viola los artículos 9º literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1958 y el artículo 32 del Decreto 2240 de 1962 sobre zonas francas.

"El primer argumento se rechaza por la simple razón de que el actor enjuicia el parágrafo del artículo 29 confrontándolo únicamente con el artículo 7º del Decreto 356/57, precepto que debe ser analizado en conjunto con el artículo 1183 Código de Comercio y no de manera insular porque en este punto tal fraccionamiento conduce a estructurar el sistema legal de modo caprichoso y poco objetivo.

"El artículo 7º del Decreto en cita se encuentra limitado por el artículo 1183 del Código de Comercio cuando dispone que 'los almacenes generales podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda, sobre mercancías en tránsito, siempre que ellos mismos **tengan el carácter de destinatario**' (subrayo) Aquí, en la parte que he subrayado, radica precisamente la limitación del artículo 7º del Decreto 356 de 1957, sobre la que el actor nada dice.

"En consecuencia se puede concluir de que si el almacén al momento de realizar el embarque no hace la remesa o despacho a una de sus sucursales (destinatario) no puede perseverar en el depósito pues la cosa ha salido de sus manos y no se da la excepción a que se refiere el artículo 1183 del Código de Comercio. Así las cosas, el artículo 7º del Decreto 356 de 1957 se encuentra limitado por el artículo 1183 del Decreto 410 de 1971. No sobra decir que el Superintendente incluyó este parágrafo por mandato expreso del artículo 1º del Decreto 050 de 1958, el cual dice que los almacenes generales de depósito podrán desempeñar las funciones previstas en los artículos 61 a 81 y 400 a 408 de la Ley 79 de 1931, pero solamente 'respecto de las mercancías que vengan debidamente **consignadas a ellos, para algunas de las operaciones que estén autorizados a (sic) realizar**'. (subrayo). Más adelante dice el citado artículo: 'La Superintendencia Bancaria dictará la reglamentación para que esta disposición tenga cumplido efecto...'

"De lo dicho se concluye que debe prosperar la legalidad del parágrafo del artículo 29 de la Resolución enjuiciada.

"Se rechaza el argumento que ataca al parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución enjuiciada por cuanto no se violan los artículos 9º, literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1958 y el artículo 32 del Decreto 2240 de 1962, sobre zonas francas. Se rechaza porque en presencia del artículo 1186 Código de Comercio se ve nítida su legalidad. En efecto, dice dicha norma: 'para que puedan expedirse certificados de depósito y bonos de prenda, es necesario que las mercancías correspondientes se hallen libres de **todo gravamen o embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general**'. (subrayo). Ello quiere decir que el almacén no debe expedir esos títulos si las mercancías que se encuentran en zonas francas consignadas a nombre de un almacén sin haber sido nacionalizadas soportan algún gravamen?

"La respuesta es afirmativa ya que en las zonas francas existe un gravamen sobre las mercancías: son los bodegajes a favor de la zona que en caso de mora en el pago tiene derecho a retenerlas y a subastarlas luego para pagarse tales sumas; lo mismo puede suceder en las

zonas aduaneras en donde ya se ha liquidado el gravamen arancelario que debe ser cubierto en un tiempo determinado".

Contra replica el actor:

"4. Para observar **prima facie** la infracción del artículo 7º del Decreto 356 de 1957 y del artículo 1183 del Código de Comercio, perpetrada por el parágrafo del artículo 29 y por el artículo 76 de la Resolución 3165, basta confrontar su contenido:

El artículo 7º del Decreto 356/57, preceptúa:

"(A) '**Artículo 7º** — Para que los Almacenes puedan expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías y productos en tránsito o movilizar mercancías ya depositadas dentro del país, deberán obtener la conformidad tanto del depositante como del acreedor prendario sobre el hecho de la movilización, y sobre su responsabilidad por las mermas que se originen en el transporte. Las mercancías deberán ser aseguradas a satisfacción de los mismos Almacenes, y los documentos de porte deberán ser expedidos o endosados a favor del Almacén que hace la operación'.

"(B) El artículo 1183 del Código de Comercio prescribe:

" '**Artículo 1183**. Los Almacenes generales de depósito podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en tránsito, siempre que ellos mismos tengan el carácter de destinatarios...'

"(C) Dispone la Resolución 3165 en las fracciones acusadas:

" '**Artículo 29**...

"**Parágrafo.** Cesará el depósito de las mercancías al momento de su embarque para los productos de exportación y se iniciará, si es el caso, el depósito con los productos importados desde el momento de su nacionalización".

"**Artículo 76.** Los Almacenes generales de depósito podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en tránsito, cuando tengan el carácter de destinatarios y obtengan previamente para cada caso la autorización del Superintendente Bancario".

" '**Parágrafo 2º** Los Almacenes Generales de depósito no podrán expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías no nacionalizadas'.

"Pues bien, de conformidad con las hipótesis de la Ley (A) y (B), los Almacenes pueden expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías en **tránsito** (sin limitación a trayecto interno o externo), en cambio según la Resolución, en el Parágrafo del artículo 29 (C), el depósito termina para las mercancías de exportación en el momento del embarque, y se inicia para las de importación, si es el caso, en el momento de su nacionalización; o sea que según dicha norma y el Parágrafo 2º del artículo 76 **ibídem**, el depósito siempre debe versar sobre mercancías nacionalizadas, previsión que excede a las hipótesis legales, pues éstas no exigen dicha condición. Así mismo, compárense los supuestos legales (A) y (B), con los términos del artículo 76 de la Resolución 3165 (C) para que se vea cómo las disposiciones de

la Ley no prevén que la expedición del certificado de depósito y el bono de prenda sobre mercancía en tránsito requiera 'previamente para cada caso la autorización del Superintendente Bancario', aditamento agregado —en forma extralimitativa a la ley— por el susodicho artículo 76 cuya nulidad se demanda.

"A pesar de la capciosa argumentación del impugnador de la demanda, es obvio que la prohibición de expedir certificados de depósito y bonos de prenda sobre mercancías no nacionalizadas es un golpe de gracia contra la existencia de las zonas francas, y, al mismo tiempo, implica una violación evidente de los artículos 9º literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1958 y del artículo 32 del Decreto 2240 de 1962, normas reguladoras de dichas zonas.

"El impugnador asevera que el contrato de depósito comercial no puede realizarse con mercancías introducidas a zonas francas, dizque por los gravámenes que las afectan. Semejante supuesto es contrario a la realidad y a la ley. En efecto, la comercialización y transformación de las mercancías de zona franca suele financiarse mediante certificados de depósito y bonos de prenda en más de un 80%. Ello significa que la supresión de dicho financiamiento prácticamente arruina las zonas francas. La acomodaticia aplicación del artículo 1186 del Código de Comercio para sustentar la imposibilidad del depósito mercantil en la zona franca, so pretexto de que sobre dicha mercancía siempre versará un gravamen, es de una incuria sólo sobrepasada por su audacia. Hay argumentos, como este, que asumen los caracteres de treta. Es inconcebible que con tales armas se trate de librar una lid nada menos que ante el Consejo de Estado. Pues bien, los derechos de bodegaje no son gravamen pre-existente a la expedición del certificado de depósito o del bono de prenda. Item más: el derecho de retención es posterior a dicha expedición del certificado y del bono. Pero como si esto fuera poco, esa retención es ejercida, eventualmente, por el propio Almacén depositario".

El señor Fiscal conceptúa:

"Según el actor, el parágrafo único del artículo 29 y el parágrafo 2º del artículo 76 de la Resolución enjuiciada, rebasan la normatividad superior en forma flagrante porque 'la hipótesis sustancial prevista en las disposiciones debatidas es la de que en todos los casos el depósito en los Almacenes Generales y sus efectos anexos, en lo que respecta a bienes importados, únicamente puede versar sobre mercancías nacionalizadas, y en lo que atañe a bienes de exportación, dicho depósito cesa en el momento de su embarque'. Y para demostrar la violación dice que, en primer término, lo dispuesto constituye una restricción transgresora del artículo 7º del Decreto 356 de 1957, cuyo mandato respecto de la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda 'sobre mercancías y productos en tránsito' no tienen limitación específica al tránsito interno, luego también abarca el externo, porque donde el legislador no distingue no le es dado distinguir al intérprete ni al aplicador. Y, además, el parágrafo 2º del artículo 76, quebranta los artículos 9º literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1958 y el artículo 32 del Decreto 2240 de 1962, sobre zonas francas, pues estas normas permiten introducir, negociar, modificar, transformar, manufacturar y elaborar mercancías sin nacionalizar y señalan entre las

funciones de las Juntas Directivas de las zonas francas, 'autorizar la expedición de certificados de depósito'.

"En realidad, la legislación sobre Almacenes Generales de Depósito —Ley 20 de 1921, Decreto 1821 de 1929, y Decreto 356 de 1957—, no contempla la restricción a que se refiere la Resolución 3165 de 1975 en el parágrafo del artículo 29 y en el parágrafo 2º del artículo 76. Esos estatutos autorizan el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta de productos de procedencia nacional y extranjera, terminados o en proceso de transformación o de beneficio y sobre mercancías y productos no recibidos aún en bodegas de los Almacenes, pero que se hallen en tránsito hacia ellos en la forma acostumbrada en el comercio, y facultan a la Superintendencia Bancaria para fijar los requisitos a que deben someterse los depósitos a granel, los de mercancías de género, la financiación de mercancías en tránsito y el manejo y control de mercancías en proceso de transformación o de beneficio. Y la Ley 79 de 1931, orgánica de Aduanas, al reglamentar los Almacenes Generales de Depósito, expresa que se podrá permitir el almacenamiento y depósito de mercancías transportadas a la República para el consumo en ella, o en tránsito, o destinada al aprovisionamiento de naves (artículo 61); que 'los recibos que se expidan en comprobación de la entrada de mercancía a los Almacenes Generales de Depósito pueden ser negociables o no, según lo determinen el respectivo administrador del Almacén y el propietario de la mercancía' (artículo 65); que ésta se someterá 'a todas las leyes que rigen la importación, la exportación y el transporte de mercancía sujeta a derechos' (artículo 66), y que las solicitudes a la Aduana sobre entrega de mercancía para depositarla en algún Almacén General de Depósito, se harán de acuerdo con los reglamentos y que 'la mercancía que así se quisiere depositar en tales Almacenes será reconocida y aforada, y en seguida se prestará una fianza por una suma igual al doble del valor de los derechos, para responder de que aquélla será retirada del Almacén General de Depósito dentro del término de dos años y de que se pagarán todos los derechos de aduana y demás gravámenes que sobre ella pesaren' (artículo 67); que en relación con la manufactura de artículos compuestos en todo o en parte de materias primas importadas o de materias sujetas a impuestos internos, cuando tales artículos se destinen después a la exportación, los materiales empleados, lo mismo que todos los paquetes, cubiertas, envolturas, etiquetas y demás accesorios de la manufactura o de la preparación de la mercancía para la venta, podrán trasladarse, sin necesidad del pago de derechos de aduana u otros impuestos, a cualquier Almacén General de Depósito acondicionado para la manufactura de mercancía o trasladarse, sin necesidad del pago de derechos de aduana, de cualquier Almacén General de Depósito (artículo 70), y, según lo dispuesto en el artículo 71, los artículos manufacturados en esos Almacenes Generales de Depósito podrán ser retirados de ellos para su exportación, mediante fianza que responderá de la presentación de pruebas al Administrador sobre el desembarque de tal mercancía en algún país extranjero. (D. O. 21730).

"También, como lo anota el doctor Vélez García, hay que tener en cuenta que por medio de la Ley 105 de 1958 se creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y se autorizó al Gobierno para establecer otras, preferentemente en las ciudades de Cali o Bue-

naventura, Cartagena, Cúcuta y Santa Marta (D. O. 29860), consagrándose un régimen especial respecto de la introducción de mercancías y materias primas a esas zonas y la posibilidad de su retiro de las mismas para la exportación y para la importación al resto del territorio nacional, con regulaciones diferentes en uno y otro caso. Y tampoco se pueden desconocer las disposiciones del Decreto Reglamentario 1082 de 1971 (D. O. 33362).

"Por todo lo expuesto la Fiscalía cree que el demandante tiene razón en este punto".

La mayoría de la sala acoge el siguiente razonamiento que, después de discutido, redactó el consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya. (El conductor del proceso adhiere al concepto del fiscal, sin ninguna salvedad).

El Consejo adhiere a la opinión del fiscal en cuanto se relaciona con el parágrafo segundo del artículo 76 de la resolución, pues evidentemente dicha norma no se compadece con las previsiones legales que consagraron un régimen especial para la introducción de mercancía y materias primas a las zonas francas establecidas en determinados lugares de la República.

Pero esas consideraciones no pueden ser aplicables al parágrafo único del artículo 29 de la misma resolución, puesto que dicho parágrafo está registrando tan solo el fenómeno correspondiente a la actividad que como agentes de aduana puedan desarrollar los Almacenes Generales de Depósito, tal como lo establece el artículo 28 de la misma resolución y por lo tanto dentro de esa específica función, lógicamente el depósito efectuado por petición del interesado sólo se inicia desde el momento de su nacionalización para las mercancías importadas y tiene que cesar para las de exportación en el momento de ser embarcadas para su transporte al exterior.

El mencionado parágrafo no establece ninguna limitación a las funciones de los Almacenes Generales de Depósito pues tan solo registra las consecuencias obvias y naturales del contrato de depósito establecido para efectos de cumplir la función de agentes de aduana de sus respectivos clientes.

De acuerdo con lo anterior no se observan violaciones que originen nulidad en el parágrafo único del artículo 29 de la resolución acusada pero en cambio el parágrafo 2º del artículo 76 de la misma resolución sí contraría normas de superior jerarquía, lo que así se declarará.

QUINTO. "En el artículo 31 de la Resolución 3165, la Superintendencia Bancaria prohíbe a los Almacenes la venta de las mercancías por cualquier procedimiento comercial, cuando su precio haya descendido en el mercado con posterioridad a la celebración del depósito. En otros términos, las ventas de las mercancías por los Almacenes, en los casos autorizados por la ley, no se pueden efectuar por su precio comercial en la fecha de la negociación, sino por el valor estimado al momento de suscribirse la matrícula de depósito.

"La nulidad del artículo acusado es consecuencia inmediata de la ilegalidad de las disposiciones anteriormente censuradas en esta de-

manda, toda vez que si no existe la obligación de avaluar las mercancías en el contrato, quedan sin fundamento y no tienen causa legal los efectos del avalúo. El artículo acusado, por el cual se limita y, en la práctica se proscribe, la venta directa por los Almacenes, por cualquier procedimiento comercial, evidencia el empeño de la Superintendencia Bancaria por dejar sin efecto las disposiciones consagradas en los artículos 12 y 13 del Decreto-Ley 356 de 1957, normas superiores que reconocen a los Almacenes la facultad de vender las mercancías, con la única condición de contar con la autorización expresa del depositante. Preceptúan las normas violadas:

" 'Artículo 12. Si la obligación que consta en el endoso del Bono de Prenda no fuere pagada a su vencimiento, su tenedor podrá, dentro de los 30 días siguientes a su vencimiento, dar aviso de tal hecho a los Almacenes por escrito. Además, podrá solicitar que se proceda a la venta de las mercancías para que con su producto se paguen los créditos y costos que las mismas mercancías garantizan.

"Estas solicitudes del acreedor prendario constituyen el protesto del bono, cuando no hubiere sido excusado".

" 'Artículo 13. La venta de la mercancía en los Almacenes Generales de Depósito en los casos previstos en el artículo anterior, se hará por cualquier procedimiento comercial, si para ello se tiene autorización expresa del depositante. Si no la hubiere, se hará en remate público, que se anunciará con diez (10) días de anticipación por medio de avisos publicados en un periódico de la localidad y no más de treinta (30) días después de la fecha del protesto del bono.

"Del producto de la venta, después de cubiertos los gastos del almacenaje o depósito, venta, conservación, comisión y demás que correspondan a los Almacenes, se pagará con absoluta preferencia el importe del crédito garantizado con el bono y los intereses pendientes. El portador del bono tendrá derecho a exigir hasta un cinco por ciento (5%) del valor del crédito, como indemnización de perjuicios.

"Si hubiere exceso en el valor de la venta sobre el monto de los pagos que deben hacerse, tal exceso será retenido por los Almacenes para ser entregado contra presentación del certificado de depósito debidamente cancelado".

"El legislador dispuso que la venta es procedente, por cualquier procedimiento comercial, si así lo autoriza el depositante. En el texto de las normas transcritas es clara la vinculación entre el procedimiento y la autorización, en forma tal que se entiende que el Depositante autoriza al Almacén para efectuar la venta por cualquier procedimiento, y la autorización no aparece relacionada, por parte alguna, con el valor estimado de la mercancía al momento de constituirse el depósito. El único presupuesto legal para que la venta pueda hacerse por cualquier procedimiento, es la autorización expresa del Depositante. Las disposiciones normativas no exigen requisitos diferentes ni limitan la eficacia de la autorización del Depositante en consideración al precio futuro de las mercancías. La venta, previamente autorizada, aparece en la ley como regla general del depósito mercantil y no como excepción, porque el legislador no constriñe el poder dispositivo de las partes por circunstancias futuras e indeterminadas como la reducción

eventual o, acaso la inexactitud, del precio estimado por el Depositante al momento de constituirse el depósito.

"En síntesis, los artículos 12 y 13 del Decreto-Ley 356 de 1957, disponen que el tenedor de un Bono de Prenda impagado puede solicitar al Almacén que proceda a vender las mercancías; que el Almacén debe venderlas y que si existe autorización expresa del Depositante, puede hacerlo por cualquier procedimiento comercial; y por último, que a falta de tal autorización, debe vender las mercancías en remate público. En estos términos, el remate público es un procedimiento de venta subsidiario al que se debe acudir únicamente si el depositante no ha autorizado la venta por cualquier procedimiento comercial. A falta de autorización procede el remate y éste suple el silencio del depositante acerca del procedimiento de venta. Pero la ley no expresa que al remate se debe acudir por la imposibilidad de vender las mercancías por el precio estimado con antelación por el depositante, tal como lo estatuye el acto demandado. La facultad de los Almacenes está condicionada, pues, exclusivamente, a la simple autorización del Depositante; surge entonces de un acto de buena fe y no se subordina a la coincidencia fortuita entre el valor estimado inicialmente y el valor efectivo en el mercado en la fecha de la negociación.

"La ley no ha limitado la facultad de vender por cualquier procedimiento comercial por razón del valor estimado de las mercancías. Conforme los artículos 12 y 13 del Decreto Ley 356 de 1957, la venta de las mercancías por el Almacén es procedente, por cualquier procedimiento comercial, a solicitud del tenedor del Bono de Prenda, condicionando tal disposición a que el depositante la autorice.

"Por similares razones, el artículo 31 de la Resolución 3165 de 1975 viola el artículo 1189 del Código de Comercio, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1189. Si las mercancías depositadas corren el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, el Almacén General deberá notificarlo al depositante y a los tenedores el certificado de depósito y del bono de prenda, si fuere posible, para que sean retiradas del almacén dentro de un término prudencial, y en caso de que el retiro no se verifique dentro del término fijado, podrá venderlas en pública subasta, en el mismo almacén o en un martillo.

" 'Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al caso de que las mercancías no sean retiradas a la expiración del plazo del depósito, o transcurridos treinta días del requerimiento privado al depositante o al adjudicatario de las mercancías en la subasta, para que las retire, si no existe término pactado.

" 'El producto de las ventas, hechas las deducciones de que trata el artículo anterior, quedará en poder del almacén a disposición del tenedor del certificado de depósito y del bono de prenda o en depósito de garantía si dicho bono hubiere sido negociado separadamente del certificado de depósito".

"Esta es la norma que define 'las mercancías abandonadas' y tampoco limita la procedencia de la venta, por cualquier procedimiento, por razón de la reducción o inexactitud del precio estimado por el Depositante. El inciso 2º de esta disposición consagra la venta por mora

del depositante que no reclama sus mercancías. En este evento, si el depositante ha autorizado que se realice la venta por cualquier procedimiento comercial, su voluntad, válidamente manifestada, debe producir plenos efectos jurídicos, con preferencia sobre las normas supletivas, por disposición del artículo 4º del Código de Comercio.

"Por tanto, la venta de las mercancías a solicitud del tenedor del Bono de Prenda impagado o por iniciativa del Almacén cuando han quedado abandonadas, puede hacerse por cualquier procedimiento comercial, sin ningún requisito diferente de la previa autorización del Depositante. En tales casos, las normas aplicables son, respectivamente, los artículos 12 y 13 del Decreto-Ley 356 de 1957 y 1189 del Código de Comercio, y en ninguno de ellos se prohíbe la venta de la mercancía por cualquier procedimiento mercantil cuando su precio resulte inferior al que estimó el Depositante, para otros efectos, en el momento de constituir el depósito. Los mismos artículos citados disponen que la mercancía debe venderse, sin excepción alguna, por cualquier procedimiento comercial. El artículo acusado prohíbe venderlas, lo cual convalida de por sí su nulidad. La violación de las disposiciones superiores es evidente. Ellas contemplan la venta por cualquier procedimiento comercial, como un acto compulsivo, que 'se hará' a solicitud del tenedor del bono o a iniciativa del Almacén, sin excepción alguna y con la garantía para el Depositante de que éste procederá de buena fe y con la diligencia y cuidado que la ley le impone. Es presumible que la autorización del Depositante deberá ser utilizada por el Almacén con posterioridad y en condiciones diversas de las que estaban vigentes al constituirse el depósito, en forma que la autorización se entiende conferida para la venta de las mercancías por su precio futuro.

"Cuando cualquier persona acude al mercado con su mercancía y debe venderla forzosamente, como debe hacerlo el Almacén en los casos descritos, está sujeta a recibir también forzosamente el precio imperante en el mercado. Toda venta es al mismo tiempo una compra y si el depositante autoriza que se venda su mercancía en el futuro, le faculta, automáticamente para que su precio sea determinado por la regulación de la oferta y demanda comercial en el momento de su disponibilidad. Por estas razones, pido al Honorable Consejo de Estado la anulación del acto demandado".

El Superintendente considera:

"Se dirige contra el artículo 31 de la Resolución 3165.

"La Superintendencia al redactar el artículo 31 de la Resolución 3165 de 1975, tuvo en cuenta que podría pactarse la venta de las mercancías por cualquier procedimiento comercial conforme lo establecen los artículos 12 y 13 del Decreto 356/57, lo cual no significa que la respectiva venta pueda efectuarse a cualquier precio en detrimento de los intereses del depositante y primordialmente de los acreedores prendarios o tenedores de los bonos de prenda.

"No sobra decir que el espíritu del artículo 31 de la Resolución enjuiciada es sano y busca sobre todo evitar cualquier abuso del derecho a través de la venta de las mercancías por cualquier procedimiento comercial cuando el almacén quiera vender esos efectos, por debajo del valor fijado en el contrato de depósito. Por lo tanto, el artículo acusado es conveniente.

"Es oportuno solicitar al Honorable Consejo se estudie si los artículos 12 y 13 del Decreto 356/57 están vigentes frente al Código de Comercio, especialmente a los artículos 794 a 801 y 1189.

"Ahora bien, para los efectos de las mercancías abandonadas se aplicará el inciso 2º del artículo 1189 del Código de Comercio y para las mercancías que corren el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, se aplicará lo dispuesto en el inciso primero de la citada norma.

"Por lo tanto, no veo claros los argumentos del actor cuando dice que por ello se violó el artículo 1189 del Código de Comercio".

El Fiscal opina

"La demanda expresa que el artículo 31 de la Resolución 3165 de 1975 está viciado en cuanto dispone que los Almacenes Generales deben vender las mercancías depositadas por cualquier procedimiento comercial, si así se hubiere pactado en el contrato, 'por un valor no inferior al estimado o al corriente de plaza si este fuere mayor', porque la nulidad es consecuencia inmediata de la ilegalidad de las disposiciones anteriormente censuradas, 'toda vez que si no existe la obligación de avaluar las mercancías en el contrato, quedan sin fundamento y no tienen causa legal los efectos del avalúo'.

"Como este Despacho no ha encontrado violatorio de la ley lo dispuesto sobre avalúo en el artículo 26 de la Resolución acusada, tampoco cree que la demanda tenga razón en la censura al artículo 31".

El Consejo considera

Los artículos 12 y 13 del Decreto 356 de 1957 modificatorios y complementarios del artículo 102 de la Ley 45 de 1923 y del artículo 15 de la Ley 20 de 1921, prescriben que luego de protestado el Bono de Prenda, su tenedor puede pedir que se vendan las mercancías para que con el producto se le pague el crédito y que tal venta puede hacerse por cualquier procedimiento comercial si existe autorización expresa del depositante o, de lo contrario, deberá hacerse por remate público. En ninguno de estos procedimientos de venta puede caber como obligatorio un precio mínimo por debajo del cual la enajenación deba considerarse nula. El valor que conste en el certificado de depósito puede ser la base para el negocio o para aceptar postulaciones o propuestas en la subasta pero el precio será el del mercado que, como todos saben, varía de un tiempo a otro, influido por factores múltiples que en cierto momento pueden elevar el precio y en otro rebajarlo a cifras irrisorias.

El valor aceptado en el momento de perfeccionar el depósito es solo guía pero pretender que obliga al almacén es tanto como suponer que la subasta no permite sino ofertas hacia arriba del precio básico aunque el mercado esté inapetente. La resolución del superintendente carece de fuerza por falta de competencia legal y de poder real para cambiar las reglas del mercado. Además, es de la esencia del sistema de los almacenes generales de depósito que éstos, en los casos taxativamente indicados por la ley, puedan vender la cosa depositada sin restricciones distintas de las señaladas en la misma ley. Así lo reconoció

esta Sala en reciente fallo pronunciado en el negocio radicado con el número 4153, con ponencia del consejero Gustavo Salazar, teniendo en cuenta que el artículo 9º del Decreto 1821 de 1929 estatuye que después de expedido el certificado o el bono o ambos las mercancías 'no podrán sufrir' (sic) embargo, prenda o gravamen **que perjudique su plena y libre disposición.** La plena y libre disposición de la mercancía ya depositada, es la nota dominante del carácter del sistema, en el obvio entendido que la libre disposición no existe sino en el momento indicado por la ley. Pero en ese momento no es admisible restricción sobre la libertad para disponer del bien y un precio rígido como el que pretende la superintendencia sería un obstáculo, o un perjuicio como reza el decreto.

Prospera el cargo relativo al artículo 31.

SEXTO. El demandante dice:

"El artículo 45 de la Resolución introdujo, en su segundo inciso, cuya nulidad demando, un requisito que ninguna norma legal contiene y que es contrario al criterio del legislador sobre la materia, para la venta en subasta de 'mercancías abandonadas' que pertenecen a depositantes que están sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra. El requisito consiste en 'obtener previa autorización del funcionario respectivo', es decir, del juez, o de la Superintendencia, salvo que las mercancías corran el riesgo de deterioro de causar daños a otros efectos depositados, caso en el cual le bastará al Almacén informar al funcionario. Se desconoce así el derecho que los artículos 12 y 13 del Decreto-Ley 356 de 1957 otorgan al Almacén para proceder a la venta sin necesidad de autorización de funcionario alguno y sin excepciones.

"El último inciso del artículo 45 que demando consigna una norma nueva, que según su interpretación podría contrariar el privilegio 'absoluto' que las normas legales vigentes consagran sobre el producto de la venta de las mercancías y la regulación legal del derecho que el tenedor del certificado de depósito posea sobre el excedente o remanente de dicho producto, una vez pagados el Almacén General y el tenedor del bono.

"En efecto, expresa dicho inciso final.

" 'En todo caso, realizada la subasta, el Almacén pondrá a disposición del funcionario respectivo el precio obtenido en el remate, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 339 del C. P. C. y demás disposiciones que regulan la materia".

"Pues bien: Si la frase final que dice 'sin perjuicio de lo establecido en... **y demás disposiciones que regulan la materia**', no es interpretada en el sentido de que deben respetarse las normas contenidas en los artículos 15 de la Ley 20 de 1921, subrogado por el 13 del Decreto Ley 356 de 1957 que en nada modificó al primero, 13 de la misma ley, 12 del mencionado Decreto 356 de 1957, conduciría ello a concluir que la Resolución estaría quitándole a los Almacenes Generales y a los tenedores del bono, el privilegio de pagarse sus derechos antes de poner a disposición del juez o funcionario, el remanente o excedente del precio siendo, por tanto, los dos incisos comentados del artículo 45 violatorios de las mencionadas normas legales, y, por consiguiente nulos.

"Lo único que puede exigir el juez o funcionario que conozca el concordato, quiebra, concurso o toma de posesión, es que efectuada la venta en subasta o martillo, se ponga a disposición de ellos el 'remanente' o excedente que resulte del precio de la mercancía, después de pagados los derechos del Almacén General y del tenedor del bono.

"Tan solo ese 'remanente' o 'excedente' forman parte del patrimonio del tenedor del certificado y, por tanto, de la masa de la quiebra o del activo sometido a la toma de posesión o al concordato. Puede el Juez o la Superintendencia, secuestrar el certificado de depósito y el bono de prenda, si el tenedor de ellos es el quebrado o el sometido a la toma de posesión, pero en ningún caso puede secuestrar la mercancía depositada ni exigir la entrega del precio íntegro de la subasta.

"El almacén debe proceder a la venta de la mercancía por la sola exigencia que le formula el tenedor del bono protestado, sin que para ello medie orden judicial o autorización de la Superintendencia Bancaria. La intención del legislador de sustraer la venta de las mercancías a todo procedimiento judicial sin salvedad de ninguna clase, aparece clara e indiscutible en el régimen depositario, a partir de la Ley 20 de 1921, norma que consagró el procedimiento extrajudicial de venta de las mercancías libre e incondicionado, y la ABSOLUTA PREFERENCIA de los créditos del Almacén y del Tenedor del Bono de Prenda sobre el producto de su enajenación. Es esta su preferencia, que prima sobre cualesquiera otra, estableciendo implícitamente la Ley que al depositante o Tenedor del Certificado de Depósito sólo puede corresponder **el exceso** en el valor de la venta sobre el importe de crédito prendario y las expensas del Almacén. El Decreto Ley 356 de 1957, así mismo, promulgó el carácter ABSOLUTO del privilegio legal en favor del Almacén y del Tenedor del Crédito Prendario.

"En este mismo orden, el artículo 14 de la Ley 20 de 1921 determina que frente a la insatisfacción del bono, a su vencimiento, el titular procederá a solicitar del Almacén General, previo el protexto, 'la venta de la mercancía' dentro de los diez días siguientes, sin hacer excepción alguna para los casos del concurso de acreedores, concordato, quiebra o toma de posesión o liquidación administrativa.

"El artículo 15 de la misma ley complementa la norma anterior, al preceptuar que 'esa venta', salvo pacto en contrario y por escrito entre el portador del bono de prenda y el del certificado de depósito, **'tendrá lugar en el Almacén General...'**. Otra vez se consagra esa excepción al sistema de venta, sin salvedad alguna para los casos de concurso, quiebra, toma de posesión administrativa.

"Estas referencias legales, demuestran cómo desde el año de 1921, quedó claramente establecido en la Ley un sistema peculiar e integrado de enajenación, gravamen e inembargabilidad de las mercancías sometidas a depósito en los Almacenes Generales, sistema que se condena así:

"Para expedir el certificado y el bono de prenda, es indispensable que la mercancía esté libre de todo gravamen y de embargo, considerándose éste inexistente en caso de no haber sido notificado a los Almacenes Generales antes de la expedición de los títulos. A partir de su expedición la mercancía es inembargable y no puede ser objeto de

gravámenes. Por el contrario, el certificado y bono son bienes patrimoniales de sus tenedores y pueden ser embargados por los acreedores de éstos. Los tenedores del certificado solamente tienen los derechos que éste representa, o sea que le están incorporados, a saber: el de recuperar la mercancía, librándola, mediante el pago al Almacén y al Tenedor del bono de sus expensas, capital e intereses, o el de recibir el remanente que quede del producto de la venta, por el propio Almacén, de la mercancía después de que éste se pague sus expensas y cubra al tenedor del bono el capital e intereses. Por consiguiente, si el tenedor del Certificado de Depósito no cancela las expensas al Almacén y el valor del bono, a su tenedor, sólo tiene el derecho de percibir ese excedente, que es el único bien patrimonial suyo que puede ser perseguido por los acreedores.

"Estos no pueden perseguir las mercancías, haya o no bono de prenda y mucho menos si lo hay, sino el certificado de depósito, para así embargar y perseguir el remanente del precio que llegare a quedar de la venta hecha por el Almacén General de las cosas depositadas y, luego, de que el Almacén y el Tenedor sean satisfechos. En consecuencia, lo único que debe ponerse a disposición del Juez, o del Síndico de una quiebra del depositante tenedor del Certificado de Depósito, o de un concurso de acreedores, concordato o de una liquidación por la Superintendencia respectiva, es ese **eventual remanente.**

"Los precedentes razonamientos jurídicos, basados en textos legales vigentes, tampoco pueden ser desvirtuados, con el supuesto de que la quiebra y el concurso, el concordato y la liquidación administrativa son procesos universales, con fuero de atracción sobre los demás procesos seguidos contra el deudor.

"Los únicos procesos que aquéllos atraen, son los ejecutivos seguidos **ante los jueces de la República** y la actuación adelantada por los Almacenes no es un proceso de ejecución, sino un simple trámite extrajudicial de venta derivado del propio contrato de depósito. Esta limitación procesal de atracción a la ejecución que conllevan (sic) la quiebra, el concordato preventivo y la toma de posesión, se encuentra expresamente demarcada por disposiciones concretas del Código de Comercio y en la Ley. En efecto, al fijar la atracción procesal del **concordato,** el artículo 1914 del Código de Comercio, determina taxativamente:

" 'Artículo 1914. Mientras se tramita el concordato preventivo **no podrá aceptarse** solicitud en el mismo sentido, ni de declaratoria de quiebra, **ni proceso alguno de ejecución y se suspenderá** la prescripción de los créditos y **la actuación en los procesos de ejecución iniciados contra el deudor,** excepto los derivados de relaciones de trabajo o de obligaciones alimentarias.

"Serán nulas las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en este artículo y en el anterior".

"En forma análoga, la limitante de atracción al juicio de quiebra de los **procesos de ejecución,** se encuentra consagrada en el numeral 5º del artículo 1945 del Código de Comercio, al siguiente tenor:

" 'Artículo 1945. La declaración judicial de quiebra conlleva: (sic).

"..... .....

"5º **La acumulación** al proceso de quiebra de **todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado.** Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra, en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencias de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta ser resuelta por sus respectivos superiores".

"La Ley 45 de 1923, singulariza la atracción procesal de la 'toma de posesión' o liquidación administrativa a las acciones o embargos en los términos limitativos siguientes:

" 'Artículo 53. Cuando el Superintendente haya tomado posesión de los haberes y negocios de algún establecimiento bancario, deberá inmediatamente dar noticia de tal hecho a cualesquiera personas que tengan cualquier parte del activo de dicho establecimiento. **Ninguna de tales personas que tenga noticias o conocimiento de que el Superintendente ha tomado posesión de tal establecimiento bancario, tendrá derecho a embargo o acción** contra alguno de los haberes, de tal establecimiento bancario, por cualquier pago, anticipo o compensación hecha de allí en adelante, u obligaciones contraídas después".

"En reiteración de esta limitante la misma Ley 45 de 1923, consagra el enervamiento de las acciones dentro del proceso de liquidación administrativa, con estas precisiones textuales de su inciso tercero del artículo 54:

" 'Artículo 54..... .....
No podrá adelantarse **ninguna acción** contra un establecimiento bancario **mientras el Superintendente Bancario se halle en posesión de los negocios de aquél,** a menos que se haya iniciado dentro del período que se señala en el inciso anterior. En todas las acciones o diligencias judiciales que inicien contra un establecimiento bancario, mientras el Superintendente se halle en posesión del activo y negocios de aquél, el demandante deberá alegar y probar que el reclamo motivo de la acción civil fue debidamente presentado, que han transcurrido sesenta días desde la expiración del plazo concedido para presentar tal reclamo y que éste no ha sido aceptado'.

"En igual forma el artículo 65 de la misma ratifica la atracción enervatoria de los embargos originados en las acciones de ejecución que, excepcionalmente, pudieran adelantarse contra el establecimiento sujeto a la intervención, al siguiente tenor:

" '**Artículo 65.** No podrá embargarse ninguna propiedad o activo del establecimiento bancario por causa de la iniciación de un juicio contra éste, después que el Superintendente haya tomado posesión de sus haberes y negocios y mientras continúe tal posesión'.

"El Código de Comercio distingue radicalmente entre el proceso judicial generado por la acción cambiaria y el trámite o procedimiento extrajudicial de cobro del bono de prenda ante el Almacén General de Depósito, regulados uno y otro separadamente, en forma autónoma, por las Secciones I y II del Capítulo VI de su Título III. Esta separación no sólo constituye la diferencia entre el trámite extrajudicial

de venta de la mercancía, impuesto al depositario por el contrato de depósito y el proceso judicial de ejecución determinado por la acción cambiaria, sino que singulariza la órbita propia y diferenciada entre el régimen de la prenda ordinaria y el de la prenda constituida bajo un bono emitido por un Almacén General de Depósito, pues el primero está cimentado en la embargabilidad y en el secuestro imperativos de las mercancías tal como lo estipula el artículo 555 del Código de Procedimiento Civil, mientras que el segundo régimen se fundamenta en la inembargabilidad de las mercancías depositadas en prenda, en su libre disposición por el Almacén y en el ejercicio extrajudicial del derecho del acreedor prendario, previstos en los artículos 14 y 15 de la Ley 20 de 1921, 9º del Decreto 1821 de 1929, 12 y 13 del Decreto 356 de 1957 y 794, 797, 798 y 800 del Código de Comercio.

"Ni es valedero expresar que sólo poniendo a órdenes del Juez la mercancía o el total del valor de su venta por el mismo Almacén General, o a órdenes de la Superintendencia, cuando se trate de toma de posesión, se respetan las prelaciones legales de las acreencias, porque las normas especiales tantas veces citadas (artículo 15 de la Ley 20 de 1921 y 13 del Decreto Ley 356 de 1957) modifican, para el caso especial de las mercancías depositadas en Almacenes Generales, el orden de las prelaciones, al consagrar, excepcionalmente una preferencia ABSOLUTA, es decir, que prima sobre cualquiera otra, a favor de los créditos de los mismos Almacenes y de los Tenedores de Bonos.

"Las mismas normas especiales comentadas eximen, clara e indudablemente, a los Almacenes Generales y a los Tenedores de los bonos de Prenda, de la obligación de concurrir a las quiebras, concursos, concordatos o liquidaciones administrativas de la persona tenedora del Certificado de Depósito, excepto, respecto a los segundos, para reclamar el saldo insoluto de su crédito que haya quedado después de abonársele, con la prelación absoluta otorgada por Ley, el producto de la subasta de las cosas depositadas.

"Por otra parte, la 'previa autorización' del 'funcionario respectivo' a que condiciona el inciso 2º demandado del artículo 45, la venta por los Almacenes Generales de las 'mercancías abandonadas', es abiertamente nula, porque contraviene las facultades de 'libre disposición' del depositario sobre las cosas depositadas, consagradas en los artículos 9º del Decreto 1821 de 1929 y 1189 del Código de Comercio (inciso 2º). Como nulo es el mandato impuesto al Almacén por el inciso tercero del mismo artículo 45 de la Resolución que le obliga a poner a 'disposición del funcionario respectivo' de quiebra, concordato, o liquidación administrativa, el 'precio obtenido en el remate' de las cosas abandonadas, sin satisfacer previamente el crédito prendario y/o sus propios emolumentos y expensas como depositario, créditos que deben ser pagados con el precio de la enajenación y con absoluta preferencia. Ambas pretensiones violan flagrante y manifiestamente las normas del estatuto legal y preferencia de los Almacenes Generales de Depósito".

El superintendente arguye

"Se dirige contra el artículo 45 de la Resolución 3165 de 1975. En este caso supone el actor que el segundo inciso introdujo un requisi-

to que ninguna norma legal contiene y que es contrario al criterio del legislador sobre la materia, para la venta en subasta de 'mercancías abandonadas' que pertenecen a depositarios que estén sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra. Igualmente dice el actor que el requisito consiste en 'obtener previa autorización del funcionario respectivo'; es decir, del juez, o de la Superintendencia. También arguyo que se desconoce así el derecho que los artículos 12 y 13 del Decreto Ley 356 de 1957 otorgan al almacén para proceder a la venta sin necesidad de autorización de funcionario alguno, con estas premisas concluye que la 'previa autorización' del 'funcionario respectivo' a que se refiere el inciso 2º demandado, estructura un precepto nulo ya que contraviene las facultades de 'libre disposición' del depositario sobre las cosas depositadas, consagradas en los artículos 9º del Decreto 1821 de 1929, y 1189 del Código de Comercio (inciso 2º).

"El criterio que sostiene esta Superintendencia en relación con las mercancías abandonadas que pertenecen a depositantes que están sometidos a un régimen de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra se funda precisamente en el artículo 2034 del Código de Comercio el cual dispone: 'Corresponderá a la Superintendencia Bancaria, en relación con las sociedades cuya inspección y vigilancia ejerce, hacer cumplir las disposiciones de este Libro en todo cuanto no pugnen con las normas imperativas de carácter especial'. Por eso el Superintendente Bancario debe hacer cumplir y debe velar porque los almacenes se ciñan a las reglas que trae el Código de Comercio en los artículos 1910 y siguientes, cuando algunos de sus clientes han entrado en un concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra.

"Los tenedores del bono de prenda deben hacerse parte en el proceso, inclusive los que tengan sus créditos amparados con garantías reales, y que se exceptúan únicamente los acreedores indicados en los incisos 1º y 2º del artículo 1920, pues éstos de acuerdo con el mismo artículo y con el artículo 1914 están sujetos a un régimen especial. En cuanto a la autorización por parte del funcionario competente para enajenar las mercancías que tanto inquieta al actor; debo decir que proviene directamente del artículo 1921 del mismo estatuto.

"Nuestra legislación tanto civil como mercantil ha sido muy clara al establecer, dentro del régimen de los procedimientos concursales, normas excepcionales que son de aplicación preferente e inmediata sobre cualquier disposición que le sea contraria.

"Así, tanto en el trámite de concordato preventivo como en la quiebra y en la liquidación forzosa administrativa la idea fundamental que inspiró al legislador fue la unidad de procedimiento. Dicha unidad se predica en la práctica como la aplicación del principio 'un solo juez y un solo procedimiento para abarcar todas las acciones singulares'.

"Lo anterior nos indica claramente que iniciado un proceso de esta naturaleza, sólo hay una autoridad ante la cual pueden presen-

tarse todos los acreedores del concursado para hacer valer sus créditos: el juez, o el Superintendente Bancario o de Sociedades respecto de las entidades que vigilan. Todo ello sin perjuicio de la naturaleza de los créditos.

"Desconocer tal principio y permitir que cada acreedor lleve adelante su respectiva acción individual es hacer nugatorio el procedimiento concursal en detrimento de todos los demás acreedores que han concurrido a él; es asimismo violar todo el régimen legal establecido para esta situación anormal del deudor. Ratifican muy claramente lo anterior los artículos 1945 numeral 5º del Código de Comercio y el inciso 3º del artículo 64 de la Ley 45 de 1923, que establecen la imposibilidad de adelantar acción alguna contra el quebrado, a título individual, debiéndose acumular todos estos procesos al juicio universal.

"El actor para sustentar sus argumentaciones, en algunos de los apartes de la demanda cita el artículo 15 de la Ley 20 de 1921 y no hace caso de que tal precepto fue suspendido expresamente por el artículo 17 del Decreto Ley 356 de 1957.

"Para abundar en consideraciones se puede afirmar que el artículo 45 de la Resolución 3165 de 1975 en ningún momento ha interpretado, modificado, adicionado o exagerado la ley. Todo lo contrario, le recuerda a los almacenes generales de depósito que han de cumplir lo dispuesto en los artículos 1910 y siguientes del Código de Comercio y tal cosa la hace en desarrollo del artículo 2034 de la misma obra".

En su alegato de conclusión el actor se defiende así:

"Con relación a las violaciones del ordenamiento jurídico superior implícitas en el artículo 45 de la Resolución 3165, debo remitirme 'in integrum' a lo que sobre este particular expuse en el 'concepto de violación' de la demanda. El mandato de que, en caso de concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra, debe pedirse autorización previa al funcionario respectivo para proceder a la subasta de la mercancía y, en todo caso ponerse a disposición de éste el precio obtenido en el remate, constituye el más rudo golpe a la ley y a la organización de los Almacenes Generales de Depósito. En primer término, la exigencia de 'previa autorización' del funcionario para hacer posibles las ventas por los Almacenes Generales, envuelve la indebida acumulación del trámite extrajudicial de venta depositaria a los procesos de quiebra, liquidación administrativa y concordato. He señalado, con cita textual de las disposiciones conexas a cada uno de estos procesos 'concursales', cómo su fuero de atracción se extiende solamente a los procesos ejecutivos, es decir, a las actuaciones jurisdiccionales originadas en las demandas ejecutivas de los acreedores insatisfechos. En el artículo 45 demandado, se hace expresa la confusión que la Superintendencia pretende introducir entre el sistema de venta extrajudicial por los Almacenes y el proceso ejecutivo con título prendario, con el único fin de desvertebrar de una vez por todas la coherencia del régimen especial de los Almacenes Generales de Depósito.

"El opositor pretende sustentar la indebida acumulación del trámite especial de venta al concordato preventivo, con el pretexto de que los acreedores con garantías reales deben hacerse parte en el proceso, haciendo caso omiso de la referencia limitativa de la norma a aquellos

acreedores que tengan **acción real** contra el comerciante. En rigor, ni los créditos del Almacén ni el bono de prenda confieren **acción** alguna en el sentido jurídico procesal del término, toda vez que el ejercicio de los derechos afectos a unos y a otro se sustrae legalmente a la competencia de los jueces ordinarios. Solamente después de la subasta surge la acción cambiaria del tenedor del bono de prenda para perseguir el saldo insoluto que resultare de la aplicación del producto de aquélla a la satisfacción de su crédito y, por tanto, únicamente en este caso, después de la subasta, se surten los efectos enervantes del proceso sobre la acción singular así derivada del título.

"Más inconsistente aún, es la invocación del artículo 1921 del Código de Comercio en apoyo de la injurídica 'autorización previa' del funcionario respectivo como que la prohibición de las ventas no comprendidas en el giro ordinario de los negocios constituye apenas un límite a las facultades del comerciante en la administración de sus bienes mientras dure el trámite del concordato. El opositor asevera, entonces, que los Almacenes Generales de Depósito proceden a la subasta de las mercancías en ejecución de un mandato otorgado por el depositante, como si la subasta no contrariase precisamente su voluntad más presumible o no fuese ajena por completo a su consentimiento o no derivase del ministerio de la ley. En fin, para fundamentar la 'autorización previa' del funcionario en el artículo 1921 del Código de Comercio y sostener, en consecuencia, que existe un mandato entre Almacén y depositante, se debe admitir tan forzosa como arbitrariamente la absurda posibilidad de su revocación, consustancial del mandato, con efectos tales como la improcedencia de la subasta misma, en demérito de la buena fe, por falta de facultades del mandatario para realizarla.

"A fuer de recabar la concentración del Honorable Consejo sobre argumentaciones tan sólidas como las establecidas en las alegaciones sobre violación precitadas, parece conveniente aludir, marginalmente, a ciertos aspectos fundamentales que la Superintendencia opositora trata también de evadir o no advertir en la norma ilegal —Art. 45— de su propia autoría. En evidencia, el opositor sustrae a su análisis el artículo 18 de la Ley 20 de 1921, que expresa:

" 'El Almacén General goza de derechos de retención y de privilegio sobre las mercaderías depositadas, para hacerse pagar de preferencia de los cargos de almacenaje y custodia de ellas, de los gastos que hubiere suplido por transporte, seguro, empaque de las mismas y de las comisiones y gastos de venta'...

"En forma clara y terminante, se integran en la disposición legal los derechos de retención, el privilegio y la preferencia del Almacén sobre las mercancías y el producto de su venta. Queda así consagrada íntegramente la regulación sustantiva de los créditos del Almacén General, el derecho a la retención, el privilegio y la preferencia de que gozan tales créditos sobre las mercancías, antes de su venta y después, sobre el producto de ésta. Por tanto, la exigencia de entrega **del precio** al funcionario respectivo es abiertamente contraria a la retención, al privilegio y a la preferencia consagrados en la norma superior.

"La misma injurídica exigencia de entrega del precio íntegro al funcionario respectivo contiene la implícita aseveración de que la ley

no reconoce preferencia especial en favor del crédito incorporado al bono de prenda. En contraposición a este supuesto, el legislador, muy claramente, en el artículo 798 del Código de Comercio, dejó incólume su absoluta preferencia, consagrada en los artículos 15 de la Ley 20 de 1921 y 13 del Decreto Ley 356 de 1957, preservando sólo los créditos fiscales **que graven la cosa** depositada, mas no el patrimonio del depositante, al cual el mismo artículo 798 atribuyó, en forma exclusiva, el derecho al eventual remanente, tal como el Honorable Consejo puede precisarlo, **in extenso**, en las argumentaciones impresas en el concepto de violación tantas veces invocado".

La opinión del señor Fiscal es así

"7º El artículo 45 de la Resolución demandada dice que para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra, el almacén deberá obtener previa autorización del funcionario respectivo, excepto cuando se trate de la subasta de mercancías que corran el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, caso en el cual al Almacén le bastará informar al funcionario y que, en todo caso, realizada la subasta, el Almacén pondrá a disposición del funcionario respectivo el precio obtenido en el remate, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones que regulan la materia.

"El autor del libelo considera que la Superintendencia Bancaria ha exigido un requisito que ninguna norma legal contiene y que desconoce la atribución de los Almacenes Generales para proceder a la venta sin necesidad de autorización de funcionario alguno, y 'consigna una norma nueva, que según su interpretación podría contrariar el privilegio absoluto que las normas legales vigentes consagran sobre el producto de la venta de las mercancías y la regulación legal del derecho que el tenedor del certificado de depósito posee sobre el excedente o remanente de dicho producto, una vez pagados el Almacén General y el tenedor del bono'.

"Observa la Fiscalía, en primer lugar, que la Resolución 3165 de 1975 dedica el capítulo V al procedimiento para la venta, que contiene quince artículos, de los cuales el 45 se refiere a la subasta de mercancías abandonadas, es decir, aquéllas que no han sido retiradas por el depositante al vencimiento del plazo pactado para el depósito, si, además, se ha comunicado el vencimiento del contrato al depositante por correo certificado, a la última dirección registrada en el Almacén y las mercancías no han sido retiradas dentro de los treinta días siguientes, contados a partir de la notificación o no se ha pactado nuevo plazo para el depósito.

"Sobre el destino de mercancías abandonadas o decomisadas, la Ley 79 de 1931 había dispuesto que serían avaluadas y después de fijado el valor de los derechos correspondientes, serían vendidas en pública subasta en los días y horas, y en la forma, condiciones y lugar prescritos en los reglamentos (artículo 82). Y el Decreto 356 de 1957 autorizó a la Superintendencia Bancaria para 'señalar el procedimiento mediante el cual los Almacenes pueden disponer de las mercancías

abandonadas indicando las diligencias previas, y la aplicación del producto de tal disposición, cuando lo hubiere' (artículo 14, literal g).

"No se ve en la reglamentación expedida ninguna infracción a las normas vigentes sobre la materia".

La mayoría de la Sala comparte la anterior opinión.

No prospera el cargo.

Decisión

Por los motivos tan extensamente explicados, extensión que se justifica por la importancia del asunto, 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 De la Resolución número 03165 de veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) del Superintendente Bancario, orgánica de los almacenes generales de depósito son nulas las siguientes disposiciones: parágrafo segundo (2º) del artículo setenta y seis (76), el aparte siguiente del artículo treinta y uno (31): "por un valor no inferior al estimado o al corriente de plazo si éste fuere mayor".

2º No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

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

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amayà, Miguel Lleras Pizarro, (Con Salvamento de voto)

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. — Salvamento de Voto.

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

Referencia: Radicación 4135. Nulidad de la Resolución 3165 de 24 de diciembre de 1975 del Superintendente Bancario. Demandante: Jorge Vélez García.

Esta larga sentencia fue objeto de no menos extensas deliberaciones durante más de un mes. La controversia fue constructiva e indujo al ponente a variar varias de sus opiniones originales. Empero, en dos puntos no fue posible el acuerdo y por eso debo explicar los motivos de mi discrepancia.

Antes de hacerlo cabe una indispensable observación. En el fallo, contra la costumbre, se reproducen casi todos los alegatos de demandante, demandado y fiscal porque el conjunto constituye estudio sobre los aspectos legales de la organización de los Almacenes Generales de Depósito materia que en Colombia dispone de poca literatura nacional. El tomo que podría publicarse con este fallo sería útil también para mostrar la urgente necesidad de una nueva y completa ley que no deje a los discutibles reglamentos de una agencia administrativa, de por sí sujetos a variaciones, a veces caprichosas, la dirección estable y planeada de tan indispensables institutos. Aunque sentencia y salvamento no sean ejemplar acierto, como lo temo, sí cumplen el aludido objetivo de promover la nueva legislación, tan largo examen quedaría justificado.

Mi disentimiento consiste en:

1º Ha debido anularse el parágrafo del artículo 29 por las clarísimas razones expuestas por el señor Fiscal que acojo en su integridad y que no requieren adiciones.

2º Ha debido anularse el artículo 45 por las siguientes razones que traía el proyecto original.

La doctrina que inspira el sistema legal de los almacenes generales de depósito consiste en el privilegio que a éstos se otorga para dirigir la total operación desde el momento en que se acepta el depó-

sito hasta cuando termina el contrato por cumplimiento de las obligaciones y derechos recíprocos o por incumplimiento del depositante o sus sucesores. Así la venta de la cosa depositada sin intervención judicial; así la presunción de libertad de gravámenes si no se conocen antes del momento de perfeccionar el contrato; así la inoponibilidad de derechos de terceros surgidos o conocidos después de emitido el título o el bono o ambos; así la exención de concurrir con otros acreedores al reparto de bienes del quebrado o de quien propone concordato.

Por ser el principio que sustenta esta particular legislación, su privilegio no puede suspenderse o respecto de él crearse excepciones, sino por disposición expresa de la ley y sólo de la ley; nunca puede nacer del reglamento, de la orden, de la aplicación por analogía.

La venta por abandono es una de las varias que pueden hacer los almacenes con la sola condición de que exista el abandono, que no tiene definición en la ley ni el Decreto 1821 de 1929 y mera alusión en el Decreto 356 de 1957 en cuyo artículo 14, literal g) se autoriza al superintendente para "señalar el procedimiento mediante el cual los almacenes pueden disponer de las mercancías abandonadas". Esta facultad no significa competencia para crear normas de jerarquía legal de modo que si el artículo demandado, con pretexto de ejercer la verdadera competencia, **señala** la obligación de obtener permiso previo del "funcionario respectivo" (sic) cuando el "depositante esté sometido **a** tratamiento de concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra" está excediéndose porque en **ningún caso** la ley impone a los almacenes permiso de alguien para vender la mercancía depositada. Si no requiere licencia cuando el depositante **incumple,** menos cuando **abandona,** que es otra forma de incumplimiento. La exorbitancia del precepto del superintendente se destaca al ver cómo en la misma norma y por las mismas razones de concurso, concordato, etc. exime del permiso **si además de abandonada,** la mercancía corre el riesgo de deterioro o se causan daño a otras cosas.

De otro lado la exigencia de poner a disposición del "funcionario respectivo" el precio obtenido en el remate contraría el precepto del artículo 13 del Decreto 356 de 1957 que da preferencia al propio almacén para pagarse los gastos de almacenaje, de la venta, de la conservación de las cosas y de la comisión del depositario.

Debe agregarse que lo resuelto por la mayoría está en contradicción con la doctrina acogida para fundar la nulidad parcial del artículo 31.

Atentamente,

Miguel Lleras Pizarro

PRESTACIONES. — Sentido e interpretación de la Ley 48 de 1962 Art. 8º Fallecimiento de congresistas en ejercicio de sus funciones. Ese privilegio no se puede extender a todas aquellas personas que en una época determinada fueron parlamentarios o diputados o miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Expediente Nº 3164. Autoridades Nacionales. Actor: Cornelia Adelle Keller Vda. de Henao.

En demanda presentada por medio de apoderado, la señora Cornelia Adelle Keller de Henao en su propio nombre y en el de sus menores hijos Brígida María y Pía Cristina Henao Keller, formuló ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca las siguientes peticiones:

"PRIMERA. Que es parcialmente nula la Resolución Nº 5510/70 (octubre 14) proferida por la Seccional Especial de Cundinamarca (Caja Nacional de Previsión), en sus artículos segundo y tercero, por cuanto no tuvo en cuenta los servicios prestados por el causante doctor DANIEL HENAO HENAO en el Congreso de la República (Asamblea Nacional Constituyente), para reconocerle a su viuda CORNELIA ADELLE KELLER DE HENAO y a sus menores hijas legítimas BRIGIDA MARIA y PIA CRISTINA HENAO KELLER, la pensión vitalicia que les corresponde de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 48 de 1962;

"SEGUNDA. Que es igualmente nula la Resolución Nº 00021 de 1971 (Abril 6) del Director de la Caja Nacional de Previsión, por cuanto en vez de reconocerle a las beneficiarias del doctor DANIEL HENAO HENAO (Miembro del Congreso) la pensión vitalicia otorgada en el artículo 8º de la Ley 48 de 1962, confirmó en todas sus partes la providencia apelada y puntualizada en la petición anterior;

"TERCERA. Que en consecuencia de los pronunciamientos anteriores y en vía hacia el restablecimiento del derecho violado, la sentencia que resuelva sobre las peticiones del presente libelo, deberá ordenar a la Caja Nacional de Previsión, el reconocimiento a favor de CORNELIA ADELLE KELLER DE HENAO y sus menores hijas BRIGIDA MARIA y PIA CRISTINA HENAO la pensión vitalicia equivalente al

85% de la que devengaría el causante si viviera, en acatamiento a la Jurisprudencia del Consejo de Estado y a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 48 de 1962 y demás disposiciones vigentes y concordantes;

"CUARTA. Que la actora e hijas menores, como beneficiarias del causante, doctor DANIEL HENAO HENAO, son acreedoras igualmente al reconocimiento de las demás prerrogativas legales que se deduzcan de los hechos que se acrediten en el presente debate y a que, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 167 de 1941, en la sentencia definitiva se establezcan las disposiciones encaminadas a restablecer el derecho violado por los actos demandados".

Estos son, resumidos, los hechos de la demanda:

1) El doctor Daniel Henao Henao falleció en la ciudad de Bogotá el 3 de enero de 1971 cuando ocupaba el cargo de Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores y cuando había consolidado su derecho a disfrutar de pensión de jubilación, pues era mayor de 50 años y había prestado servicios por más de 20 años en entidades de derecho público.

2) El mencionado doctor Henao fue miembro de la Asamblea Nacional Constituyente entre 1953 y 1957, y en razón de su fallecimiento su esposa Cornelia Keller de Henao solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento de la pensión a que era acreedor el causante, a la vez que la sustitución de la misma en su favor y en el de sus menores hijos.

3) La Caja Nacional de Previsión dictó la Resolución Nº 5510 el 14 de octubre de 1970, en la cual reconoció en favor del doctor Henao Henao una pensión mensual vitalicia de jubilación por $ 7.141.88 y ordenó la sustitución de ella en la actora y en sus menores hijas, por dos años contados a partir del 4 de enero de 1970. En dicha resolución, igualmente, la Caja indicó que las entidades obligadas a concurrir al pago de dicha prestación eran la Universidad de Caldas, la propia Caja Nacional de Previsión y el Congreso de la República.

4) A pesar de haber solicitado en su nombre y en el de sus hijas el reconocimiento de la pensión vitalicia de viudez (85%), de que trata la Ley 48 de 1962, y a pesar de que la Caja estimó en cinco años el tiempo servido por el doctor Daniel Henao Henao en el Congreso Nacional (Asamblea Nacional Constituyente), y pese a que a dicha entidad le fue asignada una cuota parte en el pago de las prestaciones, la misma Caja resolvió aplicarles las disposiciones generales vigentes en la materia con desconocimiento del régimen especial de la Ley 48 de 1962, en favor de las viudas e hijos menores de aquellos servidores públicos que hubieren fallecido en goce de pensión o con derecho a ella, que hubieren prestado servicios en el Congreso o en las Asambleas Departamentales.

5) La Resolución de la Caja de Previsión Social Seccional de Cundinamarca fue aceptada en lo favorable y se interpuso el recurso de apelación ante la Dirección General de la misma, recurso que desató por medio de Resolución Nº 00021 de abril 6 de 1971, confirmando en todas sus partes la providencia recurrida. Dicha resolución negó la pensión vitalicia de viudez (85%) aduciendo argumentos diferentes a los expuestos por la Seccional de Cundinamarca, y sosteniendo en especial la tácita insubsistencia del artículo 8º de la Ley 48 de 1962 por

la Reforma Constitucional de 1968, en el artículo 113 del Acto Legislativo Nº 1 de ese año.

En la demanda se citaron como disposiciones infringidas el artículo 8º de la Ley 48 de 1962, el 9º del Decreto 1723 de 1964, el 113 de la Constitución Nacional, 36 del Decreto 3135 de 1968, 1º y 4º de la Ley 5ª de 1969, 9º de la Ley 153 de 1887. Se explicó el concepto de la violación.

Por sentencia del 13 de setiembre de 1974 el Tribunal accedió a las súplicas formuladas en el libelo. Este fallo fue apelado por el representante legal de la Caja Nacional de Previsión Social y el recurso ha sido tramitado en legal forma en esta Corporación, hasta encontrarse en firme el auto de citación para sentencia, la cual se procede a dictar previas las siguientes consideraciones:

Consta en el expediente que el doctor Daniel Henao Henao estuvo vinculado al servicio público por más de 20 años, habiendo trabajado en los últimos años en el Ministerio de Relaciones Exteriores, siendo el cargo de Secretario General de dicho Ministerio, el que sirvió de base a la Caja Nacional de Previsión para la liquidación de la pensión de jubilación, cargo que desempeñó desde el 27 de febrero de 1969.

La parte demandante considera que las Resoluciones 5510 de 14 de octubre de 1970 de la Dirección de la Caja Nacional de Previsión Sección de Cundinamarca y 00021 de abril 6 de 1971 de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión, al no reconocer la sustitución pensional con el 85% de su valor, en razón de que por los años de 1953 a 1957 el causante Daniel Henao perteneció a la Asamblea Nacional Constituyente, desconocieron el sentido de la Ley 48 de 1962 que en su artículo 8º dijo: "Las viudas de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de veintiún (21) años, tendrán derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento (85%) de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad".

La disposición transcrita, invocada por la demanda, no puede ser interpretada acomodaticiamente, ya que el beneficio que en ella se consagró fue exclusivamente para los Congresistas que reuniendo los presupuestos legales de edad y tiempo de servicio fallecieren estando en ejercicio de sus funciones como miembros del Congreso o de la Asamblea Nacional Constituyente, según las voces del artículo 1º del Acto Legislativo Nº 2 de 1954. Ese privilegio no se puede extender a todas aquellas personas que en una época determinada fueron parlamentarios o diputados o miembros de la Asamblea Nacional Constituyente como el doctor Daniel Henao Henao, pues esa circunstancia no es suficiente para invocarlo, ya que la Ley 48 de 1962 lo estableció para los miembros del Congreso o de la Asamblea Nacional Constituyente, o de las Asambleas Departamentales, que hubieren fallecido en desempeño de esos cargos y con el derecho a la pensión de jubilación, pero nunca para quienes en alguna época hubieren desempeñado los cargos referidos. El doctor Henao Henao no falleció ostentando su calidad de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente con derecho a pensión jubilatoria, sino cuando desempeñaba sus funciones de Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores y, por ende, sus prestaciones estaban go-

bernadas por las disposiciones legales vigentes en ese momento, en especial las contenida en el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que no consagran el privilegio de la sustitución pensional por vida con el 85% de la cuota pensional respectiva.

La Caja Nacional de Previsión Social obró bien al reconocer a la viuda demandante la pensión de jubilación del doctor Henao Henao de acuerdo con los sueldos devengados por él en el último año como empleado del Ministerio de Relaciones Exteriores y no con los sueldos de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente. Esa pensión, equivalente al 75% del promedio de los sueldos del último año, se sustituyó por el término de dos años en favor de la señora Cornelia Adelle Keller de Henao en la forma indicada por el Decreto 3135 de 1968, que no contempla situaciones de privilegio para quienes fallezcan ostentando el carácter de ex-parlamentarios o ex-diputados.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 9º del Decreto 1723 de 1964 reglamentario de la Ley 48 de 1962, "Para que las viudas de los miembros del Congreso y de los Diputados a las Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de edad, puedan disfrutar de la pensión de que trata el artículo 7º de este Decreto, se requiere que el Congresista o Diputado hubiere obtenido la pensión estando en el ejercicio del cargo. También tendrán este derecho en el caso de que el Congresista o Diputado, hubiere fallecido sin haber obtenido el reconocimiento de la pensión, no obstante haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la ley para gozar de este derecho". Es decir, la sustitución pensional para las viudas de los Congresistas se consagró en aquellos casos en que hubieren fallecido siendo miembros activos del Congreso con derecho a la pensión de jubilación, mas no para quienes tuvieron oportunidad en época pretérita de ser miembros del Congreso o de las Asambleas y que fallecieron siendo ex-congresistas o ex-diputados.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo hace un interesante estudio en torno al problema discutido para concluir que las súplicas de la demanda deben ser denegadas. De ese concepto, que la Sala prohíja, se extractan los siguientes apartes:

"...a partir de 1968 los miembros de la Rama Legislativa sólo pueden tener un régimen prestacional no superior al de los Ministros del despacho y como éstos se encuentran sujetos al régimen prestacional general de la Administración que consagran los Decretos 3135 de 1968 y el Reglamentario Nº 1848/69, en consecuencia, toda norma especial que aparezca en la legislación especial prestacional del Congreso que supere el límite mencionado, debe entenderse insubsistente e inaplicable según las voces del artículo 9º de la Ley 153 de 1887. De esta manera, el artículo 8º de la Ley 48 de 1962 y su disposición reglamentaria en cuanto consagran para los congresistas un régimen de sustitución pensional superior al de los Ministros del despacho es inaplicable desde 1968, pues en su reemplazo debe acudirse al artículo 36 del Decreto 3135/68, cuyo tenor es:

" 'Artículo 36. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial con derecho a pensión de jubilación, sus beneficiarios, en el orden y proporción señalados en el artículo 34 tienen derecho a recibir de la respectiva entidad de previsión, la pensión que le hubiere co-

rrespondido durante dos (2) años, sin perjuicio de las prestaciones anteriores'.

"Además como la Ley 5ª de 1969 dispuso que los servicios en la Rama Legislativa se acumulan a los lapsos trabajados en la rama oficial y semioficial para los efectos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, forzoso es concluir que a los miembros del Congreso que tienen que acumular servicios prestados en diferentes entidades estatales para obtener la pensión de jubilación se les aplica el Decreto 3135/68 que sustituyó parcialmente la legislación de 1945.

"En cuanto a los BENEFICIARIOS DE LA SUSTITUCION PENSIONAL, considera este Despacho que los artículos 1º de la Ley 5ª de 1969 y 12 de la Ley 171 de 1961 rigen las relaciones de los trabajadores particulares y modificaron el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, mas no el régimen especial del artículo 34 del Decreto 3135/68 de los empleados y trabajadores oficiales del Estado.

"Por las anteriores consideraciones este Despacho no acepta las tesis sostenidas por el **a quo**, en el fallo apelado, tanto más cuando está demostrado que el causante falleció después de la Reforma Constitucional de 1968, no gozaba de la pensión especial de Congresista al momento de fallecer, y no pudo haberla obtenido cuando estuvo vinculado a la Asamblea Nacional Constituyente por no reunir los requisitos necesarios en ese tiempo, y porque la legislación se debe entender en su conjunto.

Las razones que se han expuesto son suficientes para concluir que la Caja Nacional de Previsión obró dentro de la ley al producir los actos administrativos que fueron objeto de impugnación, pues como está suficientemente demostrado en el expediente, el doctor Daniel Henao Henao no falleció ostentando su calidad de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente con derecho a pensión de jubilación, sino cuando desempeñaba las funciones de Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores, y, por ende, su situación prestacional quedaba gobernada por las normas contenidas en el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Derecho Reglamentario 1848 de 1969. Consecuencialmente, la sentencia apelada será revocada y en su lugar se negarán las peticiones de la demanda.

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

Falla:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de septiembre de 1974, objeto de apelación y en su lugar, NIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala el día 13 de diciembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. — Posibilidad legal de corregir, de enmendar errores en inscripción de matrículas.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. — Facultad de ésta para conocer de las apelaciones de las providencias dictadas por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá.

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

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 7 de octubre de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente número 2650. Actor: Guillermo Echeverry Botero.

Se decide el juicio propuesto por la sociedad en liquidación denominada "Edificio Libertador Limitada", mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, para que se declare la nulidad de las Resoluciones números 051 y 1312 de 1977, expedidas, respectivamente, por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá y el Superintendente de Notariado y Registro para que, como restablecimiento del derecho, se ordene mantener la situación preexistente.

Los hechos. La sociedad demandante fundamenta la acción en los siguientes hechos:

"1º La Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá, a petición de la sociedad 'Edificio Libertador Limitada', en escrito del 19 de julio de 1976, procedió a invalidar la inscripción de la diligencia de remate verificada el día 24 de noviembre de 1969 por parte del Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, inscripción anotada bajo el número 006 del folio de la matrícula inmobiliaria número 050-0180472, el día 14 de agosto de 1970, hecho que se cumplió a partir del día 25 de agosto de 1976.

"2º El señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, desde el día 25 de agosto de 1976, es decir, desde la fecha en que se produjo la invalidez de la anotación 006 del folio de la matrícula inmobi-

liaria 050-0180472 expidió numerosos certificados con destino a los interesados en los cuales consta que la anotación 006 'No vale', como puede establecerse con los certificados que se adjuntan, el primero expedido en el año de 1976, después del 25 de agosto y el segundo, el día 17 de enero de 1977.

"3º Como queda claramente establecido con los certificados expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá a que se refiere el punto anterior, la situación jurídica creada con el acto de la invalidez hecha en la anotación 006 del folio de la matrícula inmobiliaria 050-0180472 surtió todos sus efectos a partir del día 25 de agosto de 1976, hasta el día 2 de febrero de 1977 en que se expidió la Resolución 051, acusada. Es decir, que transcurrieron 5 meses y 6 días, en que la anotación 006 se mantuvo invalidada.

"4º Con base en una visita practicada por la Oficina de Vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro entre los días 20 y 22 de enero de 1977 y en el informe respectivo, el señor Registrador expidió la Resolución 0051 de febrero 2 de 1977, según la cual reza: 'Corríjase el error involuntario en que se ha incidido (sic) en el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0180472, en el sentido de que la corrección hecha en dicho folio de anotación número 006 y firmada por el señor Registrador Delegado debe tenerse como no escrita, procediendo el señor Registrador Delegado en el acolumna (sic) siguiente, a corregir dicho error sobre la base de la presente resolución parágrafo. 'En consecuencia téngase como válida la inscripción número 006 de fecha 24 de noviembre de 1969 que se refiere a la adjudicación de un remate de María Elisa Ramírez de Sánchez a Jorge Ortiz Torres'.

"5º La Resolución 051 de febrero 2 de 1977 sólo pasó a la Secretaría General, para efecto de ser notificada el día 7 de febrero y como consta en el respaldo de la fotocopia autenticada que de ella se acompaña a esta demanda, se notificó personalmente el día 8 de febrero tanto el representante legal de la sociedad propietaria del inmueble como el señor José Ortiz Torres adjudicatario del remate.

"6º La Resolución 051 fue oportunamente apelada en el momento de la notificación y el recurso se surtió ante la Superintendencia de Notariado y Registro y se desató mediante la Resolución número 1312 de abril 1º de 1977, confirmatoria de la primera, la cual también se acompaña a esta demanda.

"7º El Registrador de Instrumentos Públicos, no obstante estar recurrida la resolución ordenó la expedición del certificado cuya fotocopia se adjunta, en la cual se le da plena eficacia y cumplimiento a la resolución sin hallarse ejecutoriada".

Las disposiciones invocadas como violadas y los conceptos de violación

La parte demandante afirma que los actos impugnados son violatorios, en síntesis, de las siguientes disposiciones:

Artículos 13, 16, 22, 23 y 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959 y 35, 39 a 42 del Decreto 1250 de 1970 porque la administración, cuando "invalidó la inscripción número 006 sobre inscripción del remate, el 25 de

agosto de 1976, agotó la capacidad jurídica que le confiere la ley", lo que implica que no puede dar validez a un acto que ella misma invalidó "y que se consolidó con el vencimiento de los términos que prevé la ley, sin que se presentara reclamo oportuno alguno". Agrega que la revocación directa no se puede ejercer sino una sola vez y que las facultades que los artículos 35, 39 a 42 del Decreto-Ley 1250 de 1970 otorgan al Registrador de Instrumentos Públicos tiene por objeto "corregir errores en los folios y **cancelar** inscripciones", pero no hacer que "**pueda dar validez a un acto declarado inválido**" (la sociedad demandante subraya).

Además la parte demandante estima que la Resolución 1312 del año en curso es violatoria de los artículos 13 y 16 del Decreto-Ley 2733 de 1959, de los Decretos 1050 de 1968, 960 y 1250 de 1970, del artículo 1º del Decreto 1347 del mismo año y del Decreto 577 de 1974 porque, como la Superintendencia de Notariado y Registro no es un departamento administrativo, ni está asimilado a un Ministerio, del recurso de apelación debió conocer el Ministro de Justicia.

La parte demandante también pidió en la demanda que se disponga la suspensión provisional de los actos impugnados con base en los mismos fundamentos de la acción, pero esta medida cautelar fue denegada por auto del 8 de julio pasado.

Los alegatos de conclusión

La parte demandante y el señor Fiscal 1º alegaron de conclusión, en síntesis, a saber:

La parte demandante reitera los argumentos con los cuales fundamentó la acción e insiste en que deben prosperar las peticiones de la demanda.

El señor Fiscal 1º, por el contrario, tras analizar los fundamentos de la acción y exponer sintéticamente los problemas jurídicos de carácter civil que le antecedieron, estima que deben denegarse las peticiones de la demanda, porque la ley, específicamente el artículo 35 del Decreto-Ley 1250 de 1970, permite a los Registradores de Instrumentos Públicos corregir los errores en que pueden incurrir, como sucedió en el caso **sub judice** mediante los actos cuestionados.

Las consideraciones de la Sala

Surtida legalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

1ª Los actos impugnados.

El Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá y el Superintendente de Notariado y Registro, por medio de los actos acusados, ordenaron corregir un error en la matrícula 050-0180472, en el sentido de tener "como válida la inscripción número 006 de fecha 24 de noviembre de 1969 que se refiere a la adjudicación de un remate de María Elisa Ramírez de Sánchez a Jorge Ortiz Torres"; que había sido invalidada con la nota de "no vale".

2ª El cargo por violación de los artículos 13 y 16 del Decreto-Ley 2733 de 1959 y de los Decretos 1050 de 1968, 1250 y 1347 de 1970 y 557 de 1974.

Este cargo consiste, como se expuso, en que la Resolución 1312 del año en curso, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro, violó las mencionadas disposiciones porque resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 051 de este año, dictada por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, no obstante que el superior jerárquico de éste es el Ministro de Justicia, quien por esta causa debió conocer de él.

Fuera de que la sociedad demandante sólo invocó específicamente los artículos 13 y 16 del Decreto-Ley 2733 de 1959, el artículo 2º del Decreto-Ley 577 de 1974, expedido con base en la Ley 2ª de 1973, prescribe que "las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad a la cual le corresponde, según los Decretos 1260 y 1347 de 1970, la vigilancia y el control de las mismas y el ordenamiento racional de los servicios que prestan". Por consiguiente, si la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá es dependencia de la Superintendencia de Notariado y Registro, de conformidad con los artículos 13 y 16 del Decreto-Ley 2733 de 1959, que se han invocado como violados, los actos del Registrador están sujetos al control jerárquico del Superintendente de Notariado y Registro, quien resolvió, mediante la Resolución 1312, el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 051 proferida por aquél. Lo propio sucede con otras dependencias administrativas pertenecientes a Superintendencias, en las cuales los superintendentes son los superiores jerárquicos del correspondiente organismo.

3ª El cargo por violación de los artículos 22, 23 y 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959, 35, 39 a 42 del Decreto-Ley 1250 de 1970.

Este cargo consiste, como se indicó, en que los actos impugnados violaron manifiestamente las normas indicadas porque, mediante ellos, se revocó directamente la corrección que la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá hizo a la matrícula número 050-0180472 y se dispuso que en consecuencia es "válida la inscripción número 006 de fecha 24 de noviembre de 1969 que se refiere a la adjudicación de un remate de María Elisa Ramírez de Sánchez a Jorge Ortiz Torres", pese a que la facultad de corregir oficiosamente los errores en el registro se agotó al ser ejercida por primera vez.

La Sala procede a verificar los antecedentes del caso, con base en la motivación de la Resolución número 1312 del 1º de abril de 1977, en defecto de otras pruebas. De esa exposición se deduce, en síntesis, lo siguiente:

1. La señora María Elisa Ramírez de Sánchez compró a la señora Rosaura Sierra de González, por Escritura pública número 3160 del 10 de septiembre de 1941, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el inmueble ubicado en la calle 28 Nº 15-16-32 de la misma ciudad. A este inmueble se le asignó, desde el 2 de noviembre de 1973, el folio de matrícula número 050-0180472.

2. El señor José Di Ruggiero promovió acción ejecutiva contra la señora Ramírez de Sánchez en el Juzgado 8º Civil Municipal de Bogotá, el que decretó el embargo de ese bien, comunicado a la Oficina de Registro mediante Oficio número 408 del 2 de mayo de 1962, e inscrito el 27 de septiembre del mismo año en el Libro de Embargos, "bajo partida número 107 del tomo primero" (fl. 8).

3. El 27 de octubre de 1965 se registró el Oficio número 393 del Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá, por el cual se comunicó a la Oficina de Registro la demanda presentada por el doctor Jesús Ramírez Suárez contra la señora María Elisa V. de Sánchez, para que se lo reconozca comó cesionario de los bienes gananciales de su difunto esposo, señor Arturo Sánchez Benavides, entre ellos el inmueble indicado, transferidos por ésta al doctor Alberto Ramírez Suárez mediante Escritura pública número 258 otorgada el 27 de enero de 1962 en la Notaría 2ª de Bogotá.

4. El 25 de mayo de 1966 se registró la partición y la sentencia aprobatoria de la misma en el juicio sucesoral del señor Arturo Sánchez Benavides, en el cual se adjudicó el mencionado inmueble a la señora María Elisa Ramírez viuda de Sánchez, como también la sentencia proferida por el Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá mediante la cual se reconoció al doctor Jesús Ramírez Suárez como cesionario de los derechos gananciales indicados "y se lo reconoció como titular del derecho de dominio y posesión del aludido inmueble" (fl. 9).

5. El doctor Jesús Ramírez Suárez, con base en esas dos sentencias, pidió el levantamiento del embargo, pero el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá denegó esta petición el 15 de noviembre de 1967, porque estimó que se decretó con anterioridad y que, por esta causa, "el peticionario adquirió entonces derechos sometidos a embargo" (fl. 9).

6. El juicio ejecutivo promovido por el señor Di Ruggiero terminó con el remate del inmueble realizado en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, el 24 de noviembre de 1969 y aprobado el 10 de diciembre siguiente, habiéndoselo adjudicado a Jorge Ernesto Ortiz Torres. Este remate se registró el 14 de agosto de 1970, previo concepto favorable del Superintendente de Notariado y Registro expuesto en Oficio número 2171 del 13 de agosto de 1970.

7. El doctor Jesús Ramírez Suárez, por Escritura número 3337 del 29 de agosto de 1975, otorgada en la Notaría 14 de Bogotá, hipotecó el inmueble a Emilio Vargas Castro para garantizar un crédito. Esta hipoteca se registró el 9 de octubre de 1975, previo concepto favorable de la División de Vigilancia de Registro de la Superintendencia de Notariado y Registro en Oficio 1004 del 6 de los mismos mes y año, sobre la base de considerar que el doctor Ramírez es el propietario del inmueble.

8. El doctor Jesús Ramírez Suárez, con base en lo anterior, le pidió al Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá suspender la entrega del inmueble al señor Jorge Ernesto Ortiz Torres, lo cual fue denegado por el Juzgado, confirmado por auto del Tribunal Superior de Bogotá proferido el 15 de junio de 1976.

9. El doctor Jesús Ramírez Suárez, mediante Escritura 4524 del 3 de noviembre de 1975, otorgada en la Notaría 14 de Bogotá y registrada el 26 del mismo mes, vendió el inmueble a la sociedad denominada Edificio Libertador Limitada.

10. La mencionada sociedad, por medio de memorial que presentó en julio de 1976, pidió que "se ordenara mediante resolución la cancelación del registro del remate en el respectivo folio de matrícula (anotación 006)", con base en el concepto expuesto en el Oficio número 1004 y en el número 1355 del 11 de diciembre de 1975 del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá. La corrección se efectuó con nota de "no vale".

11. Jorge Ernesto Ortiz Torres, el 19 de enero de 1977 pidió investigar lo sucedido. La investigación se ordenó y del resultado se corrió traslado al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá por Oficio número 1134 del 1º de febrero de 1977, para que hiciera descargos, quien respondió por Oficio número 052 del 10 del mismo mes, "en el cual manifiesta que la aludida anulación de la anotación 006 obedeció a un simple error, que fue enmendado por la Resolución número 051 del 2 de febrero de 1977" (fl. 13).

Del resumen de los hechos que constituyen los antecedentes inmediatos, se deduce que el problema consiste en verificar si el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá podía mediante la Resolución número 051, confirmada por la número 1312 del señor Superintendente de Notariado y Registro, corregir el error que se creyó haber cometido al intercalar en la matrícula correspondiente al referido inmueble la nota según la cual "no vale" el registro del remate.

La Sala estima, en primer término, que esa nota constituye un hecho voluntario de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, que tuvo por objeto corregir un error en que creyó haber incurrido al inscribir en la matrícula correspondiente al inmueble el remate del mismo efectuado en el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá el 29 de noviembre de 1969 y aprobado el 10 de diciembre siguiente.

Además, el artículo 35 del Decreto-Ley 1250 de 1970, invocado como violado, prescribe:

> "Los errores en que se haya incurrido al realizar una inscripción, se corregirán subrayando y encerrando entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deban suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deban agregarse y salvando al final lo corregido, reproduciéndolo entre comillas e indicando si vale o no vale lo suprimido o agregado. Podrá hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo y así se indicará en la salvedad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el Registrador o su delegado. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales".

Esta norma no limita, como sostiene el actor, la posibilidad de corregir los errores que se pudieron cometer al efectuar una inscripción, sino que, por el contrario, permite enmendarlos en cualquier tiempo.

Por consiguiente, si la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá consideró que se equivocó al insertar en la matrícula la nota tendiente a invalidar el registro del remate, bien pudo enmendar el yerro mediante los actos acusados, que incuestionablemente tienen por objeto cumplir la orden judicial de registrar el auto aprobatorio del remate. Esto demuestra que los artículos 22, 23 y 24 del Decreto-Ley 2733 de 1959 no son pertinentes para el caso, porque está regulado por disposición especial posterior.

Lo expuesto sin perjuicio, como observa acertadamente el señor Fiscal 1º, de la controversia que podría existir sobre el mejor derecho al inmueble, que no incumbe definir a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, ni a la Superintendencia de Notariado y Registro, ni a esta jurisdicción, sino, si fuere pertinente, a la jurisdicción ordinaria. De ahí que el artículo 40 del Decreto-Ley 1250 de 1970 disponga que "el Registrador procederá a cancelar un registro o inscripción cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto o la orden judicial en tal sentido".

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, deniega las peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese mediante copia, auténtica y archívese, previa ejecutoria. Revalídese el papel común.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

CAPITULO QUINTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

SUSPENSION PROVISIONAL. — De la "Instrucción" de la Orden Administrativa número 00011 de 5 de febrero de 1975. En cuanto no es aplicable a los casos señalados por el inciso 2º del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre veintiuno de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández**)

Referencia: Expediente Nº 4697. Actor: Cayetano Betancur. Nulidad y suspensión provisional de la instrucción Nº 1 de la Orden Administrativa. Nº 00011 de febrero 5/75 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. — Auto Interlocutorio.

Por involuntario error del despacho a mi cargo, tardíamente ha llegado a la mesa del sustanciador la presente demanda, cuya admisión se entra a considerar.

La demanda reúne los requisitos que establece el C. C. A., por lo cual deberá admitirse.

Suspensión provisional

El actor solicita la suspensión provisional de la instrucción 1ª contenida en la Orden Administrativa número 0011, emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales, cuyo texto reza:

"Para su conocimiento y para que se divulgue convenientemente, me permito impartirles las siguientes instrucciones para efectos de la aplicación de los artículos 30 y 45 del Decreto 2821 de 1974;

> "1ª Cuando quiera que el contribuyente proceda a reajustar la liquidación privada o la administración proceda a corregirla, se causarán intereses de mora, en relación con el mayor valor correspondiente al reajuste de las cuotas ya vencidas".

Estima el demandante que la transcrita instrucción se opone a lo previsto en el artículo 30, inciso 2º, del Decreto 2821 de 1974, que reza:

> "Artículo 30. .....

"Los intereses corrientes se causan 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 de revisión, a la tasa que, a tiempo del pago, estuviere autorizada por la Junta Monetaria. En la misma forma se liquidarán intereses corrientes 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 espontánea que haga el contribuyente de su declaración".

El actor razona así:

"El inciso segundo del artículo 30 dice en su primera parte, que los intereses corrientes se calcularán sobre la diferencia entre la liquidación privada y la de revisión. Por consiguiente, el inciso está diciendo que la base para liquidar los intereses no es el total de la liquidación privada más la diferencia con la de revisión sino solamente sobre la diferencia de la liquidación privada con la de revisión.

"Esta misma diferencia es la que se tiene en cuenta cuando se liquidan los intereses sobre mayor valor impuesto que resulta del aumento de las bases gravables o de la disminución de los créditos que se produzcan como consecuencia de la modificación espontánea que haga el contribuyente de su declaración, como lo dice la segunda parte del inciso segundo.

"Quedan excluidas por consiguiente las cuotas ya vencidas tanto la primera como la segunda parte y sólo se tienen en cuenta las cuotas por vencerse a partir de la fecha en que vence el plazo para modificar la declaración.

"Esto es lo lógico y lo justo a la vez. Si se entendiera como lo dice la Orden Administrativa Nº 11 que hay intereses corrientes sobre las cuotas ya vencidas, no se vé cómo o en qué circunstancia se aplicaría el inciso segundo del artículo 30 del Decreto-Ley Nº 2821 de 1974.

"Por otra parte resulta además sancionado con mayor pena el que modificó espontáneamente su declaración que aquél que esperó a que la Administración la revisara.

"La Dirección de Impuestos Nacionales en la Orden Administrativa Nº 11 ya citada, parece basarse en el inciso final del artículo 30 del Decreto Ley Nº 2821 de 1974, cuando dice:

" 'El valor de las cuotas vencidas correspondientes a la liquidación privada causa intereses de mora'.

"Este inciso general del decreto se refiere a aquellos casos en que las cuotas definitivamente fijadas por la liquidación privada no se han pagado sin mediar modificación espontánea de sus bases. En tal caso es legal que se cobren intereses de mora.

"También lo es en el caso del artículo 10 del mismo Decreto-Ley Nº 2821 de 1974 que dice así:

" 'Si con motivo de las correcciones previstas en el artículo anterior, el gravamen fuere superior al de la liquidación privada el contribuyente deberá cancelar la diferencia, junto con los intereses por mora a que haya lugar'.

"Pero como salta claramente a la vista, no es este el caso contemplado por la Instrucción 1ª ya que aquí se limita a sancionar con mora cuando la liquidación privada resulta menor que la que corresponde en virtud de algún error aritmético, por ejemplo; una suma mal hecha, un descuento verificado en porcentaje superior al permitido, etc., en los cuales casos están justificados los intereses moratorios.

"Pero allí se trata de las cuotas de la liquidación privada que están bien liquidadas conforme a la declaración de renta y eran las que legalmente debían pagarse; el aumento que se produce con la adición repercute en las cuotas posteriores, las cuales deberán reajustarse, pero no en las ya vencidas y pagadas.

"Como se deja dicho, la Instrucción 1ª de la Orden Administrativa Nº 11 de 1975 viola claramente el artículo 30, inciso segundo por falta de aplicación y el inciso final del mismo artículo por interpretación errónea. Viola asimismo por interpretación errónea el artículo 10 del Decreto Ley 2821 de 1974".

Ciertamente, le asiste razón al demandante en cuanto la sanción por mora se pretende aplicar a las hipótesis previstas en el inciso 2º del artículo 30 referente a la modificación de la liquidación privada hecha, en la liquidación de revisión o a la modificación espontánea que haga el contribuyente dentro del término de seis (6) meses previsto en el artículo 7º del mismo decreto de la declaración de renta y la nueva liquidación privada, toda vez que en tales circunstancias los intereses que se causan son los corrientes.

Distinta es la situación que se contempla en los casos previstos en los incisos 4º y 5º de la misma disposición, así como en el artículo 10, en armonía con el 9º del mismo decreto, en los cuales sí se causan intereses de mora.

En tales condiciones y como la instrucción acusada se refiere a la aplicación del artículo 30 y 45 del Decreto, sin ninguna clase de distingos, procede la suspensión provisional de la misma, en cuanto se pretenda su aplicación a las hipótesis previstas en el inciso 2º del Decreto 2821 de 1974.

Por lo expuesto se resuelve:

1º) Acéptase la anterior demanda y para su trámite se dispone:

a) Comuníquese la admisión de la demanda al Ministerio de Hacienda, mediante envío de copia auténtica de la presente providencia;

b) Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

c) Cumplido lo anterior, fíjese en lista por el término y para los efectos que señala el ordinal 3º del artículo 126 del C. C. A.

2º) Decrétase la suspensión provisional de la "Instrucción 1ª" de la Orden Administrativa número 00011 de 5 de febrero de 1975, en cuanto no es aplicable a los casos señalados por el inciso 2º del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Dávila Hernández

Jorge A. Torrado, Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

CORPORACIONES Y FUNDACIONES. — Antecedentes normativos. Derecho Comparado. Derecho Colombiano. La voluntad creadora. Los bienes. El fin.

ACCION CULTURAL POPULAR. — ACPO. — Su fundación y constitución, su objeto, su finalidad, voluntad de los fundadores.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre seis (6) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Sesión del día 30 de septiembre de 1977.

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

Referencia: 2425. Actor: Acción Cultural Popular. ACPO.

La persona jurídica, denominada "ACCION CULTURAL POPULAR —ACPO—", en ejercicio de la acción contencioso administrativa, ha formulado las siguientes peticiones:

"PRIMERA. Que es nula y carente de efecto alguno, la Resolución número 775, 'por la cual se decide una impugnación', proferida con fecha 19 de diciembre de 1975 por el señor Gobernador del Departamento de Boyacá y con la firma de su Secretario de Gobierno, por ser violatorio de normas legales de mayor jerarquía. La declaratoria de nulidad impetrada abarcará todo el acto administrativo acusado.

PRIMERA SUBSIDIARIA. En subsidio de la anterior, el Honorable Consejo de Estado se servirá declarar que es ineficaz, y por lo tanto inoponible a 'Acción Cultural Popular (ACPO)', por no haber sido notificada en legal forma, la Resolución Nº 775 del 19 de diciembre de 1975 proferida por el Gobernador del Departamento de Boyacá con la firma de su Secretario de Gobierno.

SEGUNDA. A manera de restablecimiento del derecho civil quebrantado por la dicha Resolución, el Honorable Consejo de Estado declarará que es plenamente válida y que, como tal, surtirá plenos efectos legales, la Resolución número 692 de fecha 24 de octubre de 1975, proferida por la Gobernación del Departamento de Boyacá".

1. — Antecedentes

PRIMERO. Por medio de la Resolución Nº 692 de 1975 de octubre 24 (fl. 75), el Gobernador de Boyacá dispuso tener los nuevos estatutos presentados a ese Despacho como los únicos que rigen a la entidad denominada Acción Cultural Popular ACPO, con domicilio en el Municipio de Sutatenza (Boyacá), y al mismo tiempo, "declarar sin valor alguno los que regían anteriormente. Inscríbanse en los libros que para tal efecto se llevan en esta oficina y en el expediente respectivo los nombres de las siguientes personas como miembros fundadores..."

SEGUNDO. Esta providencia fue impugnada el 5 de noviembre de 1975 por el P. Vicente Andrade Valderrama; y en virtud de la Resolución que es objeto de la pretensión de nulidad, la Gobernación aceptó la impugnación y dispuso dejar sin efecto la Resolución 692.

TERCERO. La Gobernación de Boyacá consideró que la reforma estatutaria que consta en la Escritura Pública Nº 256, otorgada el 7 de octubre de 1975 ante la Notaría 2ª del Círculo de Guateque (fl. 35 y 55), había sido adoptada por algunos de los fundadores de la Institución, mas no por la Asamblea General, como se preveía en el artículo 12 literal c), en concordancia con los artículos 9º y 6º de los estatutos aprobados en 1963.

CUARTO. Todos estos actos fueron proferidos por el Gobernador en ejercicio de una potestad delegada por el Gobierno Nacional.

2. — Síntesis de los cargos formulados en la demanda

PRIMERO. Violación del Parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, porque la informalidad de la notificación "conlleva irregularidad formal de dicha Resolución (C. C. A. Art. 66), o cuando menos la total ineficacia legal de la decisión allí contenida".

SEGUNDO. La Resolución del Gobernador adolece de falsa motivación derivada de errores de hecho y de derecho en relación con las circunstancias que le sirven de fundamento, a saber: 1) Tiene por fundadores de ACPO a quienes nunca han tenido ese carácter; 2) Considera que la entidad "participa de las disposiciones de las autoridades eclesiásticas para poder empezar o iniciarse y trabajar progresivamente"; 3) Por último, califica la reunión de fundadores, realizada el 6 de octubre de 1975, como asamblea general, cuando solo fue una reunión de fundadores, para concluir que la reforma de los estatutos se hizo sin cumplir las exigencias estatutarias.

TERCERO. a) Interpretación errónea del artículo 44, inciso primero de la Constitución Nacional porque le dio a Acción Cultural Popular el tratamiento de Corporación o Asociación, no obstante tratarse de una fundación, con lo cual también se violó el inciso 2º del artículo 633 del C. C.

b) Violación directa del artículo 44 de la Constitución Nacional y del artículo 3º inciso 1º del Decreto 1326 de 1922 en cuanto la Gobernación, con ocasión de aprobar una reforma estatutaria, se arrogó competencia para descalificar la validez de unos actos sometidos al principio de la autonomía de la voluntad, competencia de la cual ca-

recía, pues la función pública, en tratándose de entidades como A. C. P. O., debe limitarse a verificar si los estatutos no son contrarios a la moral y al orden legal.

CUARTO. Violación del artículo 12 de la Constitución Nacional porque el acto acusado dejó de aplicar ese precepto y fundamentó la decisión administrativa en la aplicación de normas del Derecho Canónico.

QUINTO. Violación del artículo 64 del C. C., en concordancia con el artículo 45 de la Ley 57 de 1887 y en armonía con los artículos 8º y 14 de la Ley 153 de 1887. El demandante sustenta este cargo en los siguientes términos:

"La tesis del acto acusado sería inobjetable si 'ACCION CULTURAL POPULAR (ACPO)' tuviese la calidad jurídica de 'Corporación'. Pero resulta que —como se ha visto— ella no es tal, sino una FUNDACION. De manera que al considerar la reforma estatutaria de ACPO bajo la óptica con que lo hizo la Gobernación de Boyacá en la Resolución 775 de diciembre 19 de 1975, que es la que el artículo 641 del C. C. impone a las Corporaciones, aplicó a una FUNDACION un principio que es exclusivo para las CORPORACIONES. Es decir, la Resolución acusada violó directamente, por aplicación indebida, el mencionado artículo 641 del Código Civil. Y al proceder así, violó también, porque no lo tuvo en cuenta, el artículo 45 de la Ley 57 de 1887 en cuanto este precepto derogó expresamente el artículo 651 del Código Civil que otrora (sic) hacía aplicables a las fundaciones, entre otros preceptos, el contenido en el citado artículo 641 del Código Civil. Y violó así mismo, el colon final del artículo 14 de la Ley 153 de 1887, pues al proceder en la forma en que lo hizo, desconoció el principio según el cual una norma legal que ha sido derogada solo recobrará su fuerza en cuanto aparezca reproducida en una nueva ley, ya que al estudiar la reforma estatutaria de ACPO con la óptica que se desprende del artículo 641 del Código Civil, 'resucitó' el derogado artículo 651 de la misma obra que, como se vio, antes de ser expedida la Ley 57 de 1887 hacía aplicables a las fundaciones el precepto del artículo 641, reviviscencia que tuvo a bien hacer el señor Gobernador de Boyacá contra el elemental principio enseñado por la parte final del artículo 14 de la Ley 153 de 1887.

Y como si lo anterior no fuere suficiente, el 'Lázaro jurídico' del señor Gobernador de Boyacá que la Resolución acusada contiene, violó consecuencialmente el artículo 8º de la misma Ley 153 de 1887 porque aplicó por analogía a 'ACCION CULTURAL POPULAR (ACPO)', que es una fundación, el artículo 641 del Código Civil que es específico para las corporaciones, no pudiendo hacer tal aplicación analógica por dos razones tan elementales como fundamentales: a) En primer lugar, porque el artículo 641 no regula un caso o materia semejante, sino disímil, como quedó demostrado atrás en la fundamentación del tercer cargo; y b) Porque, por querer expreso del propio legislador de 1887, las normas de los artículos 637 hasta 649 del Código Civil, no pueden aplicarse a las fundaciones ya que la norma que permitía su aplicación analógica —el artículo 651 del Código Civil— fue expresa-

mente derogado por el artículo 45 de la Ley 57 de dicho año. Por todo ello, la Resolución acusada debe ser declarada nula y el derecho civil de ACPO, que ella desconoció, establecido como lo pido en el **petitum** de este libelo".

SEXTO. Violación del artículo 650 del Código Civil, en armonía con el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional. El demandante hace la distinción entre una Fundación y una Corporación para sostener que en las primeras, a diferencia de lo que ocurre en las segundas, los estatutos no pueden invocarse en contra de la voluntad del fundador porque éste puede aclarar o enmendar, en cualquier momento, los términos de la voluntad primeramente expresada. Por último dice:

"Como se advierte de las observaciones que anteceden, es la voluntad del fundador la que debe observarse en la reforma de los estatutos y no hay razón legal que impida que el fundador, por sí y ante sí, resuelva modificar los estatutos aunque hubiere determinado reglas específicas a tal fin".

SEPTIMO. Violación del artículo 636 inciso 2º del Código Civil y del artículo 3º del Decreto 1326 de 1922 porque aplicó indebidamente a una fundación tales preceptos, que se refieren exclusivamente a las Corporaciones.

3. — El concepto Fiscal

El señor Fiscal Primero manifiesta su opinión sobre cada uno de los cargos formulados en la demanda, así:

PRIMERO. Sostiene que no debe prosperar el cargo porque las deficiencias en la notificación no afectan la validez del acto, sino su eficacia; cita al efecto reiterada jurisprudencia del Consejo.

SEGUNDO. Afirma que "aunque en este cargo se habla de una 'falsa motivación', del contexto de su fundamentación no resulta clara su existencia".

TERCERO. Afirma que la confusa estructura jurídica de ACPO no "proviene propiamente del acto acusado, sino de los mismos fundadores como puede verse del acta misma de fundación, allí se comienza hablando de Corporación y más adelante se habla de un proyecto de estatutos de la Corporación. Agrega que los estatutos califican a ACPO como Corporación y que la Resolución de Minjusticia por lo cual se reconoció la personería jurídica se la califica como 'asociación' y 'entidad' lo cual hace pensar que desde el primer momento ya se presentaron dudas acerca de su náturaleza específica". En la Escritura Pública Nº 104 de 1954 ya comienza a hablarse de fundación, pero se conserva en todo su articulado la denominación de Corporación. Todo lo anterior indica, en concepto del Señor Fiscal, que "cualquier confusión en que se hubiere podido incurrir en el acto que se impugna se debe, más que todo, a la imprecisión de los términos empleados en los mismos estatutos", por lo cual propone que no se acoja el cargo.

TERCERO. Reitera lo expresado en el punto anterior para solicitar que no se le dé prosperidad al cargo.

CUARTO. Expresa que si ha de atenerse a la voluntad de los fundadores, expresada en los distintos actos sometidos a la aprobación del Gobierno como se pide en la demanda, no debería prosperar el cargo.

QUINTO. Dice que:

"En parte alguna se impide la formación de una compañía por ser contraria a la moral o al orden legal, sino que simplemente se revoca un acto anterior por no haberse ajustado a los Estatutos".

SEXTO. Afirma que, como en el acto acusado se dice, precisamente, que se ha debido tener en cuenta la voluntad de los fundadores consignada en los estatutos, no debe prosperar el cargo.

SEPTIMO. Considera que la simple referencia al documento suscrito por los fundadores en donde se alude al Derecho Canónico, no significa que esa sea la razón determinante de lo resuelto en el acto acusado, pues en éste se mencionan otros muchos documentos de los cuales se extrae una mayor fuerza de convicción.

OCTAVO. Sobre la naturaleza misma de ACPO, dice:

"Una lectura atenta de los diferentes documentos que obran en el expediente llevan a la convicción de que no se puede hablar con tanta seguridad, que se trata de una 'fundación' y no de una 'Corporación', como se hace en la demanda, por lo cual tampoco debe prosperar lo relacionado con este punto".

NOVENO. En este punto reitera lo anterior, en los siguientes términos:

"Respecto de la calidad de esta asociación, ya se ha dicho repetidamente que tanto el Acta de Fundación como los Estatutos iniciales, concretamente expresan que se trata de una 'Corporación' y sólo con posterioridad, pero con suma discreción, se emplea la palabra 'fundación' sin expresar abiertamente que se hace una reforma en tal sentido, lo cual, además, habría sido necesario complementarlo con una destinación específica de bienes.

En el mejor de sus casos, la categoría a que corresponda la ACPO es discutible y, por lo mismo, no puede fundamentarse su ataque en una calificación tan incierta.

No debe prosperar, por consiguiente, la anterior impugnación".

DECIMO. Dice que:

"Ni la Resolución acusada se fundamenta esencialmente en que la ACPO sea una corporación, ni tampoco que se le niegue la calidad de fundación, sino que al contrario, se afirma que no se respetó la voluntad de sus fundadores.

Tampoco prospera este último cargo".

Finaliza la vista fiscal, en los siguientes términos:

"Para terminar conviene agregar que dentro de las pretensiones de la demanda se encuentra la de que 'a manera de restablecimiento del derecho... se declare 'que es plenamente válida y que, como tal, surtirá plenos efectos legales la Resolución número 692 de fecha 24 de octubre de 1975, proferida por la Gobernación del Departamento de Boyacá' (fl. 7), Resolución esta que no se aportó al proceso, por lo cual, aún en el improbable caso de que pudieran aceptarse los cargos de la demanda, no podría aceptarse dicha pretensión.

Por todo lo expuesto y sin que sean necesarias otras consideraciones, en concepto de esta Fiscalía no debe accederse a lo demandado".

Consideraciones de la Sala

El punto cardinal del proceso reside en la naturaleza de la persona jurídica que responde al nombre de Acción Cultural Popular "ACPO", pues una vez dilucidada esta cuestión, será posible, deducir conclusiones sobre la legalidad de los estatutos, cuya aprobación fue revocada por el acto acusado y, por ende, sobre la legalidad o ilegalidad de este último.

CORPORACIONES Y FUNDACIONES

I — Antecedentes normativos

La normatividad sustantiva sobre estas dos formas de la personalidad jurídica, contenida en nuestro Código Civil, no es lo suficientemente completa y acabada. Ello se explica, en primer lugar, por el vacío absoluto que ofrecía sobre esta misma materia el Código Napoleónico y que tuvo como causa fundamental el extremo individualismo prevaleciente, a raíz de la revolución.

Don Andrés Bello se propuso colmar ese vacío y consignó, al efecto, las disposiciones que conforman el Título XXXIII del Libro Primero del Código Chileno, las cuales corresponden al Capítulo XXXVI del mismo libro de nuestro Código Civil, salvo las modificaciones que se le introdujeron por medio de la Ley 57 de 1887 (artículos 25, 26, 27 y 45), las que se derivan del artículo 44 de la Constitución Nacional y de otras disposiciones especiales como la contenida en el Decreto Ley 054 de 1974 que, a su vez, reiteró lo preceptuado antes, por la Ley 93 de 1938.

II — Derecho comparado

A. — **El Derecho Francés**

El silencio del Código Napoleónico no podía impedir como no lo impidió en efecto, que el espíritu de asociación y la voluntad individual de las personas, enderezados a la realización de fines altruistas terminaran por imponerse con una fuerza superior a la displicencia legislativa; fue así como la jurisprudencia, y más tarde, el propio legislador tuvieron que ocuparse de unos hechos sociales que requerían estructuración jurídica. De ello surgió un cuerpo de doctrina sobre las asociaciones y las fundaciones, en cuya elaboración ha cumplido fun-

ción muy importante el Consejo de Estado Francés, como lo reconoce paladinamente, Josserand (Derecho Civil T. III Vol. 3º pág. 434 Edic. E.J.E.A. B. A. 1951).

De esta manera se llegó a precisar, en Francia la naturaleza de estas instituciones. Sobre las fundaciones se expresan Planiol y Josserand en los términos que se transcriben a continuación:

Dice el primero:

"905. Definición. Se denomina 'Fundación' la afectación perpetua de bienes o de valores a la prestación de un servicio determinado por el disponente".

"Generalmente, la finalidad de las fundaciones tiene un carácter de utilidad pública sirven para crear Hospicios, Asilos, Escuelas, Establecimientos de enseñanza o de estudios de todas clases, etc. o para aumentar la importancia o riqueza de los ya existentes, por medio de la creación de nuevas camas en los hospicios, de nuevas cátedras o de laboratorios, etc. Pero tal condición no es necesaria siempre, y así hallamos fundaciones inspiradas en un sentimiento egoísta, como las de misas por el descanso del alma del testador..."

Tratado Práctico de Derecho Civil Francés (Marcel Planiol Jorge Ripert - Edit. Cultural 1946 Holanda T. 5º pgs. 967 a 968).

Dice el segundo:

"1899. Definición. La palabra fundación admite dos acepciones: tan pronto se la emplea para designar el acto por el cual una persona afecta perpetuamente todos o parte de sus bienes a una obra determinada; como a veces se la utiliza para designar la obra misma que ha sido creada; en este sentido, un hospital, un sanatorio, un premio de virtud, constituyen fundaciones".

"1902. Naturaleza jurídica de la fundación. 1º La fundación goza de personalidad moral por lo menos cuando es autónoma; se ve entonces, espectáculo único, una persona moral que no corresponde a una agrupación de personas humanas, que es engendrada por una voluntad unilateral concretándose en una obra y siendo sancionada por los poderes públicos (véase T. I, Nº 191);

2º La fundación tiene, por definición misma, un carácter de perpetuidad; es una manifestación del deseo tan humano de sobrevivirse a sí mismo, de regir, de organizar el porvenir; en este aspecto se parece a la sustitución perpetua (véase Nº 1863); pero difiere profundamente de dicha institución en que no implica una serie de transmisiones sucesivas; el fundador no establece un régimen de sucesiones, contractual o testamentario; su finalidad última no es el atribuir sus bienes a determinada persona, por ejemplo a una ciudad, a una academia o a una universidad, sino afectarlos a un servicio determinado".

(Derecho Civil Louis Josserand T. III Vol. 3º Ediciones E. J. E. A. 1951 pgs. 427 a 429).

Sobre las asociaciones y las fundaciones, dice Mazzeaud:

"604. Colectividades y fundaciones. Las personas morales, o son agrupaciones de personas (sociedades, sindicatos, congregaciones) porque las personas agrupadas así pueden ser, por sí mismas, personas morales (uniones de sindicatos, como la Confederación General del Trabajo, o Federaciones de asociaciones, etc.), o son obras fundaciones, esto es, **masas de bienes afectadas** a un fin determinado. Sin duda, la fundación persigue un fin que se relaciona con los intereses de una categoría de individuos (el tratamiento de tales enfermos, la ayuda que haya de darse a los pobres, etc.); pero esos enfermos, esos pobres, que se aprovecharán de la institución, no pueden ser considerados como los miembros de la fundación: son los beneficiarios indeterminados en el momento del nacimiento de la obra benéfica. La fundación no es, por tanto, una agrupación de personas, sino una masa de bienes" (Mazzeaud, Derecho Civil Parte 1ª, Ediciones EJEA 1959, pág. 223).

B. — **El Derecho Alemán**

1. La moderna evolución doctrinal en torno a la persona moral tuvo menos escollos en Alemania que en Francia y, quizás por esto en aquella nación logró plasmarse primero una regulación legal sistemática sobre las personas jurídicas, al expedirse el Código Civil de 1900.

En relación con el tema específico de las asociaciones y de las fundaciones, expresa Ennecerus:

"La Asociación es la unión estable de una pluralidad de personas, independiente en su existencia del cambio de miembros, que tiene una constitución corporativa y un nombre colectivo correspondiendo la administración de los asuntos de la asociación a los miembros. La asociación tiene por tanto, miembros y administración propia.

"2. La fundación es la organización para la realización de determinados fines, reconocida como sujeto de derecho, que no consiste en una unión de personas. En la fundación no es menester que haya un determinado círculo de personas a quienes favorezca la fundación (fundaciones para fines científicos generales, hospitales sino determinación de quiénes tienen derecho a ser acogidos). Pero aunque exista este círculo de personas, no les corresponde administrar la fundación. La fundación no tiene miembros, sino sólo destinatarios. La fundación se administra conforme a la voluntad del fundador expresado en el negocio fundacional; está organizada heteronómicamente Nº 97 págs. 429 y 430.

"3. — **Las fundaciones**

110. Mientras la asociación debe considerarse como una reunión de personas dotada de capacidad jurídica, en la fundación falta esa pluralidad de personas que pueda pensarse como soporte de la personalidad jurídica. Pues incluso cuando la fundación, cosa que por lo demás no ocurre con frecuencia es administrada por una pluralidad de personas, esta pluralidad no es la persona jurídica, sino únicamente un administrador de asuntos ajenos (de la fundación). Tampoco es portador de la personalidad jurídica el

patrimonio de la fundación, que es objeto y no sujeto de derecho, sino la organización misma en virtud de la cual se realiza un determinado fin permanente con la mediación de fuerzas humanas. **La fundación es una organización jurídica, dotada de personalidad jurídica, que no consiste en una alianza de personas, para la realización de determinados fines.** En esto se comprueba la teoría de la personificación del fin" (Pág. 505 T. 1º).

"La voluntad del fundador es libremente revocable en tanto no haya tenido la aprobación del Estado".

"La fundación nace con la aprobación siendo desde entonces inadmisible la revocación por el fundador" (pág. 508).

(**Derecho Civil** Ennecerus Kipp y Wolf. Edit. Bosch - Barcelona - 1953 - Traducción de la 3ª Edición Alemana).

En lo fundamental no hay discordancia entre el Derecho Francés y el Derecho Alemán con respecto a las nociones de Corporación y de Fundación, pero es indiscutible una diferencia de matices. Mientras que los franceses ponen el acento en la afectación de bienes, los alemanes sitúan la esencia de la fundación en el aspecto orgánico, o sea el de la coordinación entre el fin señalado por el fundador y los medios para realizarlo.

C. — El Código Civil Chileno

Posiblemente el origen de la distinción que hace el Código Civil Colombiano de las personas jurídicas que no persiguen fines lucrativos procede del Derecho Alemán, advierte Alessandri que el primero en enunciarla fue Heise en 1807 y que luego la propagó Savigny, de quien la debió tomar don Andrés Bello; éste no las definió, pero del texto del articulado se infiere que siguió las orientaciones ya dichas, en orden a su regulación, lo cual le permite a Alessandri, sintetizar sus caracteres, así:

"**La Corporación,** en sentido estricto (que es el que nosotros consideramos), es la unión estable de una pluralidad de personas que persigue fines ideales o no lucrativos.

La Fundación es una organización que no consiste en una alianza de personas para la realización de determinados fines" (Curso de Derecho Civil Edit. Nacimiento 1962 - Tomo I Vol. 2º Pág. 289).

Expresa luego el mismo Alessandri que la fundación se compone de una masa de bienes destinados por la voluntad de una persona (el fundador) a un fin determinado, para lograr el cual se crea el nuevo sujeto de derecho. Agrega que, mientras las Corporaciones tienen como elemento básico una colectividad de individuos, en las fundaciones predomina el elemento patrimonial. En cuanto a "la voluntad que da vida al organismo", dice que "las Corporaciones se gobiernan por sí mismas", en tanto que "las fundaciones se rigen por una norma exterior, la voluntad del fundador. El patrimonio de las corporaciones es formado por sus miembros, mientras que en las fundaciones es proporcionado por el fundador. Las Corporaciones, dice por último cum-

plen un fin propio, las fundaciones, uno ajeno que determina el fundador" (ops. cits.).

III — El Derecho Colombiano

1. La primera distinción que se hace en el Derecho Colombiano en relación con las personas jurídicas de Derecho privado es la consignada en los artículos 44 de la Constitución Nacional 633 y 635 del Código Civil se las clasifica por razón del fin, según que éste se vincule o no, con el lucro económico. Si lo primero, las personas jurídicas se denominan Compañías o Sociedades industriales o de comercio. Si lo segundo, asociaciones o Corporaciones y fundaciones.

2. Dentro de los fines no lucrativos, nuestra ley circunscribe las finalidades de la fundación o la beneficencia pública (artículo 633 del Código Civil) y al ámbito un poco más amplio de la **utilidad común** (artículo 120 Nº 19 Constitución Nacional y artículo 3º Decreto 054 de 1974) y del interés social (artículo 30 de la Constitución Nacional) dentro de los cuales caben, además de la beneficencia, otros objetivos de orden científico, artístico, literario, educativo, deportivo, recreativo, etc.

3. En relación con las corporaciones o asociaciones, las finalidades exentas de ánimo lucrativo, pueden ser un poco más amplias, incluyendo actividades de tipo religioso (artículo 44 de la Constitución Nacional) y, aún otras no puramente altruistas, como podrían ser la defensa de un gremio, de una profesión, o de un oficio y otros análogos, de los cuales no se derive directamente un provecho económico para distribuir entre los asociados.

4. En la Constitución de las corporaciones y de las fundaciones concurre un elemento común, como es el acto del poder público por medio del cual se reconoce su existencia como personas jurídicas, (artículo 44 Constitución Nacional), de suerte que, si bien la voluntad particular de las personas que se asocien o de la persona que crea la fundación es un presupuesto esencial, no es sinembargo el único y exclusivo para su existencia.

5. Tanto las fundaciones como las Corporaciones son personas jurídicas (artículo 633 del Código Civil) y por lo tanto, unas y otras participan de los caracteres fundamentales inherentes a estos sujetos de derecho, tales como el de la distinción entre la esfera jurídica de la persona moral y la de sus asociados o la del fundador, (artículo 637 Código Civil) y lo concerniente a la representación legal de aquélla (artículo 640 del Código Civil), o lo relativo al patrimonio (artículo 27 Ley 57 de 1887).

6. En cambio, los elementos restantes que configuran los conceptos jurídicos de Corporación y de fundación son típicos y específicos de cada una de estas instituciones, de suerte que, en relación con ellos, no cabe ninguna posibilidad de aplicación de lo preceptuado en el inciso final del artículo 633 del Código Civil, en cuanto prevé la hipótesis de Corporaciones o de fundaciones que participen de uno u otro carácter.

A continuación se examinarán los elementos típicos, esenciales e incomunicables de la Fundación y de la Corporación:

A. — La voluntad creadora

a) La asociación o corporación, como su nombre lo indica, surge del acuerdo de una pluralidad de voluntades que se vinculan mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a un fin. La voluntad única, como resultante de la integración de las voluntades individuales de los asociados, mediante el mecanismo del sistema mayoritario, es uno de los rasgos distintivos de la Corporación, frente a la fundación. "La voluntad de la mayoría de la sala es la voluntad de la corporación" (artículo 638 inciso 2º Código Civil), y de esa voluntad dependen el régimen estatutario (artículos 636 y 641 Código Civil), y las decisiones fundamentales de la entidad. La corporación es pues, autónoma en su creación y en su funcionamiento.

Para la fundación, en cambio, la pluralidad de voluntades no constituye elemento esencial, pues de ordinario ella se origina en la voluntad de una sola persona. Nada impide, sinembargo la concurrencia de dos o más voluntades para constituirla, en cuanto de ellas resulte, por razón de la coincidencia, un querer unitario sobre los fines, la organización y, en general, sobre los medios para alcanzar aquéllos. Expresada esa voluntad, dispuestos los medios para realizarla y obtenido el reconocimiento de la autoridad, el ente no requiere en principio para su funcionamiento, de posteriores y periódicas manifestaciones de voluntad del fundador único o de las personas que concurrieron a su creación. La voluntad original quedó como estratificada; todo lo demás será desarrollarla e interpretarla por conducto de sus órganos propios, o del Presidente de la República, si fuere menester adicionarla o completarla (artículos 32 Constitución Nacional y 650 Código Civil). Sinembargo nada se opone a que el fundador o fundadores, por cláusula expresa se reserven atributos especiales que los instituyan como intérpretes máximos de la voluntad ya expresada, o asuman la calidad de órganos de la entidad, pero aún así, sus poderes no podrían entenderse, sino dentro del marco de la voluntad original, la cual debe mantenerse esencialmente incólume, mientras no perezcan los bienes que se le destinaron (artículo 652 Código Civil). A lo sumo podrían reservarse los fundadores una facultad para cambiar el objeto específico por otro dentro del mismo género de beneficencia, de utilidad común o de interés social, cuando el señalado inicialmente hubiese perdido toda eficacia social, debido al progreso científico o técnico.

Para sintetizar, podría decirse que la fundación es por su origen heteronómica, pero que una vez creada, funciona con la autonomía inherente a su categoría de persona jurídica.

La Corporación, en cambio puede renovarse o modificarse y disolverse por la voluntad mayoritaria de sus asociados, en la forma prevenida en sus estatutos, los cuales, a su vez, son susceptible de reforma, en cualquier momento, por ministerio de esa misma voluntad (artículos 638 y 649 del Código Civil). En la fundación, por el contrario, la voluntad original está tocada de irrevocabilidad, al menos en sus elementos esenciales.

B. — Los Bienes

El substratum de la Corporación (universitas personarum) es la colectividad de individuos que la integran, pero naturalmente y, como

algo intrínseco a su personalidad jurídica, le es consustancial el patrimonio en sentido abstracto, o como posibilidad jurídica de adquirir bienes, de ejercer el dominio. La titularidad de derechos dominales, en concreto, no es elemento esencial para su nacimiento a la vida jurídica, lo cual no significa que ello no sea necesario para el cumplimiento de sus fines. Como en el seno de la Corporación vive y palpita la voluntad de los asociados, esa voluntad goza de los atributos jurídicos adecuados para disponer en cualquier momento posterior a su nacimiento, lo conveniente para la dotación de los bienes o recursos necesarios.

En la fundación el fenómeno es diferente. Si, como lo enseñan Savigny —principal inspirador del Código Chileno en materia de personas jurídicas al decir de Alessandri, Ennecerus y Von Thur, el "substratum" de la fundación es la realización efectiva de un fin, es de su esencia que, desde su origen mismo, se produzca una destinación de bienes para el cumplimiento de aquél y que, por virtud de tal destinación, sus bienes se incorporen inmediatamente a su patrimonio. Para que el fin no se mantenga en el orden de lo puramente ideal, la ley exige que se dote originalmente al ente que se crea de los medios materiales necesarios, ya sea en dinero o en especie, de forma que ello no quede condicionado a la eventualidad de un cambio de voluntad del fundador, posterior al reconocimiento.

Como dice Castan, citado por Alessandri, "al acto de fundación ya normalmente incorporado, aunque tenga naturaleza propia, el **acto de dotación**, por el que el fundador asigna un patrimonio al ente que se erige. Este acto de dotación, accesorio al precedente, ha de ser considerado como un acto unilateral de disposición gratuita que exige capacidad para enajenar y hacer liberalidades y que pueda revestir la forma externa de acto 'Inter vivos' o de disposición testamentaria". (Op. cit. pág. 295).

C. — El Fin

En párrafos anteriores se examinó este elemento en los aspectos comunes a la Fundación y a la Corporación, pero ahora es conveniente destacar lo específico de éste, en relación con las fundaciones. Es esencial a éstas, que el fin trascienda al beneficio exclusivo de la institución y al interés personal del fundador y que se proyecte con caracteres de un bien social en el sentido más exquisito del concepto. En la Corporación puede que ello ocurra, pero también es jurídicamente factible que el beneficio social, extra económico pueda contraerse a los asociados, a un gremio, o grupo social, en particular.

Por la incidencia que pueda tener en esta decisión, es preciso destacar la nota de irrevocabilidad que caracteriza a la fundación, sin la cual no es posible concebir su autonomía de persona jurídica en relación con el fundador. Como advierte Ennecerus, una vez obtenido el reconocimiento o la aprobación de la autoridad pública, la voluntad ulterior del fundador no puede destruir el querer original, que se ha tornado irrevocable. Lo único que podría alterar esta voluntad sería la destrucción de los bienes, según lo prevé el artículo 652 del Código Civil. Sinembargo es jurídicamente posible, por razón del principio de la autonomía de la voluntad y, en cuanto no se afecte el querer primige-

nio, que el fundador en el acto constitutivo se reserve atributos que le permitan interpretar el alcance de su propia voluntad o que lo invistan de categoría orgánica dentro de la institución. Pero en ambos casos, su función ha de entenderse como un poder constituido, que se subordina al poder constituyente de la voluntad contenida en el acto fundacional.

IV — El Caso Sub Judice

Al folio 114 obra el acta de fundación de "Acción Cultural Popular" suscrita el 13 de octubre de 1949 por el Obispo de Tunja Monseñor Crisanto Luque, el coordinador de Acción Social Nacional Padre Vicente Andrade Valderrama, el coordinador de Acción Social en Tunja, Padre Jorge Monastoque y el Padre Joaquín Salcedo "en su carácter de director de las Escuelas Radiofónicas Culturales de la población de Sutatenza, el señor Canónigo Felipe Santiago Cuervo y el doctor Abraham Fernández de Soto.

Con excepción del ordinario de la Diócesis, que, al tenor de las Leyes Civiles y Canónicas (artículos 25 y 26 Ley 57 de 1887 Cánones 187, 397, 532, 534 1530-1532) lleva la representación legal de la Iglesia en su jurisdicción, es preciso entender que el Padre Andrade, el Padre Monastoque y el Padre Salcedo, así como Monseñor Cuervo y el doctor Fernández de Soto obraban en nombre propio, pues ni la Acción Social Nacional, ni la Diocesana, ni las escuelas radiofónicas eran personas jurídicas que pudieran ser representadas.

En la referida acta de fundación y en los estatutos aprobados y suscritos por las mismas personas se expresa que se funda y constituye una corporación, cuyos corporados serán de dos clases, unos con la denominación de miembros fundadores, por haber contribuido a la construcción de los edificios destinados al teatro y a los transmisores radiales en Sutatenza y a la adquisición de éstos y de sus repuestos y, otros, que se designan como miembros ordinarios, en virtud de afiliación por razón de aportes o donaciones posteriores (estatutos fl. 107).

En el acta de fundación y en los estatutos se instituyó una Junta Directiva integrada por las mismas personas que suscribieron ese documento y que aprobaron los estatutos. En estos últimos se prescribió que correspondería a dicha junta, no sólo el Gobierno de la institución, sino también el atributo fundamental de "elaborar y aprobar la reforma de los estatutos". Se determinó que el Presidente de la Junta sería el representante legal de la entidad y asumió esa función el Prelado Diocesano de Tunja.

En el acta de fundación se dijo que la entidad tendría como fin trabajar por la cultura del pueblo, utilizando especialmente el invento de la radiodifusión y los otros medios culturales que están a su alcance y cuya jurisdicción es todo el territorio de la República".

En los estatutos se prescribe que "el objeto de la Corporación es trabajar por la cultura del pueblo utilizando especialmente el invento de la radiodifusión para elevar el nivel religioso moral, cívico y educacional del campesinado, de acuerdo con las normas sociales del catolicismo y los otros medios culturales como el cine, el teatro etc. (artículo 3º). En el artículo siguiente se agrega que "De acuerdo con los

fines expresados anteriormente establecerá escuelas radiofónicas en cualquier lugar de la República y fundará los institutos necesarios para la adecuada preparación de maestros auxiliares radiofónicos. También podrá establecer teatros y demás instituciones que sirvan para tal fin".

Bajo el equivocado título "Del Capital", se enumeraron los bienes que forman el patrimonio en la entidad, así:

"Artículo 20. El capital de la corporación se formará del siguiente modo:

a) Con el equipo de transmisores, planta eléctrica, controles e instalaciones de estudios de la emisora y su discoteca;

b) Con el material de enseñanza distribuido para el uso del alumnado;

c) Con el edificio destinado al teatro radiofónico y cultural y el lote en que se haya edificado, comprendidas además las instalaciones de escenario, tramoya, máquinas de cine, sillería y demás accesorios del mismo;

d) Con el edificio destinado a la instalación de estudios radiofónicos, sus salones de preparación de maestros, de transmisores, discoteca, taller de reparaciones y el lote donde está edificado;

e) Con los aportes de los socios; y

f) Con los auxilios, donaciones, herencias, legados que reciba y sus aprovechamientos y el producto de contribuciones, suscripciones, bazares o colectas de igual género, provenientes de los corporados o de terceros".

En el artículo 22 de las disposiciones generales se consagró la siguiente prohibición: **No se podrá invertir fondo alguno en obras que no tiendan directamente al fin cultural y social de que tratan los presentes estatutos.** "No obstante se prevé en el artículo 25 que La Corporación no podrá ser disuelta sino mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Directiva", caso en el cual se dispone que los lotes y edificios en que (sic) funcionan el teatro y la estación radiofónica pasarán en propiedad a la Parroquia de Sutatenza y que el valor de los transmisores, receptora, planta eléctrica y demás accesorios se destinarán a una obra social que designe el diocesano de Tunja.

Se advierte **"prima facie"** una manifiesta falta de claridad en los términos del acta fundacional y de los estatutos. Las seis personas que concurren a la constitución de la entidad, la denominan corporación y por ministerio de su exclusiva voluntad pretenden vincular como miembros a todas las personas que hubieren contribuido a la adquisición de los bienes que forman el patrimonio de la entidad, sin que se conozca quiénes son esas personas, ni se aduzca ningún título para representarlas. Lo anterior permite concluir que en estricta realidad, los fundadores de la institución sólo fueron las seis personas que se han enumerado, lo cual concuerda con la declaración de Monseñor Jorge Monastoque Valero visible al fl. 36 vto.

En relación con los bienes que se señalaron como integrantes del patrimonio de la entidad, en la época de su constitución, obran en el expediente entre otras, las siguientes probanzas: 1) declaraciones del P. José Ramón Sabogal (fl. 4) y del señor Sergio Arenas (fl. 48) y del doctor Indalecio Rodríguez (fls. 48 vto. y 49); 2) Fotocopias del Libro de Caja de la Construcción del Teatro y casa-Cural de Sutatenza que cubre el lapso comprendido entre el 15 de octubre de 1947 y el 13 de junio de 1948 (fotocopia fls. 53 a 63) y 3) Copia auténtica de las Resoluciones Nos. 3229 de 1948 y 2788 de 1949, por medio de las cuales se concedió licencia al Padre José Joaquín Salcedo Guarín para la instalación y funcionamiento de una radiodifusora de carácter cultural y religioso en la casa cural del Municipio de Sutatenza.

De estas pruebas se colige que los bienes asignados como patrimonio de la entidad constituída en 1949, fueron el resultado de la acción promotora del Padre Salcedo, en su calidad de Párroco coadjutor de Sutatenza, quien mediante la colaboración de los feligreses a través de pequeñas contribuciones en dinero, formó un patrimonio representado en bienes raíces, y equipo de radiodifusión al cual se sumó una licencia para el funcionamiento de la estación radiofónica de Sutatenza. Dada la calidad del Padre Salcedo coadjutor de la parroquia, es evidente que el titular del dominio de esos bienes era la propia parroquia de Sutatenza y que, por lo tanto, la única persona habilitada para disponer de ellos, era el Prelado de la Diócesis de Tunja (artículo 25 Ley 57 de 1887 —Cánones 197, 329, 198, 532, 534, 1530 y 1532), quien al participar en el acta constitutiva y expresar su voluntad en la forma ya dicha, realizó una destinación o afectación de dichos bienes a la realización del fin o del objeto previsto para "Acción Cultural Popular", como persona jurídica.

El análisis precedente le permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones:

1ª) Que a la institución se le asignó una finalidad de indiscutible interés social.

2ª) Que se hizo una afectación de bienes para el cumplimiento de esa finalidad y que se consagró una norma expresa en el sentido de prohibir en forma absoluta que esos bienes y demás fondos de la institución pudieran destinarse a un objeto diferente al señalado.

3ª) Que la finalidad asignada a la institución y la afectación de bienes se consagraron con el carácter de cláusulas irrevocables.

4ª) Que la pluralidad de personas que constituyeron la entidad, apenas indica una coincidencia de voluntades en relación con los objetivos y los medios para alcanzarlos que en manera alguna revela un propósito específico de asociación. Los fundadores también coincidieron en la voluntad de asumir las funciones que ellos mismos le asignaron a la Junta Directiva como órgano supremo de la institución y como ejecutor principal de la voluntad expresada en el acta de fundación sobre el fin y la destinación de los bienes.

No obstante la denominación que se emplea y, algunas cláusulas, como la relativa a la disolución que no concuerda con la naturaleza de la fundación, pero que debe interpretarse en función del conjun-

to de la voluntad expresada sobre la intangibilidad del fin propuesto, se infiere de todo lo anterior que el verdadero propósito consagrado en los actos constitutivos fue instituir una fundacion. Así las cosas, la facultad de disponer la disolución debe interpretarse restrictivamente y, por ende, entenderse limitada a situaciones originadas en factores externos que, con características de fuerza mayor, hicieran imposible la realización del fin.

Entendida así la voluntad de los fundadores es preciso concluir que, a pesar de la facultad de reforma de los estatutos, la junta directiva integrada por los propios fundadores está obligada a respetar la intangibilidad del fin señalado y de los bienes afectados, así como la naturaleza misma de la entidad creada.

Con todo, si se estima que ni el acta constitutiva, ni los estatutos ofrecen suficiente claridad sobre las características esenciales de la institución, querría decir que existe duda sobre la real voluntad allí expresada. Y colocados frente a esta hipótesis, es el caso que el Presidente de la República, por medio del Decreto Legislativo Nº 159 de 1955 manifestó entre otras cosas lo siguiente:

> "Que la organización denominada 'Acción Cultural Popular' reconocida como persona jurídica en virtud de la Resolución Nº 260 de 18 de octubre de 1949, originaria del Ministerio de Justicia es, de acuerdo con sus estatutos, una fundación destinada a la educación integral cristiana del pueblo colombiano, sometida en un todo a las disposiciones de los Sagrados Cánones y debidamente autorizada y recomendada por la Iglesia Católica".

Con fundamento en esa consideración el Presidente decretó lo siguiente:

> "Artículo 1º Reconócese a la organización denominada 'Acción Cultural Popular' como fundación colombiana de la Iglesia Católica, con todas las prerrogativas y privilegios que a tales organizaciones confiere el concordato y las leyes de la Repúplica. Gozará además, de todas las ventajas que concede la ley a las instituciones de utilidad pública.
>
> "Artículo 2º Este decreto rige desde la fecha de su expedición.
>
> Comuníquese y publíquese.
>
> Dado en Bogotá, a 27 de enero de 1955.
>
> Publicado en el Diario Oficial Nº 28676 de febrero 5 de 1955".

No obstante la forma extraña de un decreto legislativo, dictado con fundamento en las atribuciones del estado de sitio y que hoy tiene la categoría de ley permanente de la República, es incuestionable que el Presidente tiene, entre sus funciones ordinarias, la de proferir manifestaciones como la contenida en el decreto, en virtud de lo preceptuado en el artículo 650 del Código Civil que lo señala como intérprete de la voluntad incompleta o deficiente del fundador o fundadores de instituciones como ACPO, con el fin inequívoco de hacer viable y operante esa voluntad, según lo preceptúa la propia Constitución Nacional, en su artículo 120 numeral 19.

Despejada así toda suerte de dudas, la Sala concluye que "Acción Cultural Popular ACPO", es una fundación; sinembargo, ello no despeja totalmente la solución del problema que se debate, porque ni a la luz del derecho positivo colombiano, ni del derecho comparado es admisible la tesis de la demanda según la cual los fundadores como tales conservan un atributo indefinido de modificar la voluntad expresada por ellos en los actos fundacionales. Ya quedó demostrado atrás, como una vez reconocida, por el acto del Poder Público la existencia jurídica de la fundación, aquella voluntad es absolutamente irrevocable. De no ser así, no podría concebirse la institución como una auténtica persona jurídica, que aunque heteronómica en su origen, adquiere por la creación, plena autonomía para su funcionamiento y desarrollo.

Pero sin perjuicio de lo anterior, es preciso tener en cuenta que en el caso **"sub judice"** se da un fenómeno que tiene bastante relievancia jurídica y que se deriva de la circunstancia de que los fundadores asumieron la calidad de Junta Directiva e instituyeron a ese órgano del cual formarían parte, como la máxima autoridad de la fundación, con facultades para reformar los estatutos. En estas condiciones, los fundadores ya no como tales, sino como poder constituido de la institución, quedaron habilitados parar modificar su estructura instrumental y todas aquellas materias de los estatutos que no afecten la naturaleza de la institución, ni sustituyan su finalidad específica ni impliquen una variación en la destinación de los bienes, ni conlleven la extinción de la persona jurídica. Si la Junta Directiva es como ya se ha dicho un órgano institucional, ha de entenderse que su poder de reforma está limitado a las materias que no alteren lo esencial de la voluntad primigenia.

Los estatutos iniciales fueron, sucesivamente modificados, primero en el año de 1954 y, luego, en 1957; se creó entonces una asamblea general de asociados y se dictaron otras disposiciones que alteraron la naturaleza de la fundación, hasta convertirla prácticamente, en una Corporación. Así sobrevive hasta 1975, cuando se congregan el arzobispo de Tunja y los demás fundadores sobrevivientes y expiden, por mayoría de votos unos estatutos que aprobó la Gobernación de Boyacá, por acto que luego revocó la misma autoridad mediante la Resolución acusada.

En esta última reforma estatutaria (fls. 35 a 36) se le restablecen a ACPO sus características esenciales de fundación y se dejan sin valor las anteriores modificaciones que la habían desnaturalizado en forma ilegal, y que quebrantaban la voluntad de los fundadores.

Por medio de la Resolución acusada se aceptó "la impugnación" propuesta por el Padre Vicente Andrade a la vigencia de los estatutos para la fundación "Acción Cultural Popular 'ACPO", y como consecuencia de ello, se dejó sin efectos la Resolución Nº 692 del 24 de octubre de 1975, con el resultado de retornar a la ordenación estatutaria anterior, la cual, como se demostró anteriormente, vulneraba en forma evidente la voluntad de los fundadores, adicionada y completada por el Presidente de la República.

La Constitución Nacional tiene previsto, en relación con las fundaciones un régimen especial de inspección y vigilancia de la autoridad pública para que sus rentas se conserven y sean debidamente apli-

cadas, y que **en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores**". Por consiguiente cuando se somete a su aprobación la reforma de estatutos de una entidad de esta naturaleza, la autoridad, después de verificar que no son contrarios a la moral o al orden legal (artículo 44 de la Constitución Nacional) debe verificar también, si se conforman en lo esencial con la voluntad del fundador, y, en caso de que ello no ocurra, deben negarle su aprobación.

En el caso **sub judice** la Gobernación de Boyacá no hizo la confrontación necesaria con la voluntad original de los fundadores, sino con unos estatutos anteriores que desconocían aquélla, con el resultado ya dicho de revocar la aprobación impartida, para revivir un régimen contrario a la voluntad original que, obligatoriamente debía tutelar de manera preferente, con lo cual se incurrió en violación del precepto contenido en el artículo 120 Nº 19 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

Declárase la nulidad de la Resolución Nº 775 de 1975 (diciembre 19) proferida por el Gobernador de Boyacá. En consecuencia la Resolución Nº 692 de 1975, dictada por la misma Gobernación, recobra la plenitud de sus efectos.

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Gobernador de Boyacá. Cúmplase.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

CONSULTA. — Para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento compete a los Tribunales Administrativos en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada al pago de suma superior a los dos mil pesos, no haya interpuesto el recurso de apelación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre 15 de 1977.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 2006. Actor: Margarita Sierra vda. de A.

El Tribunal Administrativo de Antioquia consulta su sentencia del 27 de julio del año en curso en la cual resolvió:

"1) Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 514 de junio 19 de 1974 del Jefe de Relaciones Laborales del Departamento, 890 de septiembre 30 de 1974 del mismo funcionario, y la 007833 de 6 de noviembre del mismo año, del señor Gobernador del Departamento.

"2) En consecuencia, y de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva la pensión del doctor Jaime Arango Velásquez, sustituida desde el 11 de julio de 1972, fecha de su fallecimiento a favor de su cónyuge Margarita Sierra Vda. de Arango, será desde el 24 de noviembre de 1971 de $ 11.626.68 sin perjuicio de los aumentos legales y ordenanzales que le correspondan y la diferencia entre la pensión que conforme a las resoluciones impugnadas se ha venido reconociendo y la que hay lugar de acuerdo a la ordenanza 12 de 1971, será reconocida y pagada por el Departamento de Antioquia al igual que la cuota ordinaria dispuesta por tales providencias (sic).

"3) La administración deberá dar cumplimiento a este fallo dentro de los términos indicados en el artículo 121 del C. C. A."

El artículo 134 de la Ley 167 de 1941 estableció el grado de consulta como subsidiario del recurso de apelación en beneficio de la entidad de derecho público, cuando hubiere sido condenada a pagar una suma de dinero superior a $ 2.000.00 según el Decreto 1722 de 1956. De forma, que para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento compete a los Tribunales en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada al pago de su-

ma superior a los dos mil pesos, no haya interpuesto el recurso de apelación.

En el caso a estudio, el propio Tribunal Administrativo de Antioquia está aceptando que el juicio es de única instancia, lo que indica que la sentencia por él proferida, por definición, excluye tanto el recurso de apelación como la consulta.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

ABSTENERSE de revisar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 27 de julio de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en Sesión celebrada el día nueve de septiembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

DEMANDA. — Forma en que debe presentarse el acto administrativo acusado que debe acompañarla.

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

(Consejero ponente: **Doctor Ignacio Reyes Posada**)

Referencia: Expediente Nº 2054. Autoridades Departamentales. Actor: Ana Vizcaíno de Vizcaíno.

Consulta el Tribunal Administrativo del Atlántico su sentencia del 17 de agosto de 1977 que accedió a las súplicas de la demanda que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado inició ante dicha entidad la señora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO.

La demandada tiende a obtener la nulidad de los Decretos 0017 de 27 de enero de 1977 y 0032 del 7 de febrero del mismo año, expedidos por la Gobernación del Departamento del Atlántico, mediante los cuales la señora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO fue trasladada del cargo de Jefe de la Sección de Educación Media y Superior no universitaria, al de Rectora del Colegio Bachillerato de San Pablo del Municipio de Polonuevo, del Departamento del Atlántico. Además se solicitó en la demanda el restablecimiento del derecho violado mediante el reintegro de la actora al cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría y sueldo; que se ordene al Departamento pagar a la actora los reajustes de sueldos que dejó de percibir por causa del desmejoramiento de que fue víctima por su traslado a un cargo de menor categoría y sueldo; que se le reconozcan los aumentos que el sueldo del cargo que venía desempeñando hubieren podido tener y que el tiempo que permanezca la actora fuera del cargo antes citado no interrumpe el tiempo para reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tenga derecho.

En síntesis pueden resumirse así los hechos de la demanda:

La actora venía desempeñando desde el día 18 de julio de 1973 el cargo de Jefe de la Sección de Educación Media y Superior no universitaria de la Secretaría de Educación del Atlántico; mediante los decretos acusados fue trasladada al cargo de Rectora del Colegio de

Bachillerato, San Pablo de Polonuevo; el cargo de rectora es de inferior categoría al que venía ocupando ya que precisamente en éste supervisaba la labor de los rectores e implica una disminución de sueldo que era de $ 9.400.00 y el de rector de establecimiento de enseñanza media es de $ 6.312.00; la señora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO está inscrita en el escalafón de enseñanza secundaria en primera categoría y en el escalafón nacional de enseñanza primaria de primera categoría.

Funda la demanda en la violación de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, 29 y 30 del Decreto 1950 de 1973 y 39 del Decreto 128 de 1977.

La parte resolutiva de la sentencia consultada dice:

"Se declara la nulidad del artículo 1º del Decreto Nº 0017 de fecha 27 de enero de 1977, dictado por la Gobernación del Departamento del Atlántico. Se anula asimismo el Decreto Nº 0032 de 7 de febrero de 1977, originario de la misma Gobernación.

La Gobernación del Departamento del Atlántico, está en la obligación de reincorporar a la profesora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, en el cargo que venía desempeñando de Jefe de la Sección de Educación Media y Superior no universitaria, dependiente de la Secretaría de Educación u otro de igual o superior categoría y sueldo.

El Departamento del Atlántico debe pagar a la profesora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, los reajustes de sueldos que dejó de percibir por causa del desmejoramiento de que fue objeto, desde que se hizo efectivo su desmejoramiento de sueldo, hasta cuando sea restituida en sus derechos. Así mismo el Departamento del Atlántico está obligado a pagarle a la Profesora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, los aumentos de sueldos que se decreten con posterioridad a su desmejoramiento".

La parte motiva de la sentencia consultada dice:

"El artículo 39 del Decreto Nº 128 de 1977, (enero 20), por el cual se dicta el estatuto del personal docente de enseñanza primaria y secundaria a cargo de la Nación citado por el señor apoderado de la actora, dice textualmente:

> "Los maestros y profesores escalafonados que ejerzan sus derechos y cumplan sus deberes de conformidad con las normas de este estatuto tendrán estabilidad en sus cargos y no podrán ser removidos sino por los motivos expresamente señalados en él mediante los procedimientos legales establecidos".
>
> "Lo anterior garantiza la estabilidad de los maestros y profesores escalafonados en sus cargos, estabilidad que no solamente los ampara para que no sean removidos o destituidos de sus puestos sin justa causa y mediante procedimiento ya establecido, sino que les garantiza una estabilidad que impide que sean desmejorados en sus condiciones de trabajo, no solamente disminuyendo su categoría, sino también su sueldo y demás condiciones dentro de las cuales laboran. En el caso presente, la señora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, no ocupaba un cargo estrictamente docente, sino docente-administrativo, y para estos casos el artículo 6º del Decreto 224 de 1972, ha establecido que los profesionales de docencia

en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza en el Ministerio de Educación Nacional o en órganos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascensos en el escalafón y pensión de jubilación. Y el parágrafo del mismo artículo estipula que al terminar en el ejercicio del cargo o cargos para los cuales hubieren sido designados, los docentes tendrán derecho a ser reincorporados a la enseñanza. Pero estima la Sala que esa reincorporación no debe llevarse a cabo en condiciones desventajosas para el educador, como ha sucedido en el presente caso con la profesora ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, quien ha sido trasladada de su cargo en condiciones desfavorables, no solamente porque el nuevo empleo es de inferior categoría sino porque tiene un menor sueldo e implica también para la educadora el sacrificio de desplazarse con su familia desde la ciudad de Barranquilla, en donde ha venido prestando desde hace mucho tiempo sus servicios, hasta el Municipio de Polonuevo. Por esta razón considera el Tribunal que el acto emanado de la Gobernación del Departamento del Atlántico por medio del cual se trasladó a la Socióloga ANA VIZCAINO DE VIZCAINO, del cargo de Jefe de la Sección de Educación Media y Superior no universitaria al de rectora del Colegio San Pablo del Municipio de Polonuevo, viola el artículo 39 del Decreto Nº 128 de 20 de enero de 1977, y por lo tanto se impone declarar su nulidad y restituir a la actora en sus derechos violados".

Para decidir se considera: la Sala encuentra fundado en lo esencial el razonamiento que sirvió al Tribunal para proferir la sentencia consultada, aunque disiente en cuanto considera el simple traslado como desmejoramiento del funcionario, ya que esta medida es una facultad de la Administración cuando tiende a la eficacia del servicio. Sinembargo, no está demás anotar la grave falla procesal en que incurrió el **a quo** al admitir la demanda sin que a ella hubiere acompañado el actor copias auténticas de los decretos acusados, los cuales sólo vinieron a obrar en el proceso en el período probatorio, aunque el actor había solicitado en el libelo, como cuestión previa, la obtención de las copias auténticas de dichos actos: No obstante, el vicio anotado **no acarrea la nulidad de lo actuado**, porque como lo tiene dicho el Consejo de Estado, cuando el Tribunal **a quo** dé curso a la demanda sin haberse presentado copia auténtica del acto demandado debe impugnarse mediante los recursos legales el auto admisorio de la demanda; pero ejecutoriado dicho auto no habiéndose tachado ni redargüido de falso en el plenario la copia aducida, no puede después debatirse el asunto.

En mérito de lo anterior, 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 del Atlántico, el 17 de agosto 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 veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

CONTRALOR. — Nulidad de la Resolución Nº 005 de 1975 expedida por la Honorable Asamblea de Córdoba por medio de la cual se destituyó al señor Contralor General del Departamento. Para tal efecto debe llevarse a cabo proceso administrativo ya que las personas que desempeñan cargos a los cuales la Ley señala expresamente período de duración, están amparados por el derecho a no ser removidos si no incurren en causal legal debidamente comprobada.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Expediente Nº 2127. Actos de las Asambleas. Actor: Fabio Navarro Sáenz.

Ante el Tribunal Administrativo de Córdoba y mediante apoderado judicial, el doctor FABIO NAVARRO SAENZ, formuló demanda de plena jurisdicción para que esa Corporación se sirviera declarar por medio de sentencia lo siguiente:

"1) Que se decrete la nulidad de la Resolución Nº 005 de 1975, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, en cuanto que por medio del numeral primero de su parte resolutiva destituye a mi poderdante del cargo de Contralor General del Departamento.

"2) Que se decrete la nulidad de la Resolución Nº 005 de 1975, expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, en cuanto que por medio del numeral segundo de su parte resolutiva nombra interinamente al doctor GUSTAVO JIMENEZ, como Contralor Departamental.

"3) Que como consecuencia de las nulidades anteriores, se decrete el restablecimiento del derecho de mi poderdante, así: Por una parte, el doctor NAVARRO debe ser reintegrado al cargo de Contralor General del Departamento de Córdoba y se le computará todo el tiempo que permanezca fuera del empleo para efectos de antigüedad, primas, etc., cual si no hubiere estado un día por fuera, es decir, como si no hubiera habido solución de continuidad en el ejercicio de cargo y en la misma forma para efectos de pago de prestaciones como jubilación, primas, etc.

"Por otra parte, se indemnizarán los perjuicios causados con la separación del empleo mediante el pago efectivo, con cargo al tesoro del Departamento de Córdoba, de todos los salarios, viáticos, gastos de representación, primas, vacaciones y demás prestaciones periódicas desde el 21 de noviembre de 1975 hasta el día en que sea reintegrado al cargo, o hásta aquél en que para un nuevo período se posesione un Contralor legalmente elegido por la Asamblea".

La Sala resume en la siguiente forma los hechos de la demanda:

a) La Asamblea de Córdoba eligió el 22 de octubre de 1974 al actor como Contralor General del Departamento para el período que se iniciaba el 1º de julio de 1975, designación que fue ratificada el 28 de noviembre del mismo año;

b) El actor tomó posesión del cargo en el curso del mes de diciembre de 1974 y desempeñó sus funciones hasta el 21 de noviembre de 1975;

c) Mediante Resolución Nº 005 de 1975 fue destituido del cargo de Contralor Departamental por la Asamblea del Departamento de Córdoba.

En el libelo se señalaron como disposiciones violadas por el acto acusado las siguientes: artículos 2º, 187, numeral 8º y 192 de la Constitución Nacional; 110 de la Ley 4ª de 1913; 9º de la Ley 47 de 1945; 24 del Decreto 2733 de 1959; 63 de la Ley 167 de 1941 y 318, inciso primero de la Ordenanza Nº 101 de 1959. Con relación a ellas se expresó el concepto de la violación.

Surtido el trámite normal del juicio el Tribunal le puso fin en sentencia del 6 de julio del año en curso en la cual accedió a las súplicas de la demanda así:

"1º Decrétase la nulidad de la Resolución 005 de 18 de noviembre de 1975, emanada de la Honorable Asamblea Departamental, mediante la cual fue destituido del cargo de Contralor Departamental el doctor FABIO NAVARRO SAENZ y se nombró interinamente al doctor GUSTAVO JIMENEZ BERROCAL.

"2º Reintégrase en el cargo de Contralor General del Departamento de Córdoba al doctor Fabio Navarro Sáenz, en el evento de que la Honorable Asamblea Dejartamental no haya proveído el cargo.

"3º Condénase al Departamento de Córdoba a pagar al doctor Fabio Navarro Sáenz todos los sueldos dejados de recibir, desde el día en que fue separado de su cargo hasta el día del vencimiento del período.

"Para el efecto del pago de todas las prestaciones sociales y primas establecidas por la ley, al doctor Fabio Navarro Sáenz, como Contralor del Departamento, no ha habido solución de continuidad en el servicio público. De los sueldos que ha de pagar el departamento en cumplimiento de esta sentencia, se descontarán todos los que haya recibido de cualquiera entidad de derecho público, durante el lapso en que dejó de ejercer las funciones de Contralor del Departamento como consecuencia de la resolución demandada y anulada".

De pleno procede la Sala a resolver la consulta, para lo cual formula las siguientes consideraciones:

El argumento central del Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda consiste en que los cargos que se le imputaron al señor Contralor debieron ser probados, y además, debió dársele la oportunidad de defensa, lo que no podía ser en forma distinta que mediante el proceso administrativo correspondiente de competencia de la Procuraduría del Distrito; y como así no lo hizo la Asamblea departamental, los motivos para desconocer el período fijo que constitucionalmente ampara al señor Contralor, no tienen asidero legal.

Los cargos o empleos a los cuales la ley les ha señalado expresamente período de duración, están amparados quienes los ejerzan por el derecho a no ser removidos durante el ejercicio de su período legal, sino cuando incurran en causal legal debidamente comprobada. Ese es el caso de los Contralores Departamentales a quienes el artículo 187 de la Constitución Nacional señaló un período de dos años a iniciarse el primero de julio de 1945 según el artículo 9º de la Ley 47 de 1945.

En el caso presente se observa la precipitud de la Asamblea Departamental de Córdoba al destituir al doctor Fabio Navarro Sáenz del cargo de Contralor Departamental por medio de la Resolución Nº 005 de 18 de noviembre de 1975, que estaba ejerciendo en forma legal, resolución que si bien fue aprobada por mayoría de votos, sin embargo no fue la culminación de un proceso administrativo legalmente adelantado, y por el contrario, por todos los antecedentes y pruebas consignados en el expediente, se establece que los cargos o acusaciones hechos contra el titular de la Contraloría no resultaban suficientes para motivar en ellos la grave sanción de destitución.

Esta apreciación del Consejo surge al confrontar los considerandos de la Resolución acusada con todo el acervo probatorio que obra en el expediente, que permite deducir que la destitución del actor no fue precedida de una severa investigación que permitiera predicar con certeza que el funcionario aludido había realizado actos no solamente censurables sino capaces de merecer una sanción tan grave como es la destitución, por los motivos expuestos en la resolución impugnada, considerandos que de por sí colocaban al demandante en grave situación moral ante la sociedad y ante sus conciudadanos. En el acta Nº 13 del 12 de noviembre de 1974 (fl. 195), se dice que el Diputado Oscar Sánchez pide la palabra para rendir el informe de la Comisión que investigó las irregularidades cometidas por el señor Contralor, comisión que como allí mismo se dice, sólo fue cumplida por él; ese informe no obra en el expediente.

Por último, conviene aclarar, en primer lugar, que como el demandante en el momento de la destitución se hallaba en una situación que se le desconoció con el acto acusado, era titular de una acción subjetiva para solicitar la nulidad de ese acto con restablecimiento del derecho. Y en segundo lugar, que no era necesario que el demandante impetrara la nulidad que con carácter de interino recayó en la persona del doctor Gustavo Jiménez B. para la Contraloría del Departamento de Córdoba, porque es tesis ya reiterada del Consejo, que el acto por el cual se verifica el nombramiento de reemplazo del funcionario des-

tituido, se puede producir después de los cuatro meses que éste tiene para instaurar la demanda, esto es, cuando ya la acción ha prescrito; además, mientras la demanda se admite, quien entró a reemplazar pudo haber sido reemplazado a su vez y presentarse esta ocurrencia indefinidamente durante el curso del juicio y sería injusto negar al actor su derecho, por la ocurrencia de circunstancias que a él le eran incontrolables. Si se privó del empleo a un agente de la Administración por medio de un acto nulo, no puede resultar válido el acto por el cual se hizo otra nominación, pues la nulidad del primer acto origina la de los que le siguen, como lo estima el tratadista Waline.

La motivación de una providencia por la cual se destituye a un funcionario debe ser no solamente cierta, sino justa.

Y en razón de lo dicho, 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 Córdoba el 6 de julio del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en la sesión del día 21 de octubre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ACCION DE REVISION DE LIQUIDACION DEFINITIVA DE IMPUESTOS. — Su naturaleza. Debe agotarse la vía gubernativa. Solicitud de nulidad de la ordenanza Nº 3 de 1972 de la Asamblea del Valle y del Decreto 1703 de 1972 dictado por el Gobernador de ese Departamento.

ACTO ADMINISTRATIVO QUE HA SIDO ACUMULADO. — Doctrina del Honorable Consejo de Estado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente número 3735. Actor: Ingenio Riopaila Ltda. y otros.

Las sociedades comerciales denominadas Ingenio Riopaila Ltda., Manuelita S. A., Ingenio Providencia S. A. e Ingenio Meléndez S. A. pidieron al Tribunal Administrativo del Valle declarar la nulidad de la ordenanza número 3 de 1972 de la Asamblea del Valle y la del Decreto Nº 1703 de 1972 dictado por el Gobernador de ese Departamento y reglamentario de la referida ordenanza. Y pidieron también se condenara al Departamento del Valle a pagarles "los perjuicios de todo orden que la vigencia de los actos acusados les puedan causar en el supuesto de que tales actos produzcan efectos antes de que se decrete la suspensión provisional".

La ordenanza acusada dispone:

"Ordenanza número 3 de 1972 (Diciembre 1º). Por la cual se organiza la explotación del monopolio de alcoholes impotables.

"La Asamblea Departamental del Valle del Cauca, en uso de sus facultades legales, y C o n s i d e r a n d o :

"..... .....

"O r d e n a :

"Artículo 1º La explotación de alcoholes impotables se hará a través de la Industria de Licores del Valle. Solamente dicha empresa podrá introducir, distribuir y vender alcoholes impotables producidos en otras secciones del país.

"**Artículo 2º** Cada litro o fracción de alcohol impotable que se produzca en el Departamento, causará a favor de éste un valor equivalente al 20% del precio de venta al consumidor, como derechos de monopolio. Estos derechos se causarán en el momento de salir el alcohol de la fábrica, laboratorio, ingenio o destilería, y se recaudarán por la Tesorería del Departamento dentro de los tres días siguientes a la compra-venta. En ejercicio de lo dispuesto en el artículo 1º, los derechos se recaudarán en el momento de darlos al expendio a distribuidores o consumidores, con base en el precio que señale la Gerencia de la Industria. En este caso, el valor percibido por ésta se efectuará por el porcentaje de retención que fije la Junta Directiva conforme a sus estatutos.

"**Artículo 3º** Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de las normas que establecen la obligación de obtener autorización de la Secretaría de Hacienda para el montaje, ampliación y reparación de la destilería.

"**Artículo 4º** Facúltase al Gobierno para reglamentar la presente Ordenanza.

"**Artículo 5º** La presente Ordenanza rige a partir de su sanción.

"Dada en el Salón de Sesiones de la Honorable Asamblea, hoy 1º de diciembre de 1972. (Fdo.) Ramón Elías Giraldo, Presidente (Fdo.) Alvaro Mejía López, Secretario".

Y el Decreto reglamentario no hace cosa diferente de repetir los artículos 1º y 2º de la ordenanza y agrega que "el derecho de monopolio se cancelará en la Tesorería General del Departamento o Recaudación de Rentas dentro de los diez días siguientes a la entrega".

Mediante sentencia de fecha 5 de febrero de 1976 el Tribunal resolvió la demanda de la siguiente manera:

"1º) Estése a lo resuelto por este Tribunal en sentencia del 26 de enero del año en curso, que declaró la nulidad de la ordenanza Nº 3 de diciembre 1º de 1972, aprobada por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca, 'Por la cual se organiza la explotación del monopolio de alcoholes impotables' y el Decreto Nº 1703 del 28 de diciembre de 1972, dictado por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, 'Por el cual se reglamenta el monopolio sobre la producción de alcoholes impotables'.

"2º) Declárase al Departamento del Valle del Cauca administrativamente responsable de los perjuicios que le haya podido ocasionar a las sociedades: 'Ingenio Riopaila Limitada', 'Manuelita S. A.', 'Ingenio Providencia S. A.', e 'Ingenio Meléndez S. A.', con la aplicación de los actos administrativos acusados cuya nulidad se ha proferido.

"**Parágrafo.** La regulación de los perjuicios se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil".

Como aparece del punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia, el Tribunal estimó que puesto que ya se había decretado la nulidad de la ordenanza acusada era suficiente declarar que debía estar-

se "a lo resuelto en el fallo que así lo declaró". En cuanto a lo dispuesto en el 2º punto, el Tribunal no expuso ninguna razón.

Contra la sentencia interpuso apelación el apoderado especial del Departamento del Valle y concedida el proceso ha recibido el trámite de la segunda instancia en el Consejo de Estado. El apelante no sustentó el recurso, pero del alegato presentado ante el Tribunal es fácil suponer que la razón principal de su disentimiento es por la condenación al pago de perjuicios a que fue sentenciado el Departamento.

Sobre esta pretensión de la demanda y lo resuelto por el Tribunal, el Fiscal 3º del Consejo doctor Jorge Dangond Flórez, expresa lo siguiente:

"A **Naturaleza de la acción.** Es bien sabido que el Código Contencioso Administrativo consagra las dos acciones clásicas: la de **nulidad** y la de **plena jurisdicción;** que la primera es pública y por medio de ella se busca la tutela del orden jurídico abstracto sin límite en el tiempo y el juicio culmina con sentencia que produce efectos **erga omnes,** y que la segunda es privada y persigue el restablecimiento de derechos individuales conculcados por actos, hechos u operaciones de la administración con término perentorio de caducidad y el fallo que se dicte en el proceso tiene efectos **interpartes.** Pero también contempla la ley otras acciones con modalidades especiales, entre ellas la de **revisión de la operación de liquidación definitiva de impuestos** que sólo se puede ejercer por el contribuyente dentro del término de tres meses para obtener la declaración de que no está obligado a pagar los gravámenes o se haga una nueva liquidación y se ordene la devolución de las sumas cubiertas en exceso.

"De manera que tratándose de impuestos Nacionales. Departamentales o Municipales, determinados mediante una operación administrativa individualizada, la acción procedente para lograr el restablecimiento del derecho: exoneración de pago total o parcial y devolución de las sumas cubiertas por el contribuyente, es la consagrada en el título 4º. Capítulo 23 de la Ley 167 de 1941. Esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto, ordena el artículo 272 y el siguiente dispone: 'Si la Ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter nacional, departamental o municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso administrativo cuando se hubieren agotado aquellos recursos. Sólo entonces la liquidación tendrá carácter de definitivo, y los tres meses de que habla el artículo anterior empezarán a contarse desde la fecha de ejecutoria de la última decisión'.

"El Consejo de Estado —Sección Cuarta— ha expresado con indudable acierto:

" 'Todas las causales de nulidad que determinan la invalidez de los actos administrativos, son valederas dentro del juicio de revisión de impuestos, y el agotamiento de la vía gubernativa para poder recurrir ante la jurisdicción es necesario que se cumpla. Pero es posible que, por fallas del contribuyente dicho agotamiento no se haya consumado o que por faltas en el procedimiento aplicado por parte de

la Administración, al tramitar los reclamos correspondientes, la decisión esté viciada de nulidad.

" 'En el primer caso, el pronunciamiento jurisdiccional no puede producirse pues la parte interesada no ha agotado debidamente la vía gubernativa. En el segundo caso la decisión tomada por la Administración, está naturalmente viciada de nulidad y puede obtenerse la declaración correspondiente recurriendo en la oportunidad debida, ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

" 'Pero además, en cuanto se trata de obtener la nulidad de un acto que decida sobre un impuesto definitivamente liquidado, la acción correspondiente tiene que ejercitarse ante la autoridad competente para ello, de acuerdo con lo previsto en materia de cuantías y negocios por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

" 'No puede por lo tanto establecerse una dicotomía en el procedimiento, para escoger arbitrariamente el tipo de acción que se ejercita y la clase de juez que debe decidir el problema, pues en esa forma se rompería todo el sistema procesal consagrado en la ley, en función de la clase de acto que se acusa, la competencia para conocer de él, las causales de su nulidad y los términos perentorios dentro de los cuales debe ejercitarse la acción correspondiente'.

"La Fiscalía está de acuerdo con el demandante en cuanto afirma que la Ordenanza Nº 3 de 1972 estableció 'como derechos de monopolio un gravamen sobre la venta del alcohol impotable, equivalente al 20% del precio de venta al consumidor, impuesto que se causa en el momento de salir el alcohol de la fábrica, laboratorio, ingenio o destilería y debe ser recaudado dentro de los tres días siguientes a la compra venta'. Así se deduce, ciertamente, de los términos del acto general dictado por la Asamblea Departamental del Valle, y también de las disposiciones reglamentarias expedidas por el Gobernador del Departamento mediante el Decreto 1703 de 1972.

"Pero de esa premisa se desprende que la administración, para ejecutar las disposiciones objetivas, debe realizar una serie de actos que culminan en la liquidación del gravamen, es decir, una operación administrativa y que el contribuyente puede impugnar ante las autoridades gubernativas mediante la interposición de los recursos legales, según el procedimiento establecido en el Decreto 2733 de 1959 si es que las Ordenanzas departamentales no han establecido reglas especiales en el asunto de su competencia, para abrir la vía jurisdiccional después de ejecutoriada la última decisión.

"El demandante, en el caso estudiado, no se preocupó de la operación administrativa de liquidación de los impuestos denominados 'derechos de monopolio'. No objetó los actos administrativos de las autoridades departamentales encargadas de liquidar y recaudar el valor equivalente al 20% del precio de venta al consumidor de cada litro o fracción del alcohol impotable producido. No agotó la vía gubernativa para poder demandar ante los tribunales contenciosos en ejercicio de la acción especial consagrada en la Ley 167 de 1941. Acudió al Tribunal Administrativo del Valle en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con invocación de lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley y presentó, para respaldar su solicitud de indemnización

de perjuicios, varias liquidaciones comunicadas a Ingenio Riopaila e Ingenio Meléndez (cuaderno 1, fls. 8-9-10-11 y 25 a 30) pero, dicho sea de paso, sin la demostración de pago correspondiente pues los recibos anexados al libelo y que figuran a folios 12 y 13, en fotocopia sin autenticar, se refieren a la cancelación de impuestos sobre las ventas durante los meses de septiembre a diciembre de 1972, antes de la expedición de los actos acusados".

"La Ordenanza Departamental, como norma abstracta, creadora de un impuesto, amparada con la presunción de legalidad y obligatoria mientras no haya sido anulada o suspendida por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según mandato constitucional, constituye la base de la operación administrativa de liquidación del gravamen, que es, como ha dicho el Consejo, 'la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho'. Esa norma general puede ser impugnada sin límite en el tiempo, por cualquier persona en ejercicio de la acción de nulidad, como contraria a un precepto de superior jerarquía y para preservar el orden jurídico. Pero si se ha creado una situación individual, subjetiva, y existe, por tanto, un interés particular vinculado a la supuesta violación del ordenamiento legal, no es procedente el ejercicio de la acción de nulidad y la pretensión indirecta del reconocimiento de una indemnización por la vía de la plena jurisdicción, sin atacar previamente, por medio de los recursos gubernativos, la operación administrativa correspondiente, porque la ley ha establecido, como presupuesto indispensable, el agotamiento de la vía gubernativa para acudir luego a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción especial de revisión de impuestos.

"Como antes se anotó, el autor de la demanda, en representación de varias empresas supuestamente afectadas con las operaciones administrativas de liquidación del impuesto creado por la Ordenanza Nº 3 de 1972 y reglamentado por el Decreto 1703 de 1972, no impugnó la 'serie de decisiones concatenadas que encajan dentro de la concepción del acto administrativo complejo', no agotó la vía gubernativa, sino que, so pretexto de restaurar el orden jurídico perturbado por las normas abstractas y someter a la administración al imperio del derecho objetivo, solicitó la declaración de nulidad del acto expedido por la Asamblea del Valle y el reglamento dictado por el Gobernador del Departamento y pidió, también, **'el restablecimiento de los derechos lesionados'** y la condena al Departamento del Valle del Cauca a pagar a las sociedades **'los perjuicios de todo orden que la vigencia de los actos cuya nulidad de mando les puedan causar en el supuesto de que tales actos produzcan efectos antes de que se decrete la suspensión provisional'.**

"El Tribunal Administrativo no estudió el aspecto relativo a la procedencia de la acción instaurada. No consideró los motivos y finalidades y en el fallo se limitó, simplemente, a informar que en sentencia de 26 de enero de 1976 declaró la nulidad de la Ordenanza Nº 3 de diciembre 1º de 1972 y del Decreto Nº 1703 de 28 de diciembre de 1972, para ordenar 'estése a lo resuelto', y, sin análisis alguno sobre la petición de condena al pago de perjuicios inciertos y, por consiguiente no comprobados, resolvió **declarar al Departamento del Valle del Cauca administrativamente responsable de los perjuicios que le ha-**

ya podido ocasionar a las sociedades: Ingenio Riopaila Limitada, Manuelita S. A., Ingenio Providencia S. A., e Ingenio Meléndez S. A., **con la aplicación de los actos administrativos acusados cuya nulidad se ha proferido.** Esta decisión es, francamente inexplicable.

"B **Acumulación de pretensiones.** Otro aspecto importante, que el Tribunal Administrativo no consideró, es el relacionado con la reunión, en la demanda, de las pretensiones de cuatro empresas distintas.

"Giuseppe Chiovenda ha enseñalado: 'Todas las causas que podrían unirse, de ser propuestas por separado, pueden, por regla general, proponerse al mismo tiempo, de una vez; y todas las causas que hubieran podido promoverse de una vez pueden, **a fortiori, acumularse,** si han sido propuestas por separado. La unión puede tener lugar cuando las causas penden o podrían proponerse **ante el mismo juez,** y puede tener lugar cuando penden o podrían proponerse **ante jueces distintos.** Sólo en este segundo caso es cuando se nos presenta la cuestión de la competencia' (Instituciones de Derecho Procesal Civil —Vol. II, Madrid 1954, pág. 258).

"Varios procesos pueden ser propuestos simultáneamente o unirse después cuando son **conexos** y esto ocurre si es común alguno de los elementos de la demanda: **personae, res, causa petendi.** Pero se debe anotar, con el autor citado antes, que el simple elemento **subjetivo común** no basta para que aparezca la conexidad en sentido propio: 'las causas, en este caso, podrán proponerse unidas o unirse después de iniciadas, pero sólo por el principio de la economía de los juicios y sin desplazamiento de competencia, mientras que la acumulación de causas conexas en virtud del **objeto** o del **título** está determinada no sólo por el citado principio, sino por la necesidad de evitar fallos contradictorios, y la exigencia de la acumulación llega en este caso hasta producir cambios en la competencia'. (Ob. cit. pág. 259).

"El problema del desplazamiento de competencia como resultado de la conexión, especialmente cuando ésta se determina por el criterio **objetivo** o sea por la **materia** o el **valor,** se ha resuelto por la doctrina, cuando a este último, con un sencillo principio: **los límites objetivos de la competencia por la cuantía son siempre absolutos para lo más, no siempre para lo menos** y esto quiere decir que el juez de superior categoría se puede convertir en competente para conocer de causas que por razón de la cuantía corresponden al inferior, pero éste no puede adquirir competencia para conocer de causas que por razón de la cuantía corresponden al superior.

"Nuestro sistema procesal civil permite al demandante la acumulación de varias pretensiones en una misma demanda, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el juez sea competente para conocer de todas; pero es posible acumular pretensiones de menor cuantía a otras de mayor valor; 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Y también autoriza la acumulación, en una demanda, de las '**pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban**

servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros'. (C. de P. C. Art. 82).

"Nuestro régimen procesal contencioso administrativo, aparte de la **coadyuvancia** que autoriza el artículo 89 de la Ley 167 de 1941 y de la **reunión de juicios** electorales que contempla el capítulo XX, no contiene reglas positivas sobre la acumulación de pretensiones. Pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 282 es posible la aplicación supletoria de las normas del procedimiento civil 'en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

"Veamos, pues, si es pertinente la acumulación de pretensiones, según las reglas que antes subrayamos contenidas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, respecto de los actos de contenido concreto por medio de los cuales se liquidan impuestos a diferentes personas.

"Es indudable que para determinar los impuestos a cada persona obligada a cubrirlos de acuerdo con las normas que los han establecido, las autoridades administrativas cumplen una actuación compleja que conforma, como se ha visto antes, una operación administrativa creadora de una situación jurídica individual.

"Esas diversas relaciones jurídicas pueden nacer en diferentes momentos y, según las circunstancias especiales, en cada caso concreto, surgir o no el derecho de acción y, aún en el supuesto afirmativo, presentar disímiles modalidades en cuanto al objeto.

"Respecto a la causa o razón de la pretensión —no del acto— el concepto es complejo. Como ha dicho Chiovenda, 'la acción se individualiza y se identifica mediante los elementos de hecho que han convertido en concreta la voluntad de la ley y no por la norma abstracta de ley' y la causa **petendi** se deduce de la afirmación: de la existencia de una relación jurídica, del hecho particular que en el ámbito de dicha relación hace nacer el derecho individual y del hecho del que surge el interés en obrar.

"Si se piensa en esos elementos que integran el concepto de causa y se relacionan con el objeto que, según se anotó antes, puede presentar diferencias esenciales, disímiles modalidades, es fácil concluir que las pretensiones de los sujetos pasivos del impuesto, en el presente caso, no versan sobre el mismo objeto o provienen de la misma causa y, por ello, resulta jurídicamente imposible la acumulación.

"C **Sentencia anterior.** Como el Tribunal Administrativo, mediante sentencia de 26 de enero de 1976 declaró la nulidad de la Ordenanza Nº 3 de 1º de diciembre de 1972 y del Decreto 1703 de 28 de diciembre de 1972, sería conveniente traer a este informativo tal providencia con las constancias respectivas sobre notificación y ejecutoria.

"D **Conclusión.** De lo expuesto se deduce la improcedencia de la acción, la falta de agotamiento de la vía gubernativa y la indebida acumulación de pretensiones y esto impone, en concepto de la Fiscalía, la revocación del fallo". (El subrayado corresponde al texto original).

Para resolver la apelación, la Sala considera

1º El Consejo de Estado ha sostenido que cuando se ejercita la acción de nulidad contra un acto administrativo que ha sido anulado, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo porque hay cosa juzgada.

En este proceso obra la sentencia de 26 de enero de 1976 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle y confirmada por la de fecha 27 de enero de 1977 del Consejo de Estado, por la cual se declaró la nulidad de los mismos actos acusados en el presente juicio, en virtud de demanda presentada por el ciudadano Uladislao Domínguez.

En tales condiciones y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado lo indicado hubiera sido declarar que no hay lugar a un nuevo pronunciamiento de fondo, porque hay cosa juzgada.

2º Y en cuanto a la petición sobre indemnización de "perjuicios de todo orden que los actos acusados les hubieran podido causar a las sociedades demandantes", la Sala está de acuerdo con el pensamiento de su colaborador fiscal cuando sostiene que por tratarse de actos creadores de un impuesto han podido ser impugnados sin límite en el tiempo, por cualquier persona; pero que si se ha creado una situación individual, subjetiva, y existe un interés particular vinculado a la supuesta vinculación del ordenamiento legal no es procedente el ejercicio de la acción de nulidad y la pretensión indirecta del reconocimiento de una indemnización por la vía de la plena jurisdicción, sin atacar previamente, por medio de los recursos gubernativos, la operación administrativa correspondiente, porque la ley ha establecido, como presupuesto indispensable, el agotamiento de la vía gubernativa para acudir luego a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción especial de revisión de la operación de liquidación de impuestos, con alguno de estos objetos: para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo correspondiente, cuando sea errónea o indebida; o para que se reintegren las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente.

Como en el caso que se examina, las sociedades demandantes no han demostrado que agotaron la vía gubernativa respecto de los actos de liquidación del impuesto, su petición no puede prosperar por falta de ese presupuesto procesal, fuera de que, como lo anota el Fiscal, en el presente caso hay una indebida acumulación de pretensiones.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar declara:

1º No hay lugar a pronunciamiento de fondo;

2º Por falta de agotamiento de la vía gubernativa no puede fallarse sobre la segunda petición de la demanda.

Envíese copia de esta sentencia al Gobernador del Departamento del Valle para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase 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 Ortíz Amaya (Salva el voto).

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ACCION DE NULIDAD. — Procedencia. (Salvamento de voto).

Referencia: Expediente Nº 3735. Actor: Ingenio Riopaila Ltda. y otros.

El suscrito Consejero que fue el conductor de este proceso en la instancia, presentó proyecto de sentencia desechando el criterio esbozado por la Fiscalía y proponiendo un fallo inhibitorio por falta de presupuesto procesal de demanda en forma.

Este proyecto que no fue acogido por la mayoría, aun cuando había identidad de criterio sobre el fondo de la cuestión, dio lugar a que pasara el negocio al Consejero que le sigue en turno para que presentara nuevo proyecto que se convirtió en sentencia y que acogió el planteamiento hecho por el Fiscal sobre falta de agotamiento de la vía gubernativa e indebida acumulación de pretensiones, de la cual disiento pues sigo pensando que esa fórmula procesal no es técnica ni corresponde al fenómeno jurídico aquí enfrentado.

Basta por lo tanto para sustentar mi salvamento de voto transcribir la parte pertinente de mi proyecto que no fue acogido por la mayoría de la Sala en el cual se dijo lo siguiente:

"Sin desconocer el magnífico estudio del señor Fiscal, no comparto su planteamiento, por cuanto que de los términos formulados en la demanda y del **petitum** transcrito al comienzo de esta providencia, se observa claramente que dicha pretensión estaba enderezada a obtener la indemnización de los perjuicios 'de todo orden' que los actos demandados 'pueden causar en el supuesto de que tales actos produzcan efectos...'.

"De esos planteamientos de la demanda resulta claramente que los actos cuya nulidad se pidió eran actos de carácter general que podían afectar a un número de personas indeterminadas que estuvieran o pudieran estar en las circunstancias de ser afectados por ellos.

"En otras palabras, la naturaleza jurídica de tales actos era de carácter abstracto sin referencia a persona ninguna determinada y sin crear situaciones jurídicas subjetivas y concretas que permitieran señalar al titular de un derecho vulnerado para obtener su restablecimiento y la correspondiente indemnización si fuere el caso.

"El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido 'que contra los actos creadores de situaciones jurídicas generales sólo es procedente la acción de nulidad, mientras que la de plena jurisdicción únicamente lo es contra actos creadores de situaciones jurídicas particulares, por ser los que están por definición, en la posibilidad de violar o desconocer directamente derechos de la misma índole (sentencia del 12 de marzo de 1976, Expediente Nº 2268 sección 1ª del Consejo de Estado), y en reiteración de la tesis anterior la misma sección en sentencia del 30 de noviembre de 1976 Expediente Nº 2262 expresó 'Cabría agregar que la supuesta lesión de derecho, que se deduce como razón del restablecimiento, en el caso de haberse producido en manera alguna podía derivar directamente del acto general cuya nulidad se pretende, sino de los actos particulares de liquidación... que se hubieran realizado en ejecución de lo dispuesto en el Decreto 1418 de 1974, actos que no fueron objeto de la pretensión de nulidad. En consecuencia el planteamiento adecuado de la demanda ha debido hacerse mediante la acumulación de la pretensión de simple nulidad contra el expresado decreto y la pretensión de plena jurisdicción en relación con los actos particulares de ejecución, antes indicado...'.

"Lo anterior está indicando que el fenómeno sometido a estudio no es el de la indebida acumulación de pretensiones como lo sostiene el Fiscal, partiendo de la premisa de que las peticiones de los demandantes estaban circunscritas a la devolución de los pagos que hubieran tenido que hacer por concepto del cobro de los llamados 'derecho de monopolio' sino a la posibilidad jurídica de reclamar indemnización de perjuicios de todo orden por los supuestos efectos producidos por las decisiones de carácter general y abstracto tomadas por la Asamblea Departamental y reglamentadas por el Gobernador.

"Ya hemos visto, como no es posible pretender el restablecimiento del derecho mediante la previa obtención de nulidad de actos de carácter general y por lo tanto la demanda formulada por el apoderado de las Sociedades demandantes acusa una falta de presupuesto procesal de demanda en forma, que debe conducir a un fallo inhibitorio de la misma".

Bogotá, D. E., 29 de noviembre de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya

"El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido 'que contra los actos creadores de situaciones jurídicas generales sólo es procedente la acción de nulidad, mientras que la de plena jurisdicción únicamente lo es contra actos creadores de situaciones jurídicas particulares, por ser los que están por definición, en la posibilidad de violar o desconocer directamente derechos de la misma índole (sentencia del 12 de marzo de 1976, Expediente Nº 2268 sección 1ª del Consejo de Estado), y en reiteración de la tesis anterior la misma sección en sentencia del 30 de noviembre de 1976 Expediente Nº 2262 expresó 'Cabría agregar que la supuesta lesión de derecho, que se deduce como razón del restablecimiento, en el caso de haberse producido en manera alguna podía derivar directamente del acto general cuya nulidad se pretende, sino de los actos particulares de liquidación... que se hubieran realizado en ejecución de lo dispuesto en el Decreto 1418 de 1974, actos que no fueron objeto de la pretensión de nulidad. En consecuencia el planteamiento adecuado de la demanda ha debido hacerse mediante la acumulación de la pretensión de simple nulidad contra el expresado decreto y la pretensión de plena jurisdicción en relación con los actos particulares de ejecución, antes indicado...'.

"Lo anterior está indicando que el fenómeno sometido a estudio no es el de la indebida acumulación de pretensiones como lo sostiene el Fiscal, partiendo de la premisa de que las peticiones de los demandantes estaban circunscritas a la devolución de los pagos que hubieran tenido que hacer por concepto del cobro de los llamados 'derecho de monopolio' sino a la posibilidad jurídica de reclamar indemnización de perjuicios de todo orden por los supuestos efectos producidos por las decisiones de carácter general y abstracto tomadas por la Asamblea Departamental y reglamentadas por el Gobernador.

"Ya hemos visto, como no es posible pretender el restablecimiento del derecho mediante la previa obtención de nulidad de actos de carácter general y por lo tanto la demanda formulada por el apoderado de las Sociedades demandantes acusa una falta de presupuesto procesal de demanda en forma, que debe conducir a un fallo inhibitorio de la misma".

Bogotá, D. E., 29 de noviembre de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

CATASTRO. — Registros catastrales, declaración de nulidad de las Resoluciones 001 de enero 2 de 1976, 0048 de enero 9 de 1976 de la Dirección General del Instituto Geográfco Agustín Codazzi.

ACCION. — No es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el carácter de la pretensión, sino los motivos o finalidades que se persiga con ésta.

ACTO CONDICION. — Cuando se demanda simplemente su declaración de nulidad, el motivo o finalidad de la pretensión se contrae a la tutela del orden jurídico objetivo luego es procedente la pretensión de nulidad.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos setenta y siete (1977).

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

Sesión del día noviembre 18 de 1977

Referencia: 2505. Demandante: Municipio de Soledad.

El Municipio de Soledad en el Departamento del Atlántico, pide que se declare la nulidad de las Resoluciones 001 de 1976 (enero 2), 0048 de 1976 (enero 9), dictadas por la Oficina Seccional de Catastro del Atlántico y 427 de 1976 (marzo 25), expedida por la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

La última providencia en mención se notificó el 13 de abril de 1976. El escrito de demanda fue presentado personalmente ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 9 de agosto de 1976 y en la Secretaría del Consejo de Estado el 16 de agosto de 1976.

Los actos que son objeto de la pretensión de nulidad

Por medio de la Resolución 001 de 1976 se cancelaron más de doscientos predios que correspondían al Catastro del Municipio de Soledad y se dispuso la inscripción de los mismos en el Catastro del Municipio de Malambo.

Por medio de las otras dos resoluciones se confirmó lo dispuesto en la anterior.

Antecedentes

1º El 21 de octubre de 1961 se realizó una diligencia de deslinde entre los Municipios de Malambo y Soledad.

2º Este deslinde fue ratificado por la ordenanza Nº 15 de 1961 expedida por la Asamblea del Departamento del Atlántico.

3º Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del mismo departamento y confirmada por el Consejo de Estado (sentencias de noviembre 19/65 y junio 23 de 1967, respectivamente) se declaró la nulidad de la expresada ordenanza por vicios de forma en su expedición.

4º Por sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, dictada el 26 de julio de 1974 se declaró igualmente la nulidad del acta de deslinde realizada el 21 de octubre de 1961.

La fundamentación de los actos acusados

En la Resolución 001 de enero de 1976, se expresa lo siguiente:

"6º Que como consecuencia directa de la anulación de los actos administrativos Nº 15 de 1961 y Acta de deslinde de octubre 21 de 1961, la situación catastral de los predios en referencia debería retroactarse a su estado original, medida administrativa por parte de la Seccional de Catastro que no se llevó a cabo en tiempo procesal oportuno acogiendo los fallos de la jurisdicción contenciosa administrativa, por carencia de documentos antecedentes que aportaran indicios fiscales ciertos de la jurisdicción donde habría que inscribirse los predios limítrofes en conflicto a que se refieren los considerándos anteriores.

7º Que las gestiones realizadas por la Seccional de Catastro del Atlántico en sus archivos de materia y generales para localizar los susodichos antecedentes del litigio fueron infructuosos; solo hasta el mes de agosto del año de 1975 en base a las gestiones propias realizadas por las autoridades municipales de Malambo **se localizó la Resolución Nº 2 de 1964 originaria de la Dirección Seccional de Catastro del Atlántico, la cual fue un principio de antecedente documental para proceder de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Atlántico.** Una vez realizados por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' los estudios técnicos administrativos, con el objeto de confrontar la veracidad de la información contenida en la Resolución Nº 2 de 1964 cree esta Dirección Seccional haber allegado las pruebas fehacientes para cancelar los predios en referencia en el Catastro del Municipio de Soledad e inscribirlos en los catastros de los Municipios de Malambo, según se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia".

Los cargos de ilegalidad

Primero. Violación del Art. 97 numeral 23 del C. de R. P. y M. porque la expedición de los actos acusados implican el ejercicio de una función propia de las asambleas, como es la de "aclarar las líneas du-

dosas limítrofes de los municipios, dentro de los respectivos Departamentos".

Luego, manifiesta:

"Ante la carencia de una Ordenanza vigente que demarcara los límites en conflicto después de las sentencias de nulidad proferidas por el Contencioso-Administrativo, si el Instituto Geográfico Agustín Codazzi verdaderamente hubiera estado interesado en demarcarlos, en vez de hacerlo arbitrariamente como lo hizo ha debido, en cumplimiento de sus propias funciones (éstos sí legales), propiciar el entendimiento entre ambos municipios respecto a sus límites a través de sus Alcaldes o de sus Concejos con el fin de suscribir una nueva Acta de Deslinde, en reemplazo de la del 21 de octubre de 1961, para ser sometida a la aprobación de la Asamblea Departamental mediante Ordenanza".

Segundo. Violación del artículo 8º de la Ley 62 de 1939, porque la segregación y agregación de predios en los Registros Catastrales de Soledad y Malambo que se realizó por medio de los actos acusados no se conformó con las exigencias del artículo 8º de la Ley 62 de 1939, puesto que expresamente la resolución acusada reconoce en sus considerandos 7º que su único "fundamento" es la Resolución 2 de 1964 dictada por ese mismo instituto, la cual carece de validez por estar basada a su vez, en la Ordenanza 15 de 1961, declarada nula por el Tribunal Administrativo del Atlántico y ratificada por el Honorable Consejo de Estado.

Tercero. Violación del artículo 37 de la Resolución 1173 de 1965. Dice sobre este cargo lo siguiente:

"De conformidad con esta norma cuando el deslinde entre los municipios no se ha efectuado de conformidad con las disposiciones de la Ley 62 de 1939 y no hay límite fiscal existente, como en el presente caso, para registrar las inscripciones de los diferentes predios, mediante Resolución, en los distintos municipios, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi deberá proceder teniendo en cuenta tres (3) elementos necesarios y concurrentes a saber: a) 'Las disposiciones que señalan los límites municipales', b) 'Los títulos de propiedad' y c) 'Los comprobantes de pago del impuesto predial'.

En cuanto a 'las disposiciones que señalan los límites municipales' es sabido que tales disposiciones deben estar contenidas en una Ordenanza puesto que es privativo de las Asambleas Departamentales 'fijar los límites entre los Distritos', según el numeral 4º artículo 187 Constitución Nacional. De manera que como no estaba vigente ninguna ordenanza que fijara los límites entre Soledad y Malambo al dictarse la Resolución 001 del 2 de enero de 1976 y además la Resolución 2ª de 1964 en que aquélla afirma fundamentarse 'como un **principio** de antecedente documental', estaba, a su vez, basada en una Ordenanza nula (Nº 15 de 1961), es obvio concluir que la Resolución acusada no tuvo en cuenta, en la práctica, 'disposición' alguna que señalara los límites municipales entre Soledad y Malambo.

Por lo que respecta a 'los títulos de propiedad' y a 'los comprobantes de pago del impuesto predial' es sabido que la Resolución 001 del 2 de enero de 1976 tampoco los tuvo en cuenta puesto que en sus mismos considerandos, particularmente el 6º reconocen que carecía el Instituto de datos para efectuar el registro correspondiente de los predios de los dos (2) municipios.

Por tanto, al carecer la Resolución 001 del 2 de enero de 1976, de los tres (3) fundamentos exigidos para estos casos por el artículo 37 de la Resolución 1173 del 29 de septiembre de 1965 (Reglamento Nacional de Catastro), es forzoso concluir que las agregaciones y segregaciones territoriales de la Resolución acusada son arbitrarias por cuanto dicho acto administrativo viola la disposición comentada".

La parte impugnadora

Como tal se constituyó el Municipio de Malambo. Sus argumentos para oponerse a las pretensiones de la demanda pueden resumirse, así:

Primero. La demanda es sustantivamente inepta, pues se formuló una pretensión de simple nulidad, cuando lo procedente era formular una pretensión de plena jurisdicción, porque en esencia se persigue la tutela de un presunto derecho del Municipio de Soledad.

Segundo. Los actos administrativos y no la operación administrativa según la terminología empleada por el demandante, no agregan ni segregan territorios municipales, ni señala linderos entre los dos municipios, sino que se limitan a darle ejecución a dos sentencias de la jurisdicción administrativa que declaran la nulidad de una ordenanza y de un acta de deslinde.

El concepto del Ministerio Público

El señor Fiscal 1º de la Corporación transcribe "in extensu" las alegaciones de la parte impugnadora y después de transcribir varias providencias del Consejo de Estado, manifiesta:

"Trasladando los anteriores conceptos a la solución del caso que se estudia, se tiene que con la declaratoria de nulidad de los actos demandados, automáticamente se obtendría el cambio de registro en los catastros de los municipios de los predios a que se hace referencia en tales actos.

El hecho de que el demandante sea un municipio, no cambia la naturaleza de la acción, ni por ello, el interés deja de ser particular. Así lo reiteró la Sala en providencia de fecha octubre 18 de 1976, de la cual se transcribe: 'Se acoge y reitera en el presente proveído la jurisprudencia de esta corporación, mantenida desde el dos de abril de 1943'. En esa oportunidad se dijo: 'La disposición del artículo 20 de la Ley 167 de 1941 es de carácter imperativo. Teniendo interés en el juicio un municipio, un interés particular, propio de esa entidad, se hará intervenir desde la primera providencia, notificándosele. Síguese, por tanto que, en tales casos, la intervención del municipio no es facultativa, simplemente, como ocurre cuando se demanda, v. gr. un acto adminis-

trativo de carácter general, que atañe por igual a todos los municipios o por lo menos a los de un departamento o cuando se demanda la anulación de un acto de orden municipal cuya nulidad afecta los intereses particulares del municipio. Cuando la intervención es meramente facultativa, el municipio o la entidad de derecho público respectiva puede hacerse parte en el juicio cuando quiere, o bien, puede prescindir de ello. Tal es el objeto de la comunicación de la demanda que prevé el artículo 126. La falta de notificación, según lo expuesto anteriormente, obliga, si el juicio se adelanta, a anular lo actuado' (expediente 1857).

No queda duda, pues, de que en el presente caso, la acción que ha debido instaurarse es de plena jurisdicción y en tal sentido debe interpretarse la demanda, sin que por ese solo hecho deba declararse su ineptitud.

Ahora bien, tratándose de una acción de plena jurisdicción, la acción ha debido incoarse dentro de los términos señalados en el inciso 3º del artículo 83 del C. C. A., o sea, 'al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción'.

Luego, dice:

"El término de caducidad debe contarse, pues, como lo exige el artículo 83 del C. C. A., a partir de la fecha de notificación, o sea, desde el 13 de agosto de 1976, lo que quiere decir que el día 16 de abril cuando se instauró la demanda ante la Secretaría del Consejo de Estado, ya había vencido el plazo legal para ejercitar la acción".

Por último, concluye el señor Fiscal:

"En conclusión y como consecuencia de todo lo expuesto, considera esta Fiscalía que el presente negocio es de plena jurisdicción y que su demanda fue presentada fuera del término legal, por lo cual no se debe entrar a estudiar el mérito de la pretensión".

Consideraciones de la Sala

I. — Aspecto procesal

Sostiene la parte impugnadora y con ella el Señor Fiscal Primero, que el actor ha debido formular la pretensión de plena jurisdicción y no la de simple nulidad. El impugnador fundamenta su conclusión en el carácter subjetivo del acto en cuanto crea una situación individual y concreta y el señor Fiscal en que, dada la naturaleza de los actos impugnados, su declaratoria de nulidad implicaría de manera automática el cambio de registro en los catastros de los municipios de los predios a que se hace referencia en tales actos, lo cual equivale a restablecer un derecho del municipio.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo anterior al año de 1961, las pretensiones de nulidad y de plena jurisdicción se determinaban por la naturaleza del acto impugnado de suerte que la primera

solo podía formularse frente a actos de contenido general, o a actos condición, generadores de situaciones reglamentarias (Sentencia de marzo de 1944). Con relación específica al acto condición la antigua jurisprudencia del Consejo sostuvo en sentencias de 28 de octubre de 1941 y 24 de noviembre de 1943:

> "La autorización, permiso, concesión o licencia es, pues, condición para que un individuo quede sustraído al régimen jurídico impersonal de la prohibición de actuar y quede colocado bajo el régimen jurídico impersonal de la libertad de obrar. Estos son actos-condiciones. Los individuos que han obtenido el permiso, la autoridad, la concesión o la licencia quedan investidos de un status legal: gozan de la libertad general, impersonal, de obrar, como si la prohibición no existiese. No se encuentran en una situación jurídica individual, pues como ya se ha dicho, la autorización no crea situación jurídica individual, sino que aplica a un individuo un status legal" (Derecho Contencioso Administrativo Julio Enrique Tascón pág. 149).

La orientación jurisprudencial del Consejo cambió sustancialmente en virtud de la sentencia proferida el 10 de agosto de 1961 (Anales T. LXIII Nos. 392 a 396), en donde se sostiene que no es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el carácter de la pretensión, **sino los motivos o finalidades que se persigan con ésta:** cuando se busca únicamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta y por ende, el sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo, la pretensión es de nulidad: cuando el móvil directo del actor es la tutela de un derecho particular que ha sido lesionado por el acto, la pretensión es de plena jurisdicción.

Agrega la jurisprudencia que cuando se demanda la nulidad de un acto de contenido general, se presume que el fin del actor es obtener la tutela del orden jurídico objetivo: pero que cuando el acto impugnado es de contenido particular "el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona". De donde se infiere que en ese caso es preciso escrutar el móvil del actor mediante la interpretación de su demanda para determinar la naturaleza de la pretensión formulada, y para el efecto, señala el siguiente criterio:

> "Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley".

Nada se expresó en la sentencia citada en relación con los llamados actos condición, pero considera la Sala que dentro del criterio jurisprudencial allí expuesto, cabe hacer idéntico análisis al que se hace en relación con el acto de contenido general, cuya demanda de simple nulidad debe presumirse motivada por una finalidad de tutela del orden jurídico objetivo.

En efecto, si en el contenido del acto condición hay un 'status' legal o reglamentario del cual se inviste a un ente o sujeto, ese 'status' ha de ser determinante en la apreciación de los motivos que inducen a su impugnación, tal y como ocurre cuando se impugna al acto puramente general. De lo contrario, el viraje jurisprudencial que se operó en 1961 habría significado una regresión doctrinaria, pues ni siquiera la jurisprudencia anterior excluía la posibilidad de la acción pública para impugnar el acto condición.

La doctrina de 1961 que continúa orientando las decisiones de esta Corporación, con las precisiones contenidas en algunas providencias posteriores como la del 8 de agosto de 1977, excluye la posibilidad del contencioso de simple nulidad, pero únicamente cuando se trata de la impugnación de actos de contenido particular o concreto y cuando quiera que la sola declaración de nulidad "determine el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada"; pero en ningún caso frente al acto condición, que es una categoría jurídica diferente, asimilable al acto general, por su contenido legal y reglamentario. De tal modo es legítima esta asimilación, para efectos procesales, que el propio legislador ha instituido la posibilidad del ejercicio de la acción pública para impugnar un acto condición típico, como es el nombramiento de funcionarios (artículos 189 a 193 del C. C. A.).

En el caso de autos se impugnan unas resoluciones en virtud de las cuales se inscriben unos predios en el Registro Catastral de Malambo y se cancelan en el del Municipio de Soledad. Estima la Sala que se trata de verdaderos actos - condición en cuanto el registro catastral es la condición legal indispensable para que un Municipio pueda ejercer sus competencias en la materia del impuesto predial; gracias a él, es posible determinar qué entidad municipal está habilitada para asumir la calidad de sujeto activo del impuesto, por manera que la inclusión o exclusión de dicho registro amplía o limita la competencia correspondiente.

Si, conforme a la doctrina, una de las modalidades del acto condición es la manifestación de voluntad proferida en ejercicio de un po-

der legal para regular el ejercicio de una potestad o de una competencia preexistentes, es indiscutible que los actos impugnados tienen este carácter y que, por lo tanto ha de presumirse que cuando se demanda simplemente su declaración de nulidad el motivo o finalidad de la pretensión se contrae a la tutela del orden jurídico objetivo, a pesar de los intereses municipales en juego, los cuales, para efecto de determinar la naturaleza de la pretensión no pueden considerarse sino indirectos y, por lo mismo indiferentes.

Por consiguiente, la pretensión de nulidad propuesta en la demanda es procedente y no hay lugar a declarar la excepción de caducidad, ni la ineptitud sustantiva de la demanda.

La cuestión de fondo

Primero. En los actos acusados se expresa que con ellos se persiguió dictar las medidas necesarias en orden a retrotraer la situación catastral al estado anterior a los actos que declaró nulos la jurisdicción de lo contencioso administrativo, vale decir a la ordenanza Nº 15 de 1961 y el acta de deslinde de octubre 21 del mismo año. Las autoridades catastrales creyeron precisar ese estado anterior con lo preceptuado en la Resolución Nº 2 de 1964 de la Dirección Seccional del Catastro, pero ocurre que en el artículo 2º de tal proveído se expresa que "Las cancelaciones que se ordenan por medio de la presente resolución y que se inscriben en el Municipio de Soledad se sujetan a la jurisdicción territorial establecida por los límites técnicos ratificados por la Asamblea Departamental, **por medio de la Ordenanza Nº 15 de noviembre 14 de 1961** acto este último que fue precisamente uno de los que declaró nulos la jurisdicción contencioso administrativa.

Así las cosas, los actos impugnados dentro de este proceso no pueden entenderse enderezados al cumplimiento de las sentencias, sino que, al contrario, la consecuencia fundamental que se deriva de ellos es la de revivir la situación creada por los actos cuya nulidad fue declarada por vía jurisdiccional.

Segundo. Normalmente el registro catastral ha de elaborarse sobre la base de los límites de cada Distrito Municipal. En el caso de Soledad y de Malambo no existe delimitación señalada por medio de ordenanza de la Asamblea, pues la única que se dictó para tal efecto fue anulada por esta jurisdicción.

Las normas sobre formación del catastro prescriben que éste se realice de acuerdo con el deslinde ratificado en la forma prevista por la Ley 62 de 1939 y que cuando ese deslinde no se haya efectuado o no se haya ratificado, ha de reputarse como línea limítrofe, el **"límite fiscal existente"**, para lo cual se tendrán en cuenta los títulos de propiedad y los comprobantes de pago del impuesto predial (artículo 37 Res. 1173 de 1965).

Según se expresa en los actos acusados lo único que se tuvo en cuenta para la elaboración de los registros fue la Resolución Nº 2 de 1964 elaborada con fundamento en dos actos que fueron anulados y por ende, nula también. La documentación que debía tener en cuenta las autoridades catastrales para elaborar los registros debía referirse a una fecha anterior a ese acto y anterior también al acta de

deslinde de octubre de 1961 y a la ordenanza Nº 15 de 1961. Esa documentación no podía ser otra sino "los títulos de propiedad y los comprobantes de pago del impuesto predial" anteriores al 20 de octubre de 1961, como lo dispone el artículo 37 de la Resolución Nº 1173 de 1965, reglamentaria del catastro. Como en los actos acusados se procedió en forma diferente, resulta claro que los actos impugnados quebrantan la disposición en referencia.

Tercero. El demandante considera que también se incurrió en violación del numeral 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional, porque las autoridades catastrales fijaron los límites entre dos Municipios, con lo cual se invadió la órbita de competencia de la Asamblea.

La Sala estima que a los actos acusados no puede atribuírseles ese alcance, máxime si las normas catastrales autorizan para efectos puramente fiscales, la elaboración de registros catastrales cuando no exista delimitación entre dos o más municipios. Estos registros tienen una finalidad y un alcance muy específico y de ninguna manera podría dárseles el carácter de delimitación territorial, que es a lo que se refiere el artículo 187 de la Constitución Nacional. Por la misma razón los actos impugnados tampoco entrañan violación de los artículos 97 Nº 23 de la Ley 4ª de 1913 y 8º de la Ley 62 de 1939, pues ellos no aclaran las líneas dudosas limítrofes, ni implican agregación o segregación de términos municipales.

Cuarto. No adujo el demandante como concepto específico de violación el desconocimiento de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, el cual resulta evidente según se desprende del análisis de los actos impugnados, pues éstos conducen a revivir una situación creada por otros actos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo había anulado anteriormente. Pero como quiera que en este caso prospera uno de los cargos formulados por el demandante, el juzgador está en condiciones de fundar su proveído en otros argumentos adicionales. Por ello considera que los actos impugnados también son violatorios de los artículos 92 y 99 del C. C. A., en cuanto se reproduce la Resolución Nº 2 de 1964, dictada en desarrollo de actos anulados por las sentencias que se mencionaron anteriormente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley declara la nulidad de las Resoluciones 001 de 1976 (enero 2), 0048 de 1976 (enero 9) de la Dirección General de Catastro del Atlántico y 427 de 1976 (marzo 25) expedido por la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Previa ejecutoria archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

DEPARTAMENTOS. — Según el artículo 137, ordinal 8º de la Constitución Nacional, corresponde a la asamblea, por medios de Ordenanzas, determinar la organización y crear, fusionar o suprimir los empleos de la Contraloría Departamental.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente 2695

De plano se resuelve sobre la suspensión provisional decretada en providencia del 27 de abril último por el Tribunal Administrativo de Caldas, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora y concedido legalmente por el Tribunal de la primera instancia. Los motivos de inconformidad del apelante están consignados en su escrito que obra a folios 3 a 10 de este expediente.

Seis abogados de la ciudad de Manizales, ejercitaron la acción pública para demandar del Tribunal Administrativo de Caldas, junto con la nulidad parcial la suspensión provisional de las Ordenanzas Departamentales 96 de 1975 y 001 de 1976, dictadas por la Asamblea correspondiente y sancionadas por el ejecutivo departamental. La demanda se concreta a la nulidad del artículo 2º de la ordenanza 96 y al 4º de la Ordenanza 001, en cuanto ellos modifican el Código Fiscal de Caldas, para reformar, adicionándolo, el literal b) del artículo 454 con esta expresión que constituye el texto de los dos preceptos demandados: "Crear, fusionar, suprimir los cargos y determinar la estructura interna de su dependencia..."

Dicen los demandantes que los actos que ellos acusan están en pugna con la Constitución Nacional en sus artículos 187 numeral 5º, y 194 numerales 2º y 9º, por los motivos que exponen a lo largo de su escrito demandatorio.

El Tribunal de primera instancia, después de admitir la demanda, se pronunció sobre la medida provisoria solicitada y por encontrar que los actos están en oposición al contenido del artículo 187 numeral 5º de la Carta, los suspendió provisionalmente en el auto materia del presente recurso.

La norma del Código Fiscal que se ha pretendido reformar hace relación a la Contraloría Departamental de Caldas que, según el mismo Código, "será una oficina de contabilidad y vigilancia y no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes al desarrollo de su propia organización". Y esas funciones administrativas son las enunciadas en el artículo 454, cuyo literal b) ha sido adicionado en la forma y con la expresión que antes se transcribió.

La Constitución Nacional dice que corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas, "determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo", mientras al Gobernador le otorga la misma Carta, como atribución administrativa del departamento "nombrando sus agentes", (C. N. 194-2) para lo cual podrá "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales", según lo manda el artículo 194-9 de la Carta.

Esto en relación con la administración departamental, de la cual se excluye la Contraloría, por ser entidad fiscalizadora. Respecto a esta dependencia de la administración, según el artículo 187 ordinal 8º de la Constitución Nacional le corresponde a la Asamblea, por medio de Ordenanzas, determinar su organización y por lo mismo, crear, fusionar o suprimir los empleos de esa dependencia. En esta forma la Constitución busca garantizar la autonomía de la Contraloría, para que ejerza sin trabas y con plena autonomía, el control fiscal de la administración departamental.

Como se vé, de la simple comparación entre estos mandatos de la Constitución y el texto de las Ordenanzas acusadas, hay una ostensible contradicción, porque mientras aquéllas otorgan facultades expresas a las Asambleas para crear, fusionar, suprimir los empleos de la contraloría, éstas, las Ordenanzas, dan las mismas atribuciones al Contralor Departamental. Esto es suficiente para dar prosperidad a la suspensión que expresamente han solicitado los demandantes.

Y sí justamente esto fue lo que hizo el **a quo**, será preciso concluir que el Tribunal se ajustó a derecho en la determinación que ahora se revisa y por lo mismo que ella merece ser CONFIRMADA, como efectivamente lo hace la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Caldas, dejando constancia que este auto se aprobó en la sesión del 26 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

ACUERDOS Y RESOLUCIONES DE LOS CONCEJOS

FALSA MOTIVACION Y DESVIACION DE PODER. — Jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de agosto de 1969. La desviación del poder está íntimamente relacionada con los motivos determinantes del acto y si éste fue dictado en bien del servicio público no existe razón para su nulidad, aunque aparezca inexactitud de la motivación.

OMISION DE CARACTER FORMAL. — Esta no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre veinte de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández**)

Referencia: Expediente Nº 3936. Actor: Marco Betancur C. Apelación de la sentencia de agosto 6/76 del Tribunal Administrativo de Caldas. Nulidad del Acuerdo 116 de diciembre 11/75 del Concejo Municipal de Manizales. Fallo.

Para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de agosto 6 de 1976 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas denegó las súplicas de la demanda, el Consejo acoge el concepto de su Fiscal colaborador doctor Jorge Dangond Flórez, quien expone en su concepto de fondo:

"El abogado Alberto Gutiérrez Botero acudió al Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas en demanda de nulidad del Acuerdo número 116 de 11 de diciembre de 1975, expedido por el Concejo de Manizales, en cuanto dispone:

"**Artículo 1º** A partir de la vigencia del presente Acuerdo los bares, cafés, cantinas, coreográficos, salones de baile, griles y discotecas y establecimientos similares a éstos, que se establezcan en el área del municipio pagarán por una sola vez un derecho de apertura en la siguiente proporción:

"a) Los griles, cabarets, discotecas, wiskerias, piano-bar, night-clubs y similares, la suma de $ 120.000.00;

"b) Las fuentes de soda y similares, la suma de $ 60.000.00. A esta misma tarifa estarán sujetos los bares, cafés y cantinas que se establezcan en la zona céntrica de la ciudad;

"c) Otros bares y cafés, la suma de $ 30.000.00;

"Parágrafo. A la misma tarifa contemplada en el literal a) estará sujeto el establecimiento de mancebíos, hoteles por horas, coreográficos, amoblados, casas de cita y negocios de índole similar.

"Artículo 5º Todos los negocios dedicados a las actividades y servicios a que se refiere el artículo primero, cualquiera que sea o haya sido la fecha de su establecimiento pagarán un impuesto anual según las siguientes tarifas:

"a) Para los griles, cabarets, discotecas, wiskerías, piano-bar, night-clubs y similares y para los establecimientos sometidos al mismo tratamiento tributario según el parágrafo del artículo primero, la suma de $ 10.000.00;

"b) Para las fuentes de soda y similares y para los bares, cantinas y cafés ubicados en la zona céntrica de la ciudad, la suma de $ 5.000.00;

"c) Para los bares, cafés y cantinas ubicados en zonas distintas de las señaladas en el literal anterior, la suma de $ 3.000.00".

"Según el demandante, el acto acusado es violatorio de las siguientes normas superiores: artículos 16, 17, 197 y 206 de la Constitución; 169 del Código de Régimen Político y Municipal; 66 del Código Contencioso Administrativo; 11 del Código Sustantivo del Trabajo; 9, 10 y 11 del Decreto 49 de 1932; 1º de la Ley 97 de 1913 en relación con las Leyes 84 de 1915, artículo 1º; 72 de 1926, artículo 6º; 89 de 1936, artículo 1º y el acuerdo Nº 060 de 1974, artículos 1º y 28, grupo 9º. Y dice que el motivo que indujo a la administración a expedir el acuerdo tachado, se lee en el pliego explicativo que sirvió de fundamento al proyecto: "la proliferación de establecimientos de diversión tales como griles, discotecas, cantinas, etc., etc. que han traído numerosos problemas a la ciudad por falta de un mejor control. El desplazamiento del comercio, la oportunidad que se da a la juventud de frecuentar sitios que no son los más aconsejables para ellos y el bajísimo impuesto que hay en la actualidad, nos llevan a pensar que de no establecer una barrera al desbordamiento de los antes mencionados establecimientos públicos la ciudad sufriría las consecuencias de ellos".

"El Tribunal Administrativo, concluido el trámite correspondiente en el cual intervino un representante del Municipio de Manizales como impugnador, dictó la sentencia de fecha 6 de agosto de 1976 desfavorable a las pretensiones del actor.

"En esta segunda instancia, promovida por la parte actora, el Ministerio Público considera:

"1. El principal argumento de la demanda se basa en un aparte de la exposición de motivos del Proyecto de Acuerdo presentado a la consideración del Concejo de Manizales y en el informe de la Comisión respectiva. En efecto:

"Dice el demandante que el acto acusado infringe el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, por desviación de atribuciones, porque, en el supuesto de asistir al Concejo Municipal la competencia legal para expedir el acuerdo, éste se hizo contrariando la intención de las leyes que lo regulan y que le señala una destinación, naturaleza y fines enteramente distintos a los que tuvo de presente el Concejo, que no fueron otros 'que controlar los establecimientos de diversión con propósitos morales' y 'establecer una barrera a su existencia', puesto que los Concejos al votar los acuerdos deben hacerlo en conformidad con la Ley (Art. 197 Constitución Nacional, Ley 4ª de 1913, 169-2) que señala como finalidad de la contribución de industria y comercio ser fuente para atender a los servicios municipales (artículo 1º Ley 97 de 1913, 84 de 1915, artículo 1º; Ley 72 de 1926, artículo 6º; Ley 89 de 1936, artículo 1º.'

"Posteriormente, para dar más fuerza a su tesis, el doctor Gutiérrez Botero cita una sentencia del Consejo de Estado de 16 de julio de 1943 según la cual esta Corporación expresó que la desviación de poder 'consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista de los motivos para los cuales se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos' y agrega: 'En el orden de aplicación jurisprudencial el Consejo de Estado ha aceptado la desviación del poder como motivo de anulación cuando entraña "el ejercicio de las atribuciones legales con fines distintos al buen servicio público, y desde luego también cuando se manifiesta la disconformidad de los motivos expresados, con la realidad'.

"Es cierto que el Consejo de Estado, a raíz de la expedición del Código Contencioso Administrativo, ha venido estudiando, principalmente, el problema de la **errónea o falsa motivación** de los actos administrativos, partiendo de la base axiomática de que los considerandos y motivos de tales actos deben estar ajustados a los hechos y ser fiel reflejo de los mismos por razones de orden legal y moral, a fin de precisar cuándo tal vicio implica **desviación de poder** y es causal de nulidad por haber sido expedidos **'con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere'**, como dice el artículo 66 del citado estatuto.

"Como lo observó el distinguido Consejero Andrés Holguín, redactor de la sentencia de 25 de agosto de 1969 de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la doctrina del Consejo de Estado no había sido uniforme hasta esa fecha pues se habían expuesto tesis muy matizadas en diversos fallos y salvamentos de voto; pero, en todo caso, 'no puede afirmarse, pura y simplemente, que toda errónea o inexacta motivación implique desviación del poder público y haga nulo el acto administrativo' y por ello, en varias oportunidades, 'aunque el Consejo ha encontrado plenamente acreditada la falsa motivación, no ha hallado probada la desviación del poder, pues ha buscado en las pruebas aducidas los motivos determinantes del acto y ha encontrado, con frecuencia, que el acto fue dictado en bien del servicio público, por lo cual no ha anulado la providencia respectiva'.

"De manera que la posición del Consejo, a partir del 25 de agosto de 1965, quedó claramente sintetizada; la desviación de poder está

íntimamente relacionado con los motivos determinantes del acto y si éste fue dictado en bien del servicio público no existe razón para su nulidad, aunque aparezca inexacta la motivación.

"El Tribunal Administrativo, en la sentencia impugnada, expresó bien ese criterio; "Los actos administrativos deben ser dictados teniendo en cuenta el normal y correcto funcionamiento del servicio público, es decir, las razones y motivos de la expedición de ellos deben tener por miras el buen servicio, y no obrar por móviles torcidos de afecto o desafecto. Al ser proferido un acto administrativo, el agente u órgano de la administración no debe inspirarse en 'móviles contrarios a la moralidad, o a la imparcialidad, o a la veracidad" porque si ello ocurre, necesariamente se patentiza la desviación de poder, y hay lugar a la anulación de los actos que en tal vicio incurren'. Y, en cuanto al cargo concreto hecho por el demandante al acto del Concejo de Manizales, le asiste razón para desecharlo con apoyo en el concepto del Agente del Ministerio Público al decir que si el Acuerdo 'a más de evitar el desplazamiento del comercio y obtener nuevos arbitrios rentísticos, contribuye en algún sentido a la moralización del conglomerado, y de ello se hizo mención en la exposición de motivos, tampoco existe desviación de poder, ya que no solamente está atribuido a los Concejos, en general, artículo 169-11 del Código de Régimen Político y Municipal, la facultad de expedir Acuerdos para propender a la mejora y prosperidad del Municipio, sino también propender por la moralidad de él, respetando las normas superiores, como así mismo lo dice la atribución 5ª del artículo 7º de la Ley 72 de 1926 y en relación con el 2º de la Ley 89 de 1936'.

"2. La Fiscalía comparte esa apreciación y también la restante motivación del **a quo** para estimar sin fundamento las censuras del actor y por ello concluye que es procedente la confirmación del fallo".

A las anteriores consideraciones del señor Fiscal que el Consejo comparte, cabe agregar lo dicho por la Sala Plena de la Corporación en relación con el desconocimiento por parte de los Concejos Municipales del artículo 11 del Decreto 49 de 1932, en sentencia de 11 de junio de 1974 (Expediente Nº 1950, Actor: Antonio Ocampo Ramos), cargo enunciado por el demandante y que no fue analizado en la sentencia ni por el señor Fiscal.

"Del cuidadoso análisis de los actos acusados hecho por el Tribunal **a quo** se viene en conclusión que la única tacha de las formuladas por el actor que queda en pie, en cuanto al quebranto de lo previsto en los artículos 9º a 11º del decreto reglamentario número 49 de 1932, es la relativa a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma "precisa", la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos.

"Esta Sala considera, en acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, que una omisión de carácter formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando signifique la omisión de un

requisito substancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, harían anulable el acto por su propio contenido material.

"De otra parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la ley se presume conocida por los gobernados (artículos 56 del C. de R. P. y M., y artículos 9º del Código Civil), presunción que abarca el conocimiento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los Concejos Municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan.

"Cabe anotar que la Constitución no exige respecto de las leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el artículo 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexequibilidad en orden a salvaguardiar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrrido un Concejo Municipal en la omisión de que se trata.

"Las anteriores consideraciones, unidas a las expresadas por el señor Fiscal Primero de la Corporación, llevan a la sala a concluir que si bien lo previsto en el artículo 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo.

"En los anteriores términos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modifica la jurisprudencia existente en cuanto al alcance del artículo 11 del Decreto 49 de 1932".

Por 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, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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.

PRETENSION O SU NATURALEZA. — Nulidad o plena jurisdicción doctrina del Consejo de Estado. No es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión el factor determinante para establecer si su pretensión es de nulidad o de plena jurisdicción sino el móvil o el fin que se persigue al formularla. Oportunidad para estudiar la naturaleza de la retención. Impropiedad de la vía procesal.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre veintiséis (26) de mil novecientos setenta y siete (1977).

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

Sesión del día 21 de octubre de 1977.

Referencia: 2522. Demandante: Diego López Mora.

Conoce el Consejo de Estado de este proceso por apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en virtud de la cual no se accedió a las súplicas de la demanda.

Antecedentes

1. El Concejo Municipal de Manizales por medio del Acuerdo Nº 64 de 1974 (dic. 1º) creó el Fondo de Renovación Urbana y reglamentó su funcionamiento. En dicho acuerdo se estableció que el Concejo señalaría las áreas que, de conformidad con el Plan de desarrollo urbano, serían objeto de programas de Renovación y en el artículo 5º se prescribió que "los predios comprendidos en cada programa de renovación urbana se consideran de utilidad pública e interés social al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943 y el Concejo autorizará su compra o expropiación al aprobar cada programa de renovación".

2. El Concejo de Manizales expidió además el Acuerdo Nº 65 de 1974 (dic. 12), cuyo texto es del siguiente tenor:

"Artículo 1º Por estimarse de utilidad pública e interés social, decrétase la remodelación urbana del área comprendida entre las carreras 21 y 22 entre las calles 18 y 19 de esta ciudad.

Artículo 2º Autorízase a la Junta Directiva del Departamento de Valorización Municipal para que por medio del Fondo Rotatorio de Renovación Urbana, adquiera los predios objeto de este acuerdo, ya sea directamente o mediante expropiación, si fuere el caso.

Artículo 3º Para dar cumplimiento al presente Acuerdo, autorízase a la Junta Directiva del Departamento de Valorización Municipal para obtener empréstitos y otorgar las garantías que fueren necesarias.

Artículo 4º Autorízase a la Junta Directiva del Departamento de Valorización Municipal para vender, si fuere el caso, la zona que adquiere en la manzana cuya remodelación es objeto del presente acuerdo, con arreglo a lo prescrito en el Estatuto de Remodelación Urbana.

Artículo 5º Este acuerdo rige desde la fecha de su sanción".

3. Este último acuerdo es el objeto de la pretensión de nulidad que ha dado lugar al presente proceso.

El fallo de primera instancia

Después de hacer el estudio de fondo, el **"a quo"** hace las siguientes consideraciones:

"Finalmente, y a pesar de la conclusión ya apuntada, considera el Tribunal, más como una inquietud intelectual y jurídica y no obstante la ya consagrada línea jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en torno a las acciones contencioso administrativas, de la cual podría discrepar se, que la acción que se debió instaurar aquí era la de plena jurisdicción. Por qué, por lo siguiente:

El acto administrativo acusado crea situaciones individuales y concretas a los dueños de los predios de la zona cuya remodelación se decreta por medio de él. Esas personas son fácilmente identificables, pues son sólo ellas las que sufren posibles perjuicios. Por lo mismo, ellas son o eran las que tenían un interés jurídico para demandar, y no el doctor López Mora en su calidad de simple ciudadano quien pueda ejercitar el contencioso popular, en interés de la legalidad abstractamente considerada. Por consiguiente, ellas, o una de ellas en su propio interés, debieron ejercitar la acción de plena jurisdicción, naturalmente, dentro de los términos del artículo 83 del C. C. A.

Y curiosamente el señor Naranjo, fl. 6 del mismo cuaderno, a una pregunta del suscrito Magistrado ponente, en el sentido de que si el doctor López Mora era su procurador en este negocio, respondió que su señora esposa buscó sus servicios profesionales para que defendiera sus intereses en el presente asunto. No se patentiza aquí realmente la acción de plena jurisdicción? Claro que sí. Por consiguiente, el doctor López Mora no está legitimado en la causa para obrar en su propio nombre en este proceso.

Y es que si se decretara la nulidad del acto acusado, automáticamente el señor Martín Naranjo, única persona que no ha vendido su propiedad situada en la zona de remodelación decretada por el Concejo de Manizales en el acto acusado, quedaría restablecido en su derecho. Es decir, sus derechos particulares no sufrirían, por lo que resalta más aún, si se quiere, la acción de plena jurisdicción, la cual, se repite, debió ejercitarse por el citado señor Naranjo, y no por el doctor López Mora alegando un presunto interés en la legalidad abstractamente considerada.

Estas las razones para considerar el Tribunal que la acción que debió ejercitarse era la de plena jurisdicción, porque se trata simplemente de la defensa de derechos particulares".

Las razones del recurrente

En el escrito visible a folios 43 y siguientes reitera los argumentos de fondo propuestos en la demanda y al final expresa lo siguiente:

"Dice por último la sentencia del Honorable Tribunal Administrativo que 'considera el Tribunal, más como una inquietud intelectual y jurídica y no obstante la ya consagrada línea jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en torno a las acciones contencioso administrativas, de la cual podría discreparse, que la acción que se debió instaurar aquí era la de plena jurisdicción...'.

Esa inquietud intelectual y jurídica les queda a los Honorables Miembros del Tribunal y del Consejo de Estado, ya que por ser doctísimos juristas tendrán la oportunidad de sacar sabias enseñanzas. Pero sigo creyendo que la acción contenciosa popular era la adecuada, pues la ejercí como simple ciudadano en interés de la legalidad abstractamente considerada".

La parte impugnadora

Se constituyó como tal, el doctor Víctor Domínguez Gómez quien, antes de referirse a los aspectos de fondo del problema planteado, dice lo siguiente:

"Examinado el acto acusado y también estudiado el Acuerdo Nº 64 de diciembre 12/74, pedido como prueba en esta instancia, me parece que el Tribunal Administrativo de Caldas hizo un planteamiento importante, aunque no se pronunció de fondo sobre él, y que ahora compete al Honorable Consejo de Estado decidir, en este caso, si la acción pública de nulidad es pertinente, y con ella la impugnación por mí propuesta, o si no lo son, y decidir en consecuencia.

Para mí la acción pública no es la adecuada y este criterio arrastra también la impugnación, por lo siguiente:

Dice el Tribunal en su sentencia (folio 35 del expediente) 'el acto administrativo acusado crea situaciones individuales y concretas a los dueños de los predios de la zona cuya remodelación

se decreta por medio de él. Esas personas son fácilmente identificables, pues son ellas las que sufren posibles perjuicios...'

Evidentemente en el Acuerdo acusado su aplicabilidad está exclusivamente determinada en relación con las personas cuyos derechos de propiedad pueden quedar afectados, en virtud de ella. No son personas llamadas por sus nombres, pero sí por su relación jurídica real de propietarios en el área urbana determinada por el artículo 1º del Acuerdo acusado.

No puede hablarse del interés general del ciudadano en lo que afecte a su ciudad urbanísticamente, porque ese interés de tipo general justificaría el contencioso de anulación no en este Acuerdo sino en el Nº 64 de la misma fecha, que es soporte y respaldo del 65 acusado, casi que un solo cuerpo con él, y que sí es la norma de carácter general y abstracto.

En este caso, y como aparece de pruebas practicadas en la segunda instancia, sólo una construcción se levante en esa zona, y no mantiene la igualdad jurídica el que una acción pública se enderece para mantener una situación cuya modificación, los demás propietarios de la zona aceptaron, como legal y no dañina a sus intereses.

Podría éste ser el caso de que el Honorable Consejo de Estado considerara si es o no pertinente, para la defensa exclusiva de un interés particular y concreto, el ejercicio de la acción pública de nulidad contra un acto que sólo afecta el interés privado de un grupo y cuyo efecto ha sido consentido por todos menos por uno.

2º En el aparte anterior se anuncia otro de los argumentos que someto a la consideración del Honorable Consejo.

El Acuerdo Nº 65, del Concejo de Manizales, fue dictado, como el 64, en uso de las facultades que le confiere la Ley Primera de 1943, el mismo día, diciembre 12 de 1974. El artículo 5º del Acuerdo Nº 64 dice en parte: 'Los predios comprendidos en cada programa de renovación urbana se considerarán de utilidad pública e interés social al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley Primera de 1943...';

El 65, artículo primero dice: 'Por estimarse de utilidad pública e interés social, decrétase la remodelación urbana del área comprendida entre las carreras 21 y 22 y entre las calles 18 y 19 de esta ciudad'.

El primero es el acto de carácter general, cuya operancia requiere la determinación particular de que habla el segundo.

Así, pues, debe concluirse que lo esencial en el artículo primero del Acuerdo Nº 65 es: 'Decrétase la remodelación urbana... etc.', porque ese solo dicho obligante lleva el área afectada al amparo o a la férula del artículo quinto del Acuerdo Nº 64.

Esa interrelación del Artículo Primero del Acuerdo Nº 65 acusado, y de los demás del mismo Acuerdo, con el Acuerdo Nº 64, no acusado, lleva fácilmente a la conclusión de que la deman-

da en acción pública no puede prosperar, además, por cuanto ha debido comprender también el Acuerdo Nº 64 de diciembre 12/74 pedido como prueba en la segunda instancia, norma de carácter general y abstracto, que es el fundamento inmediato del acuerdo acusado.

Muy probablemente a esa interrelación quiso referirse el señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Caldas al examinar en su concepto el Artículo Segundo del Acuerdo Nº 64 citado y sugerir, sin pedirlo, la utilización del artículo 91 del Código Contencioso Administrativo, para su incorporación al proceso".

El concepto Fiscal

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

"Dentro de las pruebas allegadas al proceso, obran varias declaraciones de testigos, de las cuales se deduce que en el sitio objeto de la declaratoria de utilidad pública, el Banco Cafetero pretende construir un edificio comercial; y que uno de los declarantes, el señor Martín Naranjo es propietario de una porción de dicho lugar, no adquirida por el Banco y en relación con la cual la señora esposa de aquél buscó los servicios profesionales del demandante 'para que defienda sus intereses en el presente negocio' (fl. 6).

En la sentencia recurrida el Tribunal consideró fundamentalmente y en primer término, que con el acuerdo acusado no se violó ninguna de las disposiciones que se indicaron como infringidas, y en segundo lugar, y 'como una inquietud intelectual y jurídica', se cuestionó la posibilidad de existir, en el presente caso, una ineptitud de la demanda por improcedencia de la acción instaurada.

Aunque por el aspecto sustancial, la primera parte de la sentencia le merece a esta Fiscalía un total acogimiento, considera este Despacho sinembargo, que desde el punto de vista procesal el asunto debe estudiarse primeramente por el lado de la acción, pues aun cuando en la sentencia el asunto no se plantea en una forma categórica, esta Fiscalía, al contrario, estima que lo primero que debe estudiarse es lo de la acción y declarar su improcedencia, ya que la doctrina de esta Corporación es bastante reiterada en este sentido".

Después de citar varias sentencias del Consejo de Estado que contienen la doctrina de la Corporación en torno al contencioso de simple nulidad y al de plena jurisdicción, expresa:

En efecto, en el presente negocio, aunque el demandante instauró la acción de simple nulidad, algunas referencias que se hacen en la misma demanda, así como varias de las pruebas que obran en el proceso, indican que con la pretensión incoada no se busca propiamente la tutela del orden jurídico abstracto sino la defensa de derechos particulares y de ahí que se hubiere citado como violado el artículo 30 de la Constitución Nacional que se relaciona con la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.

Muy significativo resulta, para reforzar esta conclusión, lo expuesto por uno de los declarantes citados al proceso, de que para defender sus intereses vinculados a la zona objeto de la declaración de utilidad pública, su señora esposa buscó los servicios profesionales del demandante.

La simple afirmación que en la demanda se hace, de que se ejercita la acción de nulidad en defensa del derecho abstracto, cuando en realidad lo que se pretende es la tutela de un derecho privado, no exonera al demandante de tener que demostrar el interés para obrar y de cumplir con los requisitos propios de la acción de plena jurisdicción, pues de aprobar esta práctica se implantaría un procedimiento muy cómodo para burlar determinadas exigencias legales.

El hecho de que expresamente no se solicite, dentro de lo pretendido, el restablecimiento del derecho, no quiere decir que, como en el caso de autos, ello no sea lo que se procure, pues tal restablecimiento se vendría a obtener al evitarse la expropiación de la única casa que queda en pie en la manzana señalada por el acuerdo acusado.

Las fotografías que se allegaron al proceso en esta segunda instancia, muestran gráficamente la situación subjetiva planteada, lo cual, unido a lo antes dicho, releva al fallador, en concepto de este despacho, de entrar a estudiar el fondo del negocio y, por lo mismo, no hace falta examinar la utilidad que para el municipio representa el que en uno de sus sectores más céntricos, una institución como el Banco Cafetero levante un edificio de grandes proyecciones, mejorando en forma notoria el aspecto urbanístico de la ciudad".

El señor Fiscal concluye que por no ser conducente la acción ejercitada, la sentencia debe ser inhibitoria.

Consideraciones de la Sala

Primero. En la demanda no sólo se aduce como fundamento de la pretensión el desconocimiento de derechos adquiridos, lo cual es de suyo revelador del propósito principal de obtener la tutela de determinados derechos en particular, sino que la propia pretensión de nulidad no se aduce en relación con el acto general del cual el acuerdo acusado es un simple acto de ejecución, lo cual también indica que el interés se circunscribe a la protección de los derechos que, a juicio de la demandante, habrían sido lesionados por éste.

En doctrina constante desde 1961, el Consejo de Estado ha sostenido que no es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión el factor determinante para establecer si una pretensión es de nulidad o de plena jurisdicción, sino el móvil o el fin que se persiga al formularla. Una pretensión será de simple nulidad cuando se formula para obtener la tutela del orden jurídico objetivo que se considera quebrantado por el acto que es objeto de la pretensión y, es de plena jurisdicción, cuando la finalidad fundamental de la pretensión es obtener la tutela de un derecho particular que se considera desconocido o vulnerado por el acto, cuya nulidad se demanda.

Dentro de este orden de ideas debe examinarse la pretensión propuesta. El Tribunal hizo algunas consideraciones a este respecto después de hacer el estudio de fondo y concluyó que debió ejercitarse la acción de plena jurisdicción, porque se trata de la defensa de derechos particulares, sinembargo en la parte resolutiva de la sentencia se hace un pronunciamiento de mérito para no acceder a lo demandado.

El estudio sobre la naturaleza de la pretensión debió hacerlo el "**a quo**" antes de analizar el fondo mismo del problema, pues tratándose de una cuestión de orden procesal, su dilucidación debía ser previa, pues a ella quedaba condicionada la posibilidad de hacer o no el pronunciamiento de mérito. Pero el Tribunal no sólo invirtió el orden lógico, sino que, a pesar de concluir que la pretensión es de plena jurisdicción y que no podía proponerla sino la persona que se considerara lesionada en un derecho suyo, produjo un fallo de fondo sin que apareciera acreditado en el proceso el interés para obrar.

Segundo. El demandante dijo actuar en interés de la Ley para obtener la tutela del orden jurídico objetivo, pero si esa hubiera sido la finalidad real que perseguía, debió señalar como objeto de su pretensión la nulidad del Acuerdo Nº 64 que es la norma general en la cual se prescribe que "los predios comprendidos en cada programa de renovación urbana se consideran de utilidad pública e interés social al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1943. Si se razona con los propios argumentos del demandante, el quebrantamiento del orden jurídico objetivo emanaría directamente de este acuerdo y no del que escogió como objeto de su pretensión, pues este es un simple acto de ejecución del primero que, por su contenido particular y concreto, comprende apenas unas situaciones jurídicas, perfectamente determinables. Por manera que una supuesta ilegalidad de éste sería refleja de la ilegalidad general del otro y, por lo tanto, su anulación no tendría virtualidad suficiente para alcanzar la tutela del orden jurídico objetivo; apenas se obtendría la tutela del interés o de las situaciones jurídicas implicadas dentro de su marco particular y concreto, finalidad esta que no coincide con la pretensión de simple nulidad, sino con la pretensión de plena jurisdicción. Así las cosas, estima la Sala que el demandante no sólo debió aducir la lesión de un derecho suyo como fundamento para formular la pretensión de nulidad del Acuerdo Nº 65, sino que, además, debió acumular a esta pretensión la de nulidad del Acuerdo Nº 64. Pero si su propósito efectivo no era la tutela de un derecho en particular, sino la del orden jurídico abstracto, la única manera idónea de alcanzarlo era mediante la petición de nulidad del Acuerdo Nº 64, que es el acto en donde se previó de manera general que la remodelación urbana era un fin de interés social para efectos de la expropiación.

No sobra advertir al Tribunal que el estudio sobre la naturaleza de la pretensión debió hacerlo al examinar los presupuestos de admisibilidad de la demanda con lo cual se habría evitado este injustificado derroche de jurisdicción. Esta omisión y el error procesal de proferir una sentencia de mérito no obstante la conclusión del propio juzgador sobre la impropiedad de la vía procesal escogida por el actor, ha dado lugar a que al cabo de más de dos años y medio sea preciso hacer un pronunciamiento inhibitorio.

Por razón de las consideraciones precedentes y de acuerdo con su colaborador Fiscal, 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 recurrida y, en su lugar, se inhibe de hacer un pronunciamiento de mérito.

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.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CUCUTA. — Nulidad de todo el Artículo Primero del Acuerdo Municipal Nº 49 de 8 de octubre de 1975, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta y

ALCALDES. — Iniciativa de estos funcionarios en la creación, supresión, modificación, fusión o alteración de la existencia de establecimentos públicos y Empresas Municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente Nº 2642.

Agotado el trámite legal, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primero de abril del año en curso dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda formulada por el ciudadano Rafael Ibarra, quien pretende la nulidad del artículo 1º del Acuerdo 49 de 8 de octubre de 1975, dictada por el Concejo Municipal de Cúcuta.

El acto acusado es "por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta" y su artículo 1º otorga la administración de ellas a una junta compuesta por seis miembros que tendrán un período igual al del Concejo que los elige, y de la cual forman parte el Presidente y el Vicepresidente de la Corporación electora.

Los hechos fundamentales de la acción, son según la demanda, los siguientes:

"1º) La administración de las Empresas Municipales de Cúcuta —dice el artículo 1º del Acuerdo Nº 49 de 8 de octubre de 1975— estará a cargo de la Junta Directiva integrada por seis (6) miembros, a saber: Por el Alcalde de Cúcuta, o su representante, quien deberá ser funcionario del Municipio de Cúcuta; por el Personero Municipal, o el Jefe de Planeación Municipal; por el Presidente y Vice-presidente del Concejo de Cúcuta, con los suplentes que elijan las comisiones de Hacienda y Presupuesto y de

Obras Públicas; por un representante con su respectivo suplente de 'FENALCO' —Seccional Norte de Santander— y/o de la Cámara de Comercio de Cúcuta, elegido por esta Corporación de la Directiva de estos organismos; por un representante con su respectivo suplente de las asociaciones regionales de Ingenieros, Economistas y de las organizaciones crediticias con oficinas en Cúcuta, elegidos por la Corporación de las Juntas Directivas de estos organismos".

2º) Por el parágrafo 1º del artículo anterior se señaló el período de los representantes de la Junta Directiva de las Empresas Municipales que será el mismo Concejo que los elige.

3º) Por el parágrafo 2º se determinó que el Presidente y Vice-presidente del Concejo de Cúcuta "serán los concejales que llevarán la representación de la Corporación en la Junta de las Empresas Municipales de Cúcuta".

4º) El parágrafo 3º dispuso que los representantes principales y suplentes de los organismos a que se refiere el artículo 1º serán elegidos por el Concejo "de entidades diferentes para asegurar así una mayor pluralidad en la representación de los organismos gremiales y profesionales y entidades crediticias en la Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta".

5º) El parágrafo 4º del mencionado artículo 1º dispone que los miembros de la Junta que estén desempeñando el cargo, "continuarán en el ejercicio del mismo, mientras no sean reemplazados por elección del propio Concejo".

Sostiene el demandante que lo demandado contraría los numerales 4º y 6º del artículo 197 de la Constitución Nacional, porque para que los Concejos Municipales puedan ejercer las atribuciones que les confiere la Carta en los artículos 196 inciso 3º y 197 numeral 4º, se requiere una ley previa que determine tales facultades, ley que en el caso de estudio no existe. De allí que no pueda elegir el Concejo Municipal, de conformidad con el numeral 6º del artículo 197 de la Constitución, sino a los empleados que determine la ley, que, se repite, no existe para el presente caso. De allí, dice el demandante, que el Concejo no puede interferir la administración de las Empresas Municipales de Cúcuta, lo cual hace el Acuerdo materia de su acusación, cuando crea junta administradora de las mismas.

El señor Fiscal 1º de esta Corporación en su vista de fondo dice que el numeral 4º del artículo 197 de la Carta debe entenderse en el sentido de que la iniciativa del Alcalde para la creación de establecimientos públicos, de sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del municipio, se extiende a las modificaciones que esas entidades pretendan introducir, "pues lo contrario implicaría poder variar sin iniciativa del Alcalde lo que para su creación sí necesitó de su intervención". Esta afirmación la respalda el señor Agente del Ministerio Público en lo que sirve de sustento a este fallo, y que ha dicho el Consejo en otras oportunidades.

Efectivamente, en sentencia de 6 de mayo de 1972, recaída en el juicio promovido por Diego Calle Restrepo, Gobernador de Antioquia, esta Corporación dijo:

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CUCUTA. — Nulidad de todo el Artículo Primero del Acuerdo Municipal Nº 49 de 8 de octubre de 1975, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta y

ALCALDES. — Iniciativa de estos funcionarios en la creación, supresión, modificación, fusión o alteración de la existencia de establecimentos públicos y Empresas Municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente Nº 2642.

Agotado el trámite legal, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primero de abril del año en curso dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander y por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda formulada por el ciudadano Rafael Ibarra, quien pretende la nulidad del artículo 1º del Acuerdo 49 de 8 de octubre de 1975, dictada por el Concejo Municipal de Cúcuta.

El acto acusado es "por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta" y su artículo 1º otorga la administración de ellas a una junta compuesta por seis miembros que tendrán un período igual al del Concejo que los elige, y de la cual forman parte el Presidente y el Vicepresidente de la Corporación electora.

Los hechos fundamentales de la acción, son según la demanda, los siguientes:

"1º) La administración de las Empresas Municipales de Cúcuta —dice el artículo 1º del Acuerdo Nº 49 de 8 de octubre de 1975— estará a cargo de la Junta Directiva integrada por seis (6) miembros, a saber: Por el Alcalde de Cúcuta, o su representante, quien deberá ser funcionario del Municipio de Cúcuta; por el Personero Municipal, o el Jefe de Planeación Municipal; por el Presidente y Vice-presidente del Concejo de Cúcuta, con los suplentes que elijan las comisiones de Hacienda y Presupuesto y de

Obras Públicas; por un representante con su respectivo suplente de 'FENALCO' —Seccional Norte de Santander— y/o de la Cámara de Comercio de Cúcuta, elegido por esta Corporación de la Directiva de estos organismos; por un representante con su respectivo suplente de las asociaciones regionales de Ingenieros, Economistas y de las organizaciones crediticias con oficinas en Cúcuta, elegidos por la Corporación de las Juntas Directivas de estos organismos".

2º) Por el parágrafo 1º del artículo anterior se señaló el período de los representantes de la Junta Directiva de las Empresas Municipales que será el mismo Concejo que los elige.

3º) Por el parágrafo 2º se determinó que el Presidente y Vice-presidente del Concejo de Cúcuta "serán los concejales que llevarán la representación de la Corporación en la Junta de las Empresas Municipales de Cúcuta".

4º) El parágrafo 3º dispuso que los representantes principales y suplentes de los organismos a que se refiere el artículo 1º serán elegidos por el Concejo "de entidades diferentes para asegurar así una mayor pluralidad en la representación de los organismos gremiales y profesionales y entidades crediticias en la Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta".

5º) El parágrafo 4º del mencionado artículo 1º dispone que los miembros de la Junta que estén desempeñando el cargo, "continuarán en el ejercicio del mismo, mientras no sean reemplazados por elección del propio Concejo".

Sostiene el demandante que lo demandado contraría los numerales 4º y 6º del artículo 197 de la Constitución Nacional, porque para que los Concejos Municipales puedan ejercer las atribuciones que les confiere la Carta en los artículos 196 inciso 3º y 197 numeral 4º, se requiere una ley previa que determine tales facultades, ley que en el caso de estudio no existe. De allí que no pueda elegir el Concejo Municipal, de conformidad con el numeral 6º del artículo 197 de la Constitución, sino a los empleados que determine la ley, que, se repite, no existe para el presente caso. De allí, dice el demandante, que el Concejo no puede interferir la administración de las Empresas Municipales de Cúcuta, lo cual hace el Acuerdo materia de su acusación, cuando crea junta administradora de las mismas.

El señor Fiscal 1º de esta Corporación en su vista de fondo dice que el numeral 4º del artículo 197 de la Carta debe entenderse en el sentido de que la iniciativa del Alcalde para la creación de establecimientos públicos, de sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del municipio, se extiende a las modificaciones que esas entidades pretendan introducir, "pues lo contrario implicaría poder variar sin iniciativa del Alcalde lo que para su creación sí necesitó de su intervención". Esta afirmación la respalda el señor Agente del Ministerio Público en lo que sirve de sustento a este fallo, y que ha dicho el Consejo en otras oportunidades.

Efectivamente, en sentencia de 6 de mayo de 1972, recaída en el juicio promovido por Diego Calle Restrepo, Gobernador de Antioquia, esta Corporación dijo:

"El Consejo de Estado en consulta de 13 de octubre de 1970, doctor Sáchica dijo: 'Estructurar la administración es crear los elementos que la integran, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte y regular sus mecanismos de relación, en el orden al cumplimiento de la función para la cual existen. Tal facultad de estructurar comprende todos los aspectos orgánicos de la administración, separándolos de los de su funcionamiento, que son del resorte de ella misma'.

"Esta Sala piensa que la estructuración así entendida no tiene que ser total, que puede ser parcial. En cuanto a la interpretación de ciertas expresiones de la ley, esta Sala considera que la expresión 'determinar las estructuras' debe comprender también la modificación o alteración de las mismas y que la expresión 'crear establecimientos... etc', comprenden también la modificación y extinción de los existentes, pues nada se habría hecho exigiendo requisitos para la determinación de las estructuras o la creación de los establecimientos públicos, si esos requisitos no fueran ya necesarios para modificar o alterar en cualquier forma esencial las estructuras y los establecimientos públicos existentes. Coincide, por otra parte, esta interpretación con la que dio la Corte, en fallo de 1º de octubre de 1969, ponente doctor Toro Agudelo: 'Conforme a la atribución 4ª del artículo 197 Constitución Nacional, corresponde a los Concejos, a iniciativa del alcalde, crear esos establecimientos públicos y empresas; la facultad de crear comprende obviamente la de suprimir, modificar, fusionar o alterar en cualquier otra forma la existencia de dichas entidades' (actor Diego Calle Restrepo. Gobernador de Antioquia)".

A la misma conclusión a que llegó el señor colaborador Fiscal llega la Sala y por ello encuentra que las peticiones de la demanda deben prosperar.

Consecuente con lo dicho y estimando que ello es suficiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

REVOCASE la sentencia materia del presente recurso y en su lugar decreta la NULIDAD de todo el artículo primero del Acuerdo Municipal Nº 49 de 8 de octubre de 1975, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta y "por el cual se impiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta".

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, dejando constancia que ella se aprobó en la sesión del día 16 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

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

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

MUNICIPIO. — Facultad de los Alcaldes para nombrar gerente de empresas públicas.

GOBERNADORES. — Facultad de los Gobernadores para revisar las actas de los Conceios Municipales, en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y pasarlas al Tribunal competente para que éste decida su exigibilidad, exequibilidad y nulidad.

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS MUNICIPALES. — El período del Gerente de las Empresas Públicas Municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 1º de julio de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 2519. Actor: Hernando Valenzuela Plata. (Concejos Municipales).

Se decide el recurso de apelación, interpuesto oportunamente por el señor Fiscal, contra la sentencia proferida el 29 de julio pasado por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual declaró la nulidad de los artículos 50, literales d) y g), y 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 en la parte que expresa: "El Gerente General será elegido por la Junta Directiva..." y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971, expedidos por el Honorable Concejo Municipal de Neiva y denegó las demás peticiones de la demanda.

La acción

El señor Hernando Valenzuela Plata pidió al Tribunal Administrativo del Huila que declare la nulidad de los Arts. 50, literales d) y g), y 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959, adicionado por los artículos 13 del Acuerdo Nº 17 de 1961, y 5º del artículo 05 de 1971, expedidos por el Concejo Municipal de Neiva, por considerarlos violatorios del artículo 201 de la Constitución, porque facultaron a la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Neiva para nombrar gerente para el período de dos años, no obstante que la mencionada disposi-

ción prescribe que corresponde al Alcalde nombrarlo y removerlo libremente; y 1º del Decreto Nº 418 de 1976 que dispone que compete al Alcalde nombrar y remover a los empleados municipales, como los gerentes o directores de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales de carácter municipal, salvo los nombramientos que según la Constitución y la Ley correspondan a otra autoridad, porque los preceptos cuestionados otorgan a la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Neiva la facultad de nombrar al gerente para el período de dos años.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo de Neiva, mediante la sentencia que es objeto del recurso de apelación, declaró la nulidad de las ya mencionadas disposiciones y denegó las demás peticiones de la demanda, tras considerar, fundamentalmente, que de conformidad con los artículos 201 de la Constitución y 1º del Decreto 418 de 1976, reglamentario del artículo 184, numeral 19, de la Ley 4ª de 1913, invocados como violados, y con el artículo 2º de la Ley 72 de 1976, que se hizo extensivo a otros municipios del país por la Ley 89 de 1936, modificada por la 115 de 1948, al Alcalde le corresponde nombrar y remover libremente a sus agentes, entre los cuales está comprendido el gerente de las Empresas Públicas de Neiva; que son una entidad constituida como establecimiento público; que los Concejos Municipales tienen la atribución, prescrita por el artículo 197 de la Constitución, de elegir Personeros y Tesoreros Municipales, y según el artículo 1º, letra b), de la Ley 84 de 1915, la de reservarse los nombramientos de los cargos que creen en vías de comunicación, fomento e higiene, exceptuados los que tengan el carácter de Agentes del Alcalde; que el Concejo Municipal de Neiva, que no tiene competencia para nombrar al Gerente de las Empresas Municipales, mal podía delegar esta atribución en su Junta Directiva; y que, en consecuencia, como expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 25 de febrero de 1976, que transcribe, el Alcalde tiene la atribución de nombrar y remover libremente al Gerente de las Empresas Municipales de Neiva. En esta forma el Tribunal rectifica "el criterio expuesto en el fallo del 24 de febrero de 1972" que declaró exequible el Acuerdo Nº 05 de 1971.

Pero considera que, respecto del período del Gerente de las Empresas Públicas Municipales y de la fecha desde la cual deba contarse, "nada puede decir", porque "no se citaron las disposiciones legales violadas" ni se expresaron los conceptos de violación.

Los argumentos del apelante

El señor Fiscal 1º del Tribunal argumenta que el Alcalde, como miembro de la Junta Directiva de las Empresas Municipales, participa en la elección del Gerente, a quien le da posesión, lo que significa que, consideradas en su conjunto, las disposiciones invocadas como violadas fueron observadas por las normas impugnadas, cuya nulidad no es dable declarar con base en un mero concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, menos si el mismo Tribunal ya había declarado exequible el Acuerdo Nº 05 de 1971.

El concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal 1º del Consejo de Estado conceptúa que es preciso confirmar la sentencia del Tribunal porque se funda "en sólidos principios de carácter legal y constitucional" y en la jurisprudencia del Consejo de Estado expuesta, entre otras, en providencias, que en parte transcribe, del 2 de septiembre de 1975 y del 25 de octubre de 1976.

Las consideraciones de la Sala

La Sala procede a resolver el recurso de apelación mediante las siguientes consideraciones:

1ª) **Los actos impugnados.** Las normas cuestionadas disponen que la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Neiva tiene, entre otras, la facultad de elegir y remover al Gerente (artículo 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971) y la de "aprobar o improbar los nombramientos y remociones del personal que haga de Gerente" (Art. 50, letra g), del Acuerdo Nº 26 de 1959); y que el período del Gerente de las mencionadas empresas es de dos años, contado desde la posesión (artículos 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1961). El artículo 13 del Acuerdo Nº 17 de 1961 también se refiere al Auditor de las Empresas Públicas de Neiva, pero, como la demanda alude exclusivamente al Gerente, este aspecto no es objeto de impugnación.

2ª) **La facultad de nombrar Gerente de las Empresas Públicas.** Las Empresas Públicas de Neiva, según el artículo 1º del Acuerdo Nº 26 de 1959 (f. 1), son un establecimiento público municipal cuyo gerente, es agente del Alcalde, del mismo modo como los gerentes o directores de los establecimientos públicos nacionales y departamentales son, respectivamente, agentes del Presidente y del Gobernador. Por consiguiente, el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva es del libre nombramiento y remoción del Alcalde, de conformidad con los artículos 201 de la Constitución, 184, numeral 19, de la Ley 4ª de 1913, 2º de la Ley 72 de 1926 y 1º del Decreto Reglamentario Nº 418 de 1976. Como los artículos 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971 disponen que la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Neiva tiene la facultad de elegirlo, violaron, como consideró el Tribunal, las mencionadas disposiciones. El artículo 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959, en su primera parte, reitera que el Gerente debe ser elegido por la Junta y, por lo mismo, como bien estimó el Tribunal, infringió también los mencionados preceptos.

La Constitución y la Ley distinguen, entre los empleados administrativos, los que tienen el carácter de agentes, porque éstos desempeñan funciones políticas, de dirección y confianza, y están encargados de asegurar la coordinación y la unidad de la administración con los organismos descentralizados. De este modo es explicable que los gerentes o directores de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, los Departamentos, las Intendencias, Comisarías y Municipios sean, respectivamente, del libre nombramiento y remoción del Presidente, los Gobernadores, los Intendentes, los Comisarios y los Alcaldes.

De manera que, si la finalidad de un precepto es criterio de su interpretación, en el caso que se decide tanto el tenor de los preceptos indicados como su finalidad permiten concluir que los directores o gerentes de los establecimientos públicos municipales, como el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva, son Agentes del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción. Además, esta interpretación ha sido sustentada por esta Sala, entre otras, en las providencias que el señor Fiscal 1º menciona. De donde se concluye que lo resuelto por el Tribunal, sobre este particular, debe ser confirmado.

3ª) **La providencia del Tribunal del 24 de febrero de 1972 y el caso sub judice.** El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la mencionada providencia declaró exequible, ante las observaciones del Gobernador, el Acuerdo Nº 05 de 1971, cuyo artículo 5º reiteró el artículo 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959. El señor Fiscal 1º del Tribunal afirma que éste incurrió en contradicción al declarar la nulidad, mediante la sentencia que es objeto del recurso de apelación, de la norma últimamente mencionada, porque el mismo ya había resuelto que es exequible.

Pero la Sala no verifica la existencia de la indicada contradicción, por los siguientes motivos:

El artículo 194, Ordinal 8º, de la Constitución atribuye al Gobernador "revisar los actos de los Concejos Municipales" en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y pasarlos "al Tribunal competente para que éste decida de su exequibilidad" con bases en sus observaciones.

Este precepto tiene los siguientes antecedentes:

El artículo 195, Ordinal 8º, de la Constitución de 1886 facultaba a los Gobernadores para **suspender** los acuerdos municipales, "por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de incompetencia o ilegalidad".

El artículo 59, ordinal 7º, del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 subrogó este precepto en el sentido de darle competencia al Gobernador para pasarlos "a la autoridad judicial, para que ésta decida de su exequibilidad", según el sentido implícito del precepto, con base en sus observaciones. La modificación tuvo por objeto hacer que los actos de los Concejos Municipales, entre los cuales se cuentan principalmente los acuerdos, no estén sujetos directamente al control de tutela del Gobernador, como en la Constitución de 1886, sino de una autoridad judicial, a instancias del Gobernador y dentro de los límites de sus observaciones, conforme a lo prescrito por el artículo 177, inciso 1º, de la Ley 4ª de 1913.

El artículo 3º de la Ley 28 de 1922, extralimitando claramente el artículo 59, ordinal 7º, del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, dispuso que "declarada la exequibilidad de un acuerdo por el Gobernador, éste lo remitirá al respectivo Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo, con una exposición de los motivos de inconstitucionalidad o

ilegalidad en que se funde". El precepto determina, por primera vez en la historia de la institución, que de las observaciones del Gobernador debe conocer el correspondiente Tribunal Administrativo. Pero contrariaba el alcance de la norma en cuanto, en contraposición con ella, daba al Gobernador la facultad de declarar inexequibles los acuerdos municipales, pese a que su atribución se limitaba a hacerles observaciones y pasarlos "a la autoridad judicial" competente.

Los artículos 9º y 12 de la Ley 72 de 1926, que, de conformidad con las Leyes 89 de 1936 y 115 de 1948, posteriormente se hicieron extensivos a otros municipios, prescribieron también la posibilidad de que el Gobernador pueda objetar los acuerdos municipales y declararlos inexequibles, pero con la diferencia de que, en esta hipótesis, el acuerdo debía volver a la consideración del Concejo, el cual podía acoger o desechar las dichas observaciones del Gobernador. Esto constituyó un retroceso, en relación con el artículo 3º de la Ley 22 de 1928, que había dispuesto, conforme a lo prescrito por la Constitución, que el acuerdo, con las observaciones del Gobernador, debe remitirse al Tribunal Administrativo correspondiente. Además, estás disposiciones, como expresó el Consejo de Estado en providencia del 18 de septiembre de 1941 (Anales Tomo XLIV, Pág. 843), en cuanto contrariaban claramente el artículo 192 de la Constitución entonces vigente, correspondiente al artículo 59, ordinal 7º, del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, eran constitucionales.

Pero el artículo 194, ordinal 8º, de la Constitución, que corresponde al artículo 86 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, subrogó los mencionados preceptos al disponer que corresponde al Gobernador revisar los actos de los Concejos Municipales, "por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad", y pasarlos, con sus pertinentes observaciones, al "Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad". La Constitución no designó al órgano, pero por tal se ha entendido, de acuerdo con el artículo 154 **ibidem**, al Tribunal Administrativo de cada Departamento.

De todo lo expuesto se deduce que el control de tutela que sobre los acuerdos ejercía el Gobernador, según la Constitución de 1886, con la posibilidad de **suspenderlos** por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, paulatinamente se transfirió a los Tribunales Administrativos con la misma finalidad: ejercer un control de esos actos, con base en las observaciones del Gobernador, sobre su constitucionalidad y legalidad para, en la hipótesis de que fueren contrarios a la Constitución o a las leyes, **no ejecutarlos**. El artículo 194, ordinal 8º, de la Constitución afirma este criterio, mediante la posibilidad de que los Tribunales encargados de revisarlos puedan declararlos **inexequibles**, es decir que, por causa de esta decisión, no pueden ser **ejecutados**.

De donde se deduce que la declaración de un Tribunal en el sentido de que un acuerdo es exequible o inexequible atañe exclusivamente a la posibilidad de cumplirlo, como una actividad jurisdiccional que se origina en el control de tutela que sobre él ejerce el Gobernador, según la Constitución, pero que por lo mismo no se equipara a la declaratoria de validez o de nulidad de ese acto, hecha mediante sentencia que ponga término a un juicio adelantado mediante acción de nulidad, que implica una decisión, no sólo sobre si puede o no ser

ejecutado, sino también, y fundamentalmente, sobre su constitucionalidad y legalidad ex **tune**, es decir, desde el momento mismo de su existencia. En este caso, el acuerdo deja de ser ejecutable porque se lo declara nulo, no porque se estime, como sucede con el control que ejercen los Tribunales con base en el artículo 194, ordinal 8º, de la Constitución, que no es ejecutable, sin perder el carácter de acto administrativo.

Por consiguiente, si el Tribunal Administrativo del Huila declaró exequible el Acuerdo Nº 05 de 1971, ello no obsta para que, mediante acción jurisdiccional, como la propuesta, hubiera podido declarar, en la sentencia que es objeto del recurso que se decide, la nulidad de su artículo 5º, que es reiterativo del artículo 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959. De manera que, también por este aspecto, debe ser confirmada la sentencia del Tribunal.

4ª) La aprobación de los nombramientos que haga el Gerente. La parte demandante no hizo ningún cargo específico contra el artículo 50, letra g), del Acuerdo Nº 26 de 1959, que dispuso que la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Neiva debe "aprobar o improbar los nombramientos y remociones del personal que haga el Gerente". El Tribunal declaró la nulidad de este precepto, pero no hizo ninguna consideración específica sobre el particular. En consecuencia, es preciso modificar la sentencia del Tribunal, en relación con este punto, en el sentido de declarar que no es el caso de hacer ningún pronunciamiento sobre él.

5ª) El período del Gerente. Los artículos 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1961 prescriben que el período del Gerente y del Auditor de las Empresas Públicas de Neiva es de dos años, contados a partir de su posesión. La parte demandante sólo impugnó los indicados preceptos en cuanto atañen al período del gerente; por consiguiente la decisión que se adopte no comprende al Auditor. El Tribunal no accedió a declarar la nulidad de estas normas porque la parte demandante no fundamentó el cargo en la violación de una disposición de jerarquía superior.

Pero la Sala considera que, si prospera el cargo contra los artículos 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971, sobre la base de considerar que el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva es agente del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción, esta petición es consecuencial y está implícita en aquélla. Un cargo del libre nombramiento y remoción del Alcalde necesariamente excluye la posibilidad del período. La Sala considera que los cargos de agentes, en la Administración Nacional y local, por ser carácter político y de confianza implican la permanente posibilidad de proveerlos libremente, sin las limitaciones, propias del período que haría nugatoria su finalidad (artículos 120, ordinales 1º, 4º y 5º, inciso 2º, 181, incisos 2º y 3º, 194, ordinales 2º y 6º, inciso 2º, y 201 de la Constitución). En consecuencia, es preciso modificar la sentencia del Tribunal y declarar también la nulidad de los artículos 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1971 en cuanto señalaron período al cargo de gerente de las Empresas Públicas Municipales de Neiva.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el señor Fiscal 1º de la Corporación, **reforma** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 29 de julio del año pasado, en los siguientes términos:

1º) La confirma en cuanto declaró la nulidad de los artículos 50, literal d), del Acuerdo 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971 del Concejo Municipal de Neiva. La revoca en la parte en que declaró la nulidad del artículo 50, letra g), del Acuerdo Nº 26 de 1959 de la misma Corporación, y en su lugar, declara que no es el caso de hacer ningún pronunciamiento sobre el particular.

2º) Revoca la decisión del Tribunal relativa al período del Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Neiva y declara la nulidad, de cuanto atañen al mismo, de los artículos 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1971 del Concejo Municipal del Huila.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, Miguel Antonio Cárdenas, Carlos Galindo Pinilla.

Alvaro Escobar Henríquez, Secretario.

CONSULTA. — Requisitos para que proceda. El artículo 134 de la Ley 167 de 1941 estableció el grado de consulta como subsidiario del recurso de apelación en beneficio de la entidad de derecho público, cuando hubiere sido condenada a pagar una suma de dinero superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) según el Decreto 1722 de 1956.

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

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 2004. Actor: Guillermo León Cardona Mora.

En sentencia del 29 de julio del año en curso, el Tribunal Administrativo de Antioquia dispuso:

"1º) Decrétase la NULIDAD de la Resolución Nº 9 de 3 de agosto de 1976 expedida por el Concejo Municipal de Itagüí y por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor LEON CARDONA MORA del cargo de Tesorero de Rentas de ese Distrito, cuya designación se produjo por Resolución Nº 005 de 6 de abril de ese mismo año emanada del Cabildo de la referida ciudad.

"2º) Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al mencionado municipio a pagarle al demandante, dentro del término previsto en el artículo 121 del C. C. A., los sueldos y prestaciones dejadas de percibir durante el lapso comprendido entre el veintitrés (23) de agosto y el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos setenta y seis (1976), liquidados éstos con base en una asignación mensual de DIEZ MIL PESOS ($ 10.000.00), más los aumentos si fueron decretados durante el tiempo que se dispone indemnizar y para el cargo de Tesorero de Rentas Municipales.

"3º) Para efectos de prestaciones sociales se estima que no existió solución de continuidad en los servicios para el período de que se ha hecho mérito".

El Tribunal ordenó la consulta del fallo anterior

El artículo 134 de la Ley 167 de 1941 estableció el grado de consulta como subsidiario del recurso de apelación en beneficio de la enti-

dad de derecho público, cuando hubiere sido condenada a pagar una suma de dinero superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) según el Decreto 1722 de 1956. De forma que para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales Administrativos en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada al pago de suma superior a esa cifra no haya interpuesto el recurso de apelación.

En el caso presente, el propio Tribunal Administrativo de Antioquia está aceptando que el juicio es de única instancia, lo que indica que la sentencia por él proferida, por definición, excluye tanto el recurso de apelación como la consulta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

ABSTENERSE de revisar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día 29 de julio de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en Sesión celebrada el día nueve de septiembre de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. — Las empresas transportadoras están exentas de él.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta — Bogotá, D. E., julio siete de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente número 3695. Actor: Cía. de Transportes Terminales S. A.

Se resuelve la apelación de la sentencia de 5 de febrero de 1976 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, interpuesta por la sociedad actora, en el proceso de impuesto de industria y comercio adelantado por "Cía. de Transportes Terminales S. A."

Por Resolución número 62 de 2 de mayo de 1974, la Junta Municipal de Aforos del Municipio de Yumbo fijó a la "Cía. de Transportes Terminales S. A." la cantidad de $ 11.072.00 mensuales por concepto de impuesto de industria y comercio, a partir del 1º de enero de 1974.

La "Cía. de Transportes Terminales S. A." pidió a la referida Junta, con fecha 19 de julio de 1974, revocar esa resolución, por cuanto el Decreto Legislativo Nº 228 de 1958 prohíbe a los Departamentos y Municipios gravar a las empresas de transporte automotor con impuestos distintos de los autorizados en los Decretos 2281 bis y 3425 de 1954, entre los cuales no figura el impuesto de industria y comercio. Pero la Junta negó lo pedido, en la sesión del día 2 de septiembre de 1974.

Acudió entonces la "Cía. de Transportes Terminales S. A." ante el Tribunal Administrativo del Valle en demanda de revisión de la operación de liquidación del gravamen que se deja relacionado, el 17 de septiembre de 1974, para que declare que no está obligada a pagar el impuesto de industria y comercio y para que el Municipio de Yumbo reintegre lo pagado por tal concepto en 1974. Invocó como normas violadas las de los decretos arriba citados.

El Tribunal denegó la admisión de la demanda, porque consideró que la acción de revisión estaba caducada, por haber transcurrido más de tres meses a partir del 15 de mayo de 1974 cuando en su concepto quedó ejecutoriada la notificación de la resolución que fijó el grava-

men, ya que la sociedad demandante no interpuso el recurso de reposición dentro de los treinta días siguientes a la misma.

Pero esta Sala del Consejo de Estado revocó esa decisión, mediante auto de 20 de marzo de 1975, con base en las siguientes consideraciones:

> "El artículo 273 del Código Contencioso Administrativo dispone que si los acuerdos municipales hubiesen establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción de revisión ante lo contencioso administrativo cuando se hubiesen agotado aquellos recursos. 'Sólo entonces —dice la norma— la liquidación tendrá el carácter de definitiva y los tres meses de que habla el artículo anterior empezarán a contarse desde la fecha de ejecutoria de la última decisión'.
>
> "En el caso que se examina, la notificación de la resolución que fijó el gravamen se verificó sin indicarle a la sociedad contribuyente que contra ella era procedente el recurso de reposición dentro de los 30 días siguientes, como lo prescribe el artículo 24 del acuerdo número 42 de 1973 del Concejo de Yumbo, reglamentario del impuesto de industria y comercio en aquel municipio y por lo mismo la notificación no pudo producir efectos legales hasta cuando la sociedad se dio por suficientemente enterada, que fue cuando presentó la reclamación, esto es, el 19 de julio de 1974, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959.
>
> "En estas condiciones, la demanda de revisión se presentó en tiempo oportuno, bien sea que los tres meses se cuenten a partir de la fecha de presentación del recurso de reposición o cuando éste fue resuelto, el 2 de septiembre de 1974.
>
> "En consecuencia, la Sala **revoca** el auto apelado y dispone que el Tribunal le dé curso legal a la demanda".

Admitida la demanda por el Tribunal, se constituyeron parte impugnadora de la acción el alcalde y personero de Yumbo, quienes presentaron la Resolución número 101 de 10 de diciembre de 1974 de la Junta de Aforos de Yumbo, para responder otra solicitud de la "Cía. de Transportes Terminales S. A." de fecha 24 de octubre de 1974, resolución que dispone rebajar a $ 6.971 mensuales el impuesto de industria y comercio de la referida empresa "a partir del 1º de enero de 1974".

Mediante sentencia de 5 de febrero de 1976, el Tribunal declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, porque en su sentir la sociedad actora no agotó la vía gubernativa contra la Resolución número 62 de 1974 de la Junta Municipal de Aforos de Yumbo y agrega:

> "Por eso si se hubieran aceptado las razones que expuso este despacho para no admitir la demanda en los autos del 2 de noviembre y del 17 de diciembre de 1974, entre las cuales se dijo que sí se acepta la tesis de ilegalidad de la notificación de la Resolución Nº 062 mencionada, por no haberse advertido qué recurso había contra ella, el acto era inexistente al tenor del artícu-

lo 12 del Decreto 2733 de 1959 y por consiguiente no podía demandarse ante esta jurisdicción, pues mal podía demandarse la anulación de un acto administrativo que no está produciendo ningún efecto legal".

En virtud de apelación interpuesta contra la referida sentencia por la sociedad actora, el proceso vino al Consejo de Estado y agotado el trámite de la segunda instancia, es oportuno resolverla.

Se considera

1. Como lo conceptúa el Fiscal 3º de la Corporación, la sentencia de primera instancia es inaceptable, por las razones expuestas por esta Sala en el auto de 20 de marzo de 1975, ya que la Resolución Nº 62 de 1974 no produjo efectos legales sino a partir del 19 de julio de 1974 cuando el apoderado de la sociedad demandante presentó el escrito de reclamación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959. Y, además, porque el Tribunal incurrió en el error de considerar que el acto era inexistente y que por ese motivo no se podía demandar ante la jurisdicción, ya que es impropio hablar de inexistencia del acto que no se ha notificado en debida forma. Cosa diferente es que no produzca efectos por omisión de esa formalidad.

2. Agrega el Fiscal: "2. Sinembargo, la Fiscalía estima que no es posible un fallo de mérito por las siguientes razones:

"a) Según certificado acompañado a la demanda, la Junta Municipal de Aforos, en sesión del 2 de septiembre de 1974, negó la petición formulada por la sociedad el 19 de julio de 1974, pero la copia de ese acto no se allegó al juicio;

"b) El 28 de octubre de 1974, el apoderado de la sociedad presentó otra solicitud a la Junta Municipal de Aforo y ésta dictó la Resolución Nº 101 de 10 de diciembre de 1974 por medio de la cual resolvió:

" '**Artículo Primero.** A partir del 1º de enero de 1974 fíjase en la cantidad de $ 6.971.00 mensuales, el impuesto de Industria y Comercio para la Cía. de Transportes Terminales S. A., ubicada en la carretera Cali-Yumbo.

Artículo Segundo. Adviértase al interesado que con esta providencia queda agotada la vía gubernativa'. Y el 16 de diciembre de 1974 se notificó personalmente. (fl. 45);

"c) Es evidente que la Resolución 101 de 10 de diciembre de 1974 sustituyó a la Nº 062 de 2 de mayo de 1974.

"3) Como en este proceso se ha atacado la Resolución Nº 062 de 2 de mayo de 1974 y ésta, como se anotó antes, se extinguió jurídicamente por virtud de la Resolución 101 de 10 de diciembre de 1974, es claro que el fallo debe ser inhibitorio por sustracción de materia".

3. La Sala no está de acuerdo con esta opinión del Fiscal porque según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de

materia y falta el objeto práctico de la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación. (Véanse, entre otras, las providencias de 14 de febrero de 1947 y 11 de julio de 1962).

En el caso que se examina, la sociedad actora lo que persigue con su acción es que se declare que no está obligada a pagar el gravamen que se le cobra y a que se le devuelvan los valores que haya pagado por tal concepto, en caso de que prospere la petición principal. De tal suerte que se impone resolver el fondo de la cuestión planteada.

4. Es evidente que la sociedad demandante, que es una empresa de transportes con vehículos automotores, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio, por disponerlo así el Decreto Nº 228 de 2 de julio de 1958, adoptado como acto legislativo permanente por la Ley 141 de 1961, y según el cual los Departamentos y Municipios no pueden gravar a las empresas de transporte automotor con impuestos distintos de los relacionados en el artículo 1º del Decreto 2281 bis de 1954 y artículo 3º del Decreto 3425 de 1964, entre los cuales no figura el de industria y comercio, que es el que le cobra el Municipio de Yumbo a la empresa actora. Esta es jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, según Sentencia de 15 de enero de 1970, expediente Nº 1377. Le asiste, por tanto, razón a la Sociedad demandante en sus peticiones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada;

2º Declárase la nulidad de las Resoluciones números 62 y 101 de 1974 de la Junta Municipal de Aforos de Yumbo;

3º El Municipio de Yumbo, por conducto de la Tesorería, reintegrará a la empresa "Cía. de Transportes Terminales S. A." los valores que en dinero hubiese pagado por concepto del impuesto de industria y comercio a partir del 1º de enero de 1974, dentro del plazo de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia (artículo 121 del Código Contencioso Administrativo) y de allí en adelante junto con los intereses de demora a la tasa del 8% mensual hasta el día del pago.

Envíese copia de esta sentencia al alcalde de Yumbo, para su conocimiento y cumplimiento.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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.

PODER DE POLICIA. — JUEGO. — APUESTAS. — Competencia de la Alcaldía para adoptar medidas de policía administrativa en el caso de incumplimiento del pago de las apuestas. Nulidad del acto administrativo expedido en forma irregular, "o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere". Incompetencia de la Alcaldía para decidir conflictos de derecho privado entre particulares.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Antonio Cárdenas V.**)

Referencia: Expediente Nº 2511. Actor: José Manuel Gómez.

I

Decide el Consejo el recurso de apelación que el Personero de Cali y el apoderado del señor José Manuel Gómez interpusieron contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca que dispuso lo siguiente:

"**Primero.** Son nulas las Resoluciones Nos. 007 de marzo 18 de 1975 y J-017 de abril 25 de 1975, aprobadas en su orden por la Oficina de Control y Vigilancia de la Secretaría de Gobierno Municipal y del Alcalde Municipal de Cali; y

"**Segundo.** Niéganse las otras peticiones de la demanda".

Es obvio que la apelación del Personero es en cuanto al punto 1º; y la del apoderado del actor se refiere al punto 2º, pues ni el uno ni el otro expresaron los motivos de su inconformidad.

II

El señor José Manuel Gómez tenía permiso de funcionamiento concedido por la Alcaldía de Cali, en su condición de propietario de una empresa de juegos denominada "Apuestas Hípicas Jockey", para un plan especial relacionado con los resultados de las carreras de caballos.

Los señores Tito Valdiri Naranjo y Hernán Palacios participaron en una apuesta que salió favorecida con la suerte, pero la empresa se negó a pagarla. El incumplimiento fue comprobado por la administración municipal, que mediante resoluciones motivadas dispuso sancionar la conducta del empresario de la casa de apuestas, así:

"ARTICULO PRIMERO. ORDENAR, como en efecto lo hace, el pago de la 2ª tripleta distinguida con el Nº AC-19463, jugada por los señores TITO VALDIRI NARANJO y HERNAN PALACIOS, en las apuestas Hípicas Jockey, ubicada en la Cra. 3ª Nº 12-58 de esta ciudad, de propiedad del señor JOSE MANUEL GOMEZ, en la reunión hípica Nº 9 efectuada el domingo 2 de febrero de 1975, y cuyo dividendo es de $ 37.632.00 y en la cual resultaron ganadores los caballos números 7, 11 y 7 y en la cuarta, quinta y sexta válidas respectivamente.

"ARTICULO SEGUNDO. OFICIESE, a la Contraloría Municipal, sección de Fianzas, para que se haga deducible de la Póliza de Cumplimiento presentada por el señor José Manuel Gómez, de conformidad con el Decreto Municipal Nº 982 de noviembre 15 de 1968, artículo 1º por infringir el Decreto Municipal Nº 855 de octubre de 1968, artículo 6º numeral 7º".

(Resoluciones números 7 del 18 de marzo de 1975 del Departamento de Control y Vigilancia del Municipio de Cali; 12 del 7 de abril siguiente, que niega la reposición de la anterior; y 17 del 25 de abril de ese año, por la cual el Alcalde, en su calidad de superior jerárquico, estudia el recurso de apelación y resuelve confirmar en todas sus partes el acto proferido por el Departamento de Control y Vigilancia, agotando así la vía gubernativa).

III

Estos son los actos sometidos a este proceso contencioso-administrativo, incoado por el señor José Manuel Gómez, mediante su apoderado, en que ejercita la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C. C. A., para que el Tribunal del Valle se pronunciara en primera instancia, tal como lo hizo, sobre las siguientes pretensiones:

"**Primera.** Declárase la nulidad de la Resolución número 07 de marzo 18 de 1975, emanada del Departamento de Control y Vigilancia de Cali; y consecuencialmente la nulidad de la Resolución número 012 de abril del mismo año, por la cual se negó la reposición y se concedió la apelación de la primera; y así mismo, la nulidad de la Resolución número J-017 de abril de este año, emanada de la Alcaldía Municipal, por la cual se resolvió la apelación;

"**Segunda.** Como consecuencia de la declaración anterior condenase al Municipio de Cali, a pagar en favor del señor José Manuel Gómez la suma de $ 50.000.00 por concepto de los perjuicios causados con las Resoluciones acusadas".

IV

Se alega que el acto acusado incurrió en el fenómeno del abuso o desviación de poder porque adoptó una decisión que está reservada a

la jurisdicción civil, puesto que dispuso que el pago de la apuesta debía hacerse a determinadas personas, lo cual equivale a definir una contención de derecho privado entre particulares, competencia que está reservada a los jueces civiles, de acuerdo con los artículos 12 y 16 del Código de Procedimiento Civil.

E igualmente alega que la atribución de vigilancia o control de policía administrativa está señalada en el artículo 6º del Decreto Municipal 855, que dispone:

"La Inspección de Juegos, Rifas y establecimientos públicos, procederá mediante resolución motivada a la cancelación definitiva de la licencia en los siguientes casos: ...7º El incumplimiento en el pago de las apuestas a los ganadores".

V

El concepto del Ministerio Público es favorable a las peticiones de la demanda. Tanto la Fiscalía del Tribunal, como la del doctor Carlos Ramírez Arcila, Fiscal Primero del Consejo de Estado, opinan que la Alcaldía de Cali no podía obligar al pago del valor de la apuesta ganadora, y por esta razón deben prosperar los pedimentos de la demanda, confirmando así la sentencia recurrida.

VI

Para resolver se considera

Dos son las cuestiones propuestas a la decisión de este proceso:

a) La competencia de la Alcaldía para adoptar medidas de policía administrativa en el caso de incumplimiento del pago de las apuestas;

b) La incompetencia de la misma para decidir conflictos de derecho privado entre particulares.

(a)

Estudiadas las motivaciones de los actos acusados se llega a la conclusión de que el negocio de apuestas hípicas del señor Gómez incumplió en el pago de una boleta ganadora de los señores Tito Valdiri y Hernán Palacios.

Este hecho cómo podía ser sancionado por las autoridades de policía? El acto acusado nos dice que el artículo sexto del Decreto Municipal 855 del 3 de octubre de 1968 prevé que en el caso de incumplimiento en el pago de las apuestas a los ganadores, o de todas aquellas circunstancias que a juicio de la Inspección de Juegos se atente contra los intereses del público apostador, se procederá mediante resolución motivada a la cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento.

Es obvio que dentro del poder de policía administrativa, la sanción prevista en el Decreto del Ejecutivo Municipal es acorde con el principio constitucional de garantizar los bienes de los asociados que como un deber tienen las autoridades.

Y si la Alcaldía, en vez de sancionar al apostador incumplido, con el cierre, de su establecimiento, que es la sanción prevista en la nor-

ma, optó por ordenar el pago de la boleta ganadora a las personas favorecidas con la suerte, incurrió en un abuso de poder, porque esta sanción no está prescrita en la norma, desde luego que le fue expresamente atribuida a otra autoridad, o sea dicho, a la jurisdicción civil.

De acuerdo con el artículo 66 del C. C. A., cuando los actos administrativos han sido expedidos en forma irregular, "o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere", procede la acción de nulidad.

Y en el proceso que nos ocupa, está demostrado que el acto acusado es violatorio del reglamento del ejecutivo municipal de Cali contenido en el Decreto 855 de 1968, que en verdad no le dio —ni podía darle— la atribución de ordenar el pago proveniente de un contrato civil, solucionando así un conflicto entre particulares. Tan solo —se repite— por el hecho del incumplimiento la norma prevé la sanción de cancelar la licencia de funcionamiento, que es una medida de policía administrativa en defensa de los intereses del público apostador.

(b)

El juego es un contrato aleatorio que por regla general no produce acción ni excepción, excepto "los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de policía", dispone el Código Civil. (Arts. 2283 y 2282).

Así, tratándose de un contrato de carácter civil, la acción para dirimir el conflicto entre los apostadores corresponde al Juez Civil por competencia, de acuerdo con los artículos 12, 16 y 19 del Código de Procedimiento Civil.

Y si la Alcaldía de Cali se abrogó la competencia que en esta materia le corresponde a la justicia ordinaria, incurrió en un abuso de poder que afecta de nulidad el acto acusado, tal como se alega en la demanda y se comprobó en este proceso.

Como así lo reconoce la sentencia apelada, ésta tendrá el mérito de ser confirmada.

VII

No se podrá despachar favorablemente el punto segundo de las pretensiones de la demanda, porque no se probaron los perjuicios; y ni siquiera se hizo el intento de demostrarlos.

La sola expedición del acto acusado no causa el perjuicio; éste se configuraría por el cumplimiento del mismo, mediante el pago del premio. El actor no probó esto, por lo cual en el expediente no obra la prueba del perjuicio.

Observa la Sala que el Tribunal omitió decretar como prueba el Decreto 193 del 72, dictado por la Alcaldía de Cali, pedido en tiempo por la Personería. Y aunque fue allegado al proceso (folios 50 a 53), su presencia resulta irregular.

VIII

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

Falla:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle el 26 de mayo de 1976 en el proceso instaurado por el señor José Manuel Gómez.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho de julio de mil novecientos setenta y siete, según Acta Nº 22.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, (No asistió), *Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas.*

Secretario.

IMPUESTO DE VALORIZACION. — El Decreto Legislativo Nº 1604 de 1966, adoptado luego como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dispuso que el impuesto de valorización establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921, "en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización".

IMPUESTO DE VALORIZACION O CONTRIBUCION. — Vía gubernativa. La acción procedente para revisión de impuestos o contribuciones de valorización es la consagrada en el artículo 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente 3939. Actor: Nohamad Alí El Kadamaní y Salomón Alí Kadamaní. Apelación sentencia de julio 30/76, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, nulidad Resoluciones Nos. 61, 62, 63 de/68 de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Nº 0085 de/69 del Departamento de Valorización del D. E. de Bogotá. Asuntos Municipales.

Por no haber sido aceptado el proyecto de sentencia presentado por el Consejero Miguel Lleras Pizarro se procede a decidir el proceso instaurado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por los señores Nohamad Alí El Kadamaní y Salomón Alí Kadamaní, por medio de apoderado debidamente constituido y que persigue obtener la nulidad de la Resolución Nº 0085 del 14 de enero de 1969 originaria de la Sección Jurídica del Departamento de Valorización del Distrito Especial de Bogotá que señala como sujetos del gravamen de valorización a los señores Kadamaní y que como consecuencia de ello se declare que las señoras Benedicta Cabrera vda. de Santos, Eloisa Cabrera de Méndez y Carmen Cabrera de Gaitán son las responsables a pagar esa contribución de valorización y que los actuales propietarios no deben suma alguna al Distrito Especial de Bogotá por ese concepto.

El actor señaló como violados con dicha resolución los artículos 1494, 1602 y 2469 del Código Civil el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 15, 56, y 71 del Acuerdo Nº 41 de 1958 originario del Concejo Distrital de Bogotá.

El Tribunal por sentencia del 30 de julio de 1976 decidió en forma parcialmente favorable a los demandantes las peticiones del libelo, después de una serie de incidentes relacionados con el debido agotamiento de la vía gubernativa y la caducidad de la acción.

Dicha sentencia fue apelada tanto por el apoderado de los demandantes como por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá.

Tramitado el negocio en esta instancia sin que se observe irregularidad procesal alguna, el concepto emitido por el señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez hace un análisis del mismo y de la materia en discusión; y como la apreciación del colaborador Fiscal la comparte la Sala basta con su transcripción como motivación de este fallo.

Dijo así el señor Fiscal

"El Ministerio Público expone su concepto respecto del asunto contenido en el expediente antes anotado:

— I —

"El abogado Juan de Dios Espitia, en representación de los señores Nohamad Alí El Kadamaní y Salomón Alí Kadamaní, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de diciembre de 1969, pidió: '1º Que se declaren nulas por ser violatorias de las leyes vigentes, las Resoluciones números sesenta y uno (61), sesenta y dos (62) y sesenta y tres (63) del 31 de julio de 1968, referentes a la tasa de valorización del inmueble número 12-78, 12-86 y 12-88 de la Calle 17 de Bogotá, Resoluciones proferidas por la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E. Sección Jurídica del Departamento de Valorización del Distrito Especial'. Segundo: Que se declare nula la Resolución número ochenta y cinco (0085) del catorce (14) de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) que sustituyó las números 61, 62 y 63 de 31 de julio de 1968, sustitución que fue hecha en el sentido de declarar que los deudores de tales tasas de valorización eran los señores Nohamad Alí y Salomón Alí Kadamaní, también proferida por la Alcaldía Mayor de Bogotá, Departamento de Valorización —Sección Jurídica".

— II —

"El Tribunal Administrativo, por medio de sentencia de 30 de julio de 1966, entró al estudio de fondo de las pretensiones de la demanda y declaró 'la nulidad de la Resolución 0085 de enero 14 de 1969, en la forma y términos establecidos en la parte motiva de esta providencia', es decir, 'en cuanto por ella se asignó a los Kadamaní la suma de $ 164.361.12, para en su lugar asignar o declarar que los demandantes Kadamaní solo quedan obligados a pagar o cancelar al D. E. de Bogotá —Departamento de Valorización o Fondo Rotatorio de Valorización— contribución de valorización que les corresponde como propietarios del inmueble de la calle 17 Nº 12-88 R. C. 17-12/25, en razón de las obras del Plan Muelas calle 17 por carreras 10 y 13 y carrera 12 por calles

16 y 18, la suma de $ 97.361.12, en la forma, términos y opciones de que tratan las disposiciones legales, orgánicas y estatutarias que reglamentan la materia y especialmente el Estatuto de Valorización'.

"El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de apelación y lo mismo hizo el Personero Delegado en lo Administrativo en su condición de representante del Distrito Especial de Bogotá.

— III —

"El Ministerio Público considera:

"1. Es bien sabido que el Código Contencioso Administrativo consagra las dos acciones clásicas: la de **nulidad** y la de **plena jurisdicción;** que la primera es pública y por medio de ella se busca la tutela del orden jurídico abstracto sin límite en el tiempo y el juicio culmina con sentencia que produce efectos **erga omnes**, y que la segunda es privada y persigue el restablecimiento de derechos individuales conculcados por actos, hechos u operaciones de la administración con término perentorio de caducidad y el fallo que se dicte en el proceso tiene efectos **interpartes**. Pero también contempla la ley otras acciones con modalidades especiales, entre ellas la de **revisión de la operación de liquidación definitiva de impuestos** que sólo se puede ejercer por el contribuyente dentro del término de tres meses para obtener la declaración de que no está obligado a pagar los gravámenes o se haga una nueva liquidación y se ordene la devolución de las sumas cubiertas en exceso.

"Los tratadistas de derecho financiero han discutido sobre la naturaleza del recurso fiscal de valorización. Unos lo consideran como un **impuesto especial**, algunos lo consideran **tasa obligatoria** y otros prefieren llamarlo **contribución** porque, a pesar de ciertas características comunes con los impuestos y las tasas, encuentran diferencias notables que llevan a formular la distinción y a definir: 'compensación pagada con carácter obligatorio al ente público con ocasión de una obra realizada por él con fines de utilidad pública, pero que proporciona también ventajas especiales a los particulares propietarios de bienes inmuebles' (Luigi Einaudi —Cita de Rafael Soto Pinedo— La Contribución Nacional de Valorización— Temis — Bogotá, 1974, pág. 28).

"La Ley 25 de 1921 estableció 'el **impuesto directo de valorización**, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local'. Después, la Ley 113 de 1937 conservó la denominación al decir que 'el impuesto directo de valorización de que trata el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 comprende también el mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de las calles'. Así lo llamó también la Ley 88 de 1940, la Ley 1ª de 1943 y el Decreto Legislativo 868 de 1956. Pero el Decreto Legislativo 1604 de 1966, adoptado luego como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dispuso que el impuesto de va-

lorización, establecido por el artículo 3º de la Ley 25 de 1921, 'en adelante se denominará exclusivamente **contribución de valorización'. Así** se ha llamado en la legislación posterior y el Decreto 1394 de 1970 define: 'La contribución de valorización es un gravamen real y personal que afecta a los inmuebles que se beneficien con la ejecución de obras públicas y a los poseedores materiales de los mismos' (artículo 3º).

"En realidad, el concepto acogido por el legislador de 1968 y ratificado después se ajusta convenientemente a la clasificación doctrinaria. Pero cabe observar que el término **contribución** lo usa nuestra Carta fundamental en sentido genético en los artículos 43, 191 y 197; que, en consecuencia, tales normas se refieren a los impuestos, tasas y contribuciones de valorización, y que si la ley estableció, como lo hizo la 167 de 1941, una **acción de revisión de impuestos,** cuando la legislación se refería al impuesto directo de valorización, no se ve la razón valedera para considerar que una variación de carácter técnico en la denominación del gravamen pueda cambiar, en ausencia de norma expresa que así lo disponga, el tratamiento procesal consagrado en el Capítulo **XXIII** del Código Contencioso Administrativo y que el Consejo de Estado, con acertado criterio, ha decidido que rige para atacar la operación jurídico-administrativa por medio de la cual se liquida la contribución de valorización.

"La acción procedente es, pues, la consagrada en los artículos 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por ello, para que sea viable el derecho, hay que agotar previamente la vía gubernativa y presentar luego la demanda dentro del término de tres meses contados desde la fecha de ejecutoria de la última decisión.

"El Consejo de Estado —Sección Cuarta— ha expresado con indudable acierto:

" 'Todas las causales de nulidad que determinan la invalidez de los actos administrativos, son valederas dentro del juicio de revisión de impuestos, y el agotamiento de la vía gubernativa para poder recurrir ante la jurisdicción es necesario que se cumpla. Pero es posible que, por fallas del contribuyente dicho agotamiento no se haya consumado o que por faltas en el procedimiento aplicado por parte de la Administración, al tramitar los reclamos correspondientes, la decisión esté viciada de nulidad.

" 'En el primer caso, el pronunciamiento jurisdiccional no puede producirse pues la parte interesada no ha agotado debidamente la vía gubernativa. En el segundo caso la decisión tomada por la Administración, está naturalmente viciada de nulidad y puede obtenerse la declaración correspondiente recurriendo en la oportunidad debida, ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

" 'Pero además, en cuanto se trate de obtener la nulidad de un acto que decida sobre un impuesto definitivamente liquidado, la acción correspondiente tiene que ejercitarse ante la autoridad com-

petente para ello, de acuerdo con lo previsto en materia de cuantías y negocios por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

. . . . . .

"'No puede por lo tanto establecerse una dicotomia en el procedimiento, para escoger arbitrariamente el tipo de acción que se ejercita y la clase de juez que debe decidir el problema, pues en esa forma se rompería todo el sistema procesal consagrado en la Ley, en función de la clase de acto que se acusa, la competencia para conocer de él, las causales de su nulidad y los términos perentorios dentro de los cuales debe ejercitarse la acción correspondiente...'"

"2. La última providencia en la vía gubernativa se notificó el 9 de septiembre de 1969 y la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo el 19 de diciembre del mismo año, es decir, fuera del término legal".

"3. Por lo expuesto, la Fiscalía cree que es procedente la revocación de la providencia del Tribunal Administrativo para declarar, en su lugar, que el fenómeno de la caducidad se produjo".

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 de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se deniegan las peticiones de la demanda.

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 29 de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro; (Salva Voto).

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE VALORIZACION O CONTRIBUCION. — Salvamento de Voto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre cinco de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Radicación 3939. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre gravamen de valorización del Municipio de Bogotá. Nulidad de la Resolución 85 de 14 de enero de 1969. Demandantes: Nohamad Alí El Kadamaní y Salomón Alí Kadamaní.

Se prefiere en la sentencia de que disiento, el fácil camino de acogerse a la discutible caducidad (tres o cuatro meses) para evitar el análisis fundamental de la revocación oficiosa adoptada sin ninguno de los motivos legales, artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, que ni siquiera se aducen y sin la condición legal esencial para hacerlo, o sea para tener competencia, que es el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica individual constituida por el acto revocado, según lo dispone el artículo 24 del mismo decreto. La sentencia viola expresamente ambos preceptos.

En el proyecto presentado por mí y derrotado por el voto mayoritario, después de relatar la larga y sospechosa historia del acto de espontánea e inmotivada revocación directa y de la irregular "devolución" de dinero en su tiempo correcta y regularmente pagado y ahora "**devuelto**" sin el cumplimiento del trámite ordinario, se propuso:

1º) La caducidad

En la sentencia del Tribunal se resuelve el punto así:

"CADUCIDAD: Si bien el Tribunal estimó en sus providencias incidentales, que fueron revocadas, que a términos del artículo 83 del C. C. A., la acción estaba caducada por cuanto había transcurrido los cuatro meses de que habla la norma citada, ello se debió a que tomó la fecha de presentación de la corrección de la demanda (abril 17 de 1971) y no la de (diciembre 19 de 1969) en que fue presentado el libelo inicial, ya que el último acto de la administración, el que mediante apelación confirmó la negativa de reposición del acto acusado, fue notificado personalmente al recurrente el 9 de septiembre de 1969 y es precisamente desde esta fecha que, quedando agotada la vía administrativa, comenzó a correr el término de los cuatro meses previs-

to en el citado artículo 83 para instaurar su acción, el cual vencía el 8 de enero de 1970 y por consiguiente estaba dentro del término legal que tenía para accionar. Y esto se dice por cuanto es entendido que la demanda con su corrección forman un todo y máxime cuando todavía no había sido admitida y se trataba de un mismo hecho como lo era el de traslado de un gravamen de contribución de valorización a personas distintas a las inicialmente gravadas. Es evidente que en algunos casos la falta de ciertos requisitos o formalidades y en que se ordena su corrección o devolución, tales defectos hacen que la presentación viciada o defectuosa no interrumpa el término prescriptivo de la acción y así, si la corrección ordenada viene fuera del término de caducidad se tiene por caducada la acción. Pero no como en el caso de autos que no se trataba de vicios o informalidades de tal naturaleza sino de cuestiones de fondo atinentes a la acción misma, con base en los mismo hechos, por consiguiente la actora ya había cumplido con la presentación de la demanda dentro del término que tenía para ello. Esta excepción o planteamiento no prospera".

A lo anterior debe agregarse que de acuerdo con la doctrina practicada por esta sección cuarta los procesos por valorización se tramitan según las reglas del capítulo 23 del Código de lo Contencioso Administrativo según el cual "toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y que declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo". "Esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto, y por medio de ella podrá pedirse igualmente el reintegro o devolución de las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente". Pero es igualmente cierto que en el presente caso aunque incidentalmente se discute la imposición del gravamen a los señores Kadamaní el proceso está principalmente encaminado a impugnar la Resolución número 85 de 1969 por medio de la cual se libró de la obligación de contribuir a las señoras Benedicta Cabrera viuda de Santos, Eloisa Cabrera viuda de Méndez y Carmen Cabrera viuda de Gaitán para trasladar tal gravamen a los señores Kadamaní sin que las señoras Cabrera hubieran solicitado modificación de actos ya ejecutoriados ni los señores Kadamaní hubieran sido parte en el proceso de transformación de un gravamen que los demandantes consideran satisfactoriamente pagado por los sujetos originales reconocidos como deudores y luego declarados a paz y salvo. Es pues, principalmente una acción de plena jurisdicción fundada en el argumento según el cual los actos que deciden sobre derechos individuales cuando se han ejecutoriado no pueden ser revocados oficiosamente sin el conocimiento y el consentimiento de los titulares de tales derechos y con el objeto de trasladar a otras personas obligaciones constituidas a cargo de quienes se mencionan en el acto oficiosamente revocado sin previa audiencia de los nuevos deudores.

2º) Quiénes son los deudores del gravamen

Como consta en las Resoluciones números 61, 62 y 63 de 1968 y en la Resolución número 39 del mismo año de la Junta de Valorización, folios 43 y siguientes del cuaderno principal, la liquidación de la que resultaron las contribuciones que fueron objeto del negocio con las señoras Cabrera fue el fruto de una distribución provisional que

habría de convertirse en definitiva tan pronto como se terminaran las obras según aparece en los documentos que obran del folio 68 al 78 del cuaderno segundo y de la escritura en que se hicieron constar los acuerdos, folios 47 y siguientes del mismo cuaderno. En el momento en el que el municipio adquirió de las señoras Cabrera los predios indispensables para la ampliación de la calle 17 se convino el precio de $ 134.000.00 de los cuales se entregaron a las vendedoras sólo la cantidad de $ 37.058.09, se retuvo por compensación del gravamen de valorización ya liquidado la cantidad de $ 29.941.91 y las vendedoras convinieron en dejar en poder del municipio la cantidad de $ 67.000.00 para responder del gravamen de valorización cuando definitivamente se hubiere liquidado.

Estas obligaciones no sólo se hicieron constar en las resoluciones correspondientes que se ejecutoriaron sino que se trasladaron a Escritura pública número 4632 de 24 de noviembre de 1967 de la Notaría Segunda de Bogotá.

Por la Resolución número 85 de 14 de enero de 1969, que es el acto demandado se decidió "reacomodar" los sujetos pasivos del gravamen que definitivamente fue liquidado y que al predio de la calle 17 Nº 12-78, 12-86 y 12-88 le correspondió la cantidad de $ 164.361.12. Esta asignación por liquidación definitiva sería inobjetable si en el mismo acto se hubieran reconocido los abonos hechos con anterioridad, que constan en los actos ya descritos, y no como se procedió, revocando las obligaciones impuestas a las señoras Cabrera y por éstas aceptadas para trasladar la totalidad del gravamen a los nuevos propietarios. Es importante destacar que los señores Kadamaní adquirieron el inmueble a paz y en salvo con el Distrito por razón de gravamen de valorización liquidado hasta el momento en que se otorgó la escritura pública de adquisición y que sabiendo como tenían que saber que la liquidación hasta ese momento era provisional y que por tanto podría haber una liquidación definitiva modificatoria en más o en menos de la provisional. El municipio no podía liberar a las señoras Cabrera del gravamen aceptado por ellas y mucho menos ordenar que se les devolviera sin que alguien lo hubiera solicitado. Según la diligencia de inspección judicial que consta en el cuaderno número dos y que se cumplió en varias etapas y en distintos días el municipio giró a las señoras Cabrera y éstas recibieron (o al menos según los documentos que fueron examinados), la totalidad de las cantidades pagadas por ellas a título de valorización por el inmueble que luego adquirieron los señores Kadamaní. Ha de concluirse que la Resolución número 85 de 1969 del jefe de la Sección Jurídica del Departamento de Valorización del Distrito Especial de Bogotá es nula en cuanto revocó las Resoluciones números 61, 62 y 63 de 31 de julio de 1968 por las que se liquidó provisionalmente el impuesto a cargo de las señoras Cabrera viuda de Santos, Cabrera viuda de Méndez y Cabrera viuda de Gaitán y es también nula en cuanto por ella se pretendió hacer exigible el gravamen de la valorización correspondiente al inmueble tantas veces mencionado, únicamente, a los señores Nohamad y Salomón Kadamaní.

No obstante, como sobre el predio que fue de las señoras Cabrera que hoy es de los señores Kadamaní, debe pagarse todo el gravamen de valorización **definitivamente** liquidado, los señores Kadamaní

deberán cancelar la diferencia entre la liquidación provisional y la definitiva teniendo en cuenta que la primera alcanzó a la cantidad de $ 96.941.91 y la segunda a $ 164.361.12, lo que da un saldo de $ 67.419.21. No podrán cobrarse recargos por mora ni intereses de análoga naturaleza porque sólo a partir de la ejecutoria de esta sentencia ha quedado en claro que los señores Kadamani son deudores de valorización por el inmueble de la calle 17 Nº 12-83 con registro catastral 17-12/25".

Lo anterior es la razón de mi discrepancia.

Respetuosamente,

Miguel Lleras Pizarro

CAPITULO TERCERO

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DE ORDEN MUNICIPAL

LIBERTADES INDIVIDUALES. — Sólo el Congreso y las Asambleas tienen la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales. Sentencia de enero 27 de 1977 de la Corte Suprema de Justicia. Suspensión provisional del Acuerdo Nº 29 de diciembre 13 de 1976, expedida por el Concejo Municipal de Medellín.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre cinco de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**)

Referencia: Expediente Nº 2727. Actor: Jorge Humberto Botero.

Se decide la apelación interpuesta por el doctor JUAN GUILLERMO ARBELAEZ contra el auto de fecha junio 3 del año en curso, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia suspendió provisionalmente los efectos del Acuerdo Nº 29 de diciembre 13 de 1976, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

Los fundamentos de la providencia recurrida son los siguientes:

"ACTO ENJUICIADO:

"El Acuerdo objeto de censura dispone en su parte resolutiva lo siguiente:

" 'ARTICULO 1º Facúltase al Alcalde para que reglamente en el término de (90) días, contados a partir de la vigencia de este Acuerdo, todo lo relacionado con espectáculos taurinos en esta ciudad.

" 'ARTICULO 2º Facúltase al Alcalde para que reglamente, en el término de noventa (90) días, contados a partir de la vigencia de este Acuerdo, el funcionamiento de teatros, salas de cine, hoteles, circos, escenarios deportivos y demás lugares donde se presenten espectáculos públicos".

" 'ARTICULO 3º Este Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción".

" 'Dado en Medellín a los 6 días del mes de diciembre de 1978".

"NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO IN PRIMA FACIE

"Manifiesta el impugnador que 'Una simple confrontación del Acuerdo acusado con el artículo 187 de la Constitución y el Decreto 1355/70 artículo 8º, **en su actual situación jurídica**, pone de presente una palmaria y protuberante contradicción normativa entre los preceptos constitucional y legal y el Acuerdo Municipal acusado'.

"En la parte expositiva del cuerpo de la demanda, el actor hace un claro enfoque del asunto sometido a estudio del Tribunal afianzando su criterio sobre la transgresión manifiesta, con apartes jurisprudenciales de esta misma Corporación y la reciente sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia relativa a la inexequibilidad de algunas normas del Decreto 1355 de 1970.

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Ha de observarse, inicialmente, que por tratarse de una acción de simple nulidad sólo es indispensable para efectos de la suspensión provisional, por imperioso mandato legal, que se presente una ostensible violación de la norma positiva de derecho, de jerarquía superior.

"La Constitución Nacional prescribe en el artículo 187, numeral 9º como atribuciones de las Asambleas Departamentales 'Reglamentar lo relativo a la Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal'.

"Si en frente a este texto de la Carta se confronta el Acuerdo acusado, se observa que lo que hizo éste fue, precisamente, autorizar al Alcalde para estructurar un régimen policivo especial, aplicable al Municipio de Medellín y en relación con espectáculos públicos.

"Bien configurada se encuentra la incompetencia del Alcalde para expedir, motupropio, reglamentos policivos como los señalados en el acto censurado. Esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular en reciente providencia redactada por el Magistrado Joaquín Moreno Pareja y en donde, para los efectos de este auto, bien merecen la pena destacarse estos apartes:

" **'Se fundamenta la medida en manifiesta incompetencia del Alcalde para expedir un reglamento de espectáculos taurinos en el Municipio, sobre que versa el Decreto acusado, ya que por estar reglamentados por el Código Nacional de Policía, ni el Gobierno ni las Asambleas, ni los Concejos tienen ya competencia para proferir reglamentos al respecto'.**

" 'Por otra parte, **el mismo Código en el capítulo relativo a los espectáculos públicos artículos 160 a 170, se ocupa de las corridas de toros para reglamentarlas en detalle, clasificándolas y regulando su funcionamiento'.**

" 'En estas condiciones no podía entonces, el señor Alcalde por Decreto Nº 338 de 16 de junio de 1971, acusado, reglamentar los espectáculos taurinos en el Municipio de Medellín, sin quebrantar en forma ostensible los artículos 8º y 9º del Decreto 1355 de 1970, pues allí sólo se le atribuye facultades limitadísimas para reglamentar los Acuerdos del Concejo, **y en ninguna forma para producir un reglamento o estatuto con fuerza de ley'.**

"Finalmente se anota, que después de la reforma Constitucional de 1968, **los reglamentos de Policía local sólo podrán expedirse por las Asambleas y eso para aquellas materias que no sean objeto de disposición legal, conforme a las voces del ordinal 9º del artículo 187 de la Carta**". (Las subrayas de la transcripción no son del texto).

"Y si a lo anterior se agrega que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia cuya copia aparece en el expediente, resolvió decretar la inexequibilidad, entre otros, del artículo 8º del Código de Policía, el asunto revela mayor claridad.

"Con razón se apunta allí un razonamiento similar al consignado por el Tribunal en la providencia del 16 de marzo de 1976 cuando se expresó por aquella Corporación que: 'El constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la Policía entre el Congreso y las Asambleas Departamentales; a éstas atañe completar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional; las dos disposiciones 167 y 187-9 se completan para estructurar exclusivamente el régimen policial'.

"Fluye de las consideraciones precedentes, que la manifiesta transgresión del Acuerdo censurado en relación con las normas jerárquicamente superiores es manifiesta y, por demás, ostensible".

Definido, como ha sido por la Corte Suprema de Justicia, el punto relativo a la competencia del legislador (ordinario y extraordinario) y de las asambleas departamentales para regular estas materias (espectáculos públicos) atinentes a la policía, el Consejo de Estado tiene que acatar la decisión proferida por la Corte en su sentencia de fecha enero 27 de 1977, por medio de la cual declaró inexequibles los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 8º del Decreto 1355 de 1970, las palabras "o reglamento nacional" del inciso 2º del mismo artículo, las palabras "y de los Concejos", del artículo 9º del citado Decreto, el artículo 10 de dicho Decreto y las palabras "El Presidente de la República, en lo nacional... y los Concejos...", del artículo 108, IBIDEM.

Dijo la Corte en la providencia mencionada

"1ª El ejercicio de la libertad humana tiene dos limitaciones naturales: una individual, en cuanto no se puede entorpecer o coartar la libertad de los demás hombres; otra colectiva, que impide socavar las bases de organización de la sociedad a la cual pertenece por simple instinto comunitario el ser humano, ni perturbar el desarrollo de las finalidades sociales, lo cual implica la observancia de las reglas destinadas a mantener el orden y a garantizar la convivencia pacífica de quienes integran el conglomerado de personas.

"2ª La evolución social hace indispensable que exista la autoridad y que haya un orden jurídico, o sea un conjunto de normas que determinen las funciones de aquéllas, que regulen la libertad individual de los asociados y que reglamenten las relaciones recíprocas entre los gobernantes y los gobernados.

"El contenido específico de tales preceptos dependerán del tipo de organización estatal que en concreto haya adoptado la respectiva comunidad humana.

"3ª Dentro de la estructura democrática del Estado de Derecho, que es la organización institucional colombiana, le corresponde al cuerpo constituyente elegido por el voto popular, como depositario de la soberanía que reside en el pueblo, dictar las normas fundamentales de la organización estatal, y al cuerpo legislativo, integrado también por el sufragio de los ciudadanos, compete expedir las disposiciones reguladoras de la conducta de las gentes y determinar las sanciones a que dé lugar su incumplimiento.

"Al gobernante, en cambio, le incumbe obedecer las leyes y velar por su exacto cumplimiento, prevenir la ocurrencia de desórdenes, conservar el orden público y proveer a su restablecimiento cuando fuere turbado.

"Los gobernados, de su parte, deben sujetar sus actividades al cumplimiento estricto de la Constitución y de las Leyes y son responsables por su desacato, responsabilidad que ordinariamente se deduce ante los jueces o ante otras autoridades que el legislador determine.

"4ª La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los estados democráticos le corresponde al legislador, para que sean los delegatarios directos del pueblo quienes determinen lo conveniente y justo en tan delicada e importante materia.

"Complemento directo e indispensable del poder de policía es la función policiva, que le está atribuida a la autoridad encargada de hacer obedecer las leyes y de velar por la conservación del orden público en sus facetas de tranquilidad, moralidad y salubridad públicas y de restablecerlo cuando sea turbado. Esta función es esencialmente preventiva y sólo por excepción represiva, y su ejercicio tiende siempre a preservar las libertades individuales y a mantener incólume el orden público. En todo tiempo se cumple dentro de los dictados de la ley, es decir, es una función reglada.

"5ª Los principios anteriores están plasmados en nuestra Constitución, así: el artículo 16 le atribuye a las autoridades la tarea de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del país, el artículo 20 sólo hace responsables a los gobernados por la infracción de la Constitución y las leyes y las normas que consagran los derechos y las libertades ciudadanas atribuyen al legislador la función de reglamentar su ejercicio.

"Asimismo, el artículo 120 en sus ordinales 2º, 3º y 7º, le atribuye al Presidente de la República las tareas de velar por el exacto cumplimiento de las leyes, reglamentarlas para su cabal ejecución y conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

"Esto último equivale al ejercicio supremo de la facultad de policía como deber presidencial, sin que de allí surja implícitamente para el Presidente el poder de policía como fuente de normas reglamentarias de la libertad individual, como lo creyera la Corte con oportunidad del fallo del 13 de noviembre de 1928, pues el constituyente nunca confiere potestades implícitas a los gobernantes, por ser ello contrario a la esencia misma del Estado de Derecho. Concede sí po-

deres extraordinarios como en el caso del artículo 121 de la Carta para la hipótesis en que las atribuciones constitucionales y legales ordinarias del Presidente, no basten para que puedan cumplir con eficiencia y prontitud su misión de conservar el orden público y de restablecerlo cuando sea turbado.

"6ª El régimen de policía está estatuido en los artículos 167, 187-9 y 76-24 de la Constitución Política; el primero dice que la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional; nunca ha hecho uso el legislador de la facultad de establecer una milicia nacional; en cambio sí ha organizado reiteradamente la Policía Nacional.

"El Constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las Asambleas Departamentales; a éstas atañe completar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional; las dos disposiciones 167 y 187-9 se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial.

"En cuanto a la policía de tránsito, el constituyente ordena al legislador unificar las normas en todo el territorio nacional; en esta materia las Asambleas carecen en absoluto de competencia.

"Distribuidas así las competencias sobre régimen de policía, ni el legislador ordinario, mucho menos el extraordinario pueden autorizar al Gobierno o a los Concejos, así sea el de la Capital de la República para 'reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley'.

"La facultad de legislar sobre esta materia no puede trasladarse, sin violar los artículos mencionados de la Constitución.

"7ª Al examinar las disposiciones que ahora se tachan por inconstitucionalidad a la luz de los razonamientos anteriores, queda en claro que todos ellos tienden a atribuirle a autoridades y corporaciones distintas del Congreso y de las Asambleas Departamentales la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales y que, como ello no está permitido por la Carta Fundamental, deben padecer tales preceptos la inexequibilidad".

Ninguna duda hay para la Sala sobre el hecho de que si el Código Nacional de Policía, en sus artículos 160 a 170, reguló todo lo atinente a las corridas de toros, ya no pueden ni la Asamblea de Antioquia, ni el Concejo de Medellín, ni el Presidente de la República, ni el Gobernador del nombrado Departamento, ni el Alcalde de Medellín, dictar normas de policía sobre esta materia, a lo menos, mientras no se haya modificado la Constitución Nacional.

Por tanto, se impone confirmar la providencia recurrida y así lo hace la Sala.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Confirma

El auto de fecha junio 3 de 1977, proferido en este negocio por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual suspen-

"3ª Dentro de la estructura democrática del Estado de Derecho, que es la organización institucional colombiana, le corresponde al cuerpo constituyente elegido por el voto popular, como depositario de la soberanía que reside en el pueblo, dictar las normas fundamentales de la organización estatal, y al cuerpo legislativo, integrado también por el sufragio de los ciudadanos, compete expedir las disposiciones reguladoras de la conducta de las gentes y determinar las sanciones a que dé lugar su incumplimiento.

"Al gobernante, en cambio, le incumbe obedecer las leyes y velar por su exacto cumplimiento, prevenir la ocurrencia de desórdenes, conservar el orden público y proveer a su restablecimiento cuando fuere turbado.

"Los gobernados, de su parte, deben sujetar sus actividades al cumplimiento estricto de la Constitución y de las Leyes y son responsables por su desacato, responsabilidad que ordinariamente se deduce ante los jueces o ante otras autoridades que el legislador determine.

"4ª La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los estados democráticos le corresponde al legislador, para que sean los delegatarios directos del pueblo quienes determinen lo conveniente y justo en tan delicada e importante materia.

"Complemento directo e indispensable del poder de policía es la función policiva, que le está atribuida a la autoridad encargada de hacer obedecer las leyes y de velar por la conservación del orden público en sus facetas de tranquilidad, moralidad y salubridad públicas y de restablecerlo cuando sea turbado. Esta función es esencialmente preventiva y sólo por excepción represiva, y su ejercicio tiende siempre a preservar las libertades individuales y a mantener incólume el orden público. En todo tiempo se cumple dentro de los dictados de la ley, es decir, es una función reglada.

"5ª Los principios anteriores están plasmados en nuestra Constitución, así: el artículo 16 le atribuye a las autoridades la tarea de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del país, el artículo 20 sólo hace responsables a los gobernados por la infracción de la Constitución y las leyes y las normas que consagran los derechos y las libertades ciudadanas atribuyen al legislador la función de reglamentar su ejercicio.

"Asimismo, el artículo 120 en sus ordinales 2º, 3º y 7º, le atribuye al Presidente de la República las tareas de velar por el exacto cumplimiento de las leyes, reglamentarlas para su cabal ejecución y conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

"Esto último equivale al ejercicio supremo de la facultad de policía como deber presidencial, sin que de allí surja implícitamente para el Presidente el poder de policía como fuente de normas reglamentarias de la libertad individual, como lo creyera la Corte con oportunidad del fallo del 13 de noviembre de 1928, pues el constituyente nunca confiere potestades implícitas a los gobernantes, por ser ello contrario a la esencia misma del Estado de Derecho. Concede sí po-

deres extraordinarios como en el caso del artículo 121 de la Carta para la hipótesis en que las atribuciones constitucionales y legales ordinarias del Presidente, no basten para que puedan cumplir con eficiencia y prontitud su misión de conservar el orden público y de restablecerlo cuando sea turbado.

"6ª El régimen de policía está estatuido en los artículos 167, 187-9 y 76-24 de la Constitución Política; el primero dice que la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional; nunca ha hecho uso el legislador de la facultad de establecer una milicia nacional; en cambio sí ha organizado reiteradamente la Policía Nacional.

"El Constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las Asambleas Departamentales; a éstas atañe completar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional; las dos disposiciones 167 y 187-9 se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial.

"En cuanto a la policía de tránsito, el constituyente ordena al legislador unificar las normas en todo el territorio nacional; en esta materia las Asambleas carecen en absoluto de competencia.

"Distribuidas así las competencias sobre régimen de policía, ni el legislador ordinario, mucho menos el extraordinario pueden autorizar al Gobierno o a los Concejos, así sea el de la Capital de la República para 'reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley'.

"La facultad de legislar sobre esta materia no puede trasladarse, sin violar los artículos mencionados de la Constitución.

"7ª Al examinar las disposiciones que ahora se tachan por inconstitucionalidad a la luz de los razonamientos anteriores, queda en claro que todos ellos tienden a atribuirle a autoridades y corporaciones distintas del Congreso y de las Asambleas Departamentales la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales y que, como ello no está permitido por la Carta Fundamental, deben padecer tales preceptos la inexequibilidad".

Ninguna duda hay para la Sala sobre el hecho de que si el Código Nacional de Policía, en sus artículos 160 a 170, reguló todo lo atinente a las corridas de toros, ya no pueden ni la Asamblea de Antioquia, ni el Concejo de Medellín, ni el Presidente de la República, ni el Gobernador del nombrado Departamento, ni el Alcalde de Medellín, dictar normas de policía sobre esta materia, a lo menos, mientras no se haya modificado la Constitución Nacional.

Por tanto, se impone confirmar la providencia recurrida y así lo hace la Sala.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Confirma

El auto de fecha junio 3 de 1977, proferido en este negocio por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual suspen-

dió provisionalmente los artículos 1º, 2º, y 3º, del Acuerdo Nº 29 de fecha diciembre 13 de 1976, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y siete.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao (No asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Alvaro Pérez Vives.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL. — Plazos que tienen el demandante y las partes coadyuvantes y opositoras, para recurrir el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 8 de julio de 1977.

Referencia: Expediente Nº 2667. Actor: Alfonso Marín Morales.

El demandante doctor Alfonso Marín Morales, mediante memorial que presentó personalmente ante el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de mayo pasado, interpuso recurso de apelación contra el auto proferido por la mencionada Corporación el 9 del mes indicado, por el cual no accedió a disponer la suspensión provisional del Acuerdo Nº 809 de 1976, expedido por el Concejo Municipal de Bucaramanga.

Pero la Sala verifica que el actor interpuso el recurso de apelación extemporáneamente, a saber:

El auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de mayo pasado fue notificado personalmente al señor Fiscal y por estado a las demás partes el 11 del mes indicado. En consecuencia, el actor sólo podía recurrir esa providencia hasta el 14, inclusive, del mismo mes, de acuerdo con el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso conforme a lo prescrito por el artículo 282 del C. C. A. Esto significa que, cuando el demandante interpuso el recurso de apelación, el 20 de mayo último, ya había vencido el plazo que tenía para proponerlo y que, por lo mismo, fue concedido extemporáneamente.

La jurisprudencia de esta Corporación por extensión ha admitido que quienes se presenten al juicio como partes, para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, pueden recurrirse al auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional hasta el vencimiento del término de fijación en lista, en consideración a que es en este lapso cuando los terceros tienen oportunidad de conocer esa providencia. Pero no sucede lo propio con la parte demandante, que ha estado vin-

su petición de suspensión provisional, como el que en este caso se fijó, con tal finalidad, el 11 de mayo del año en curso.

En consecuencia, como el recurso de apelación se interpuso extemporáneamente, la Sala debe abstenerse de resolverlo.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se abstiene de resolver el recurso de apelación contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de mayo pasado, por ser extemporaneo.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen.

Humberto Mora Osejo, Alfonso Arango Henao, (No asistió); *Miguel Antonio Cárdenas, Carlos Galindo Pinilla.*

Camilo Vargas A., Secretario Encargado.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — No es procedente demandar la resolución de los contratos administrativos cuando su plazo se ha vencido.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — Bases para la liquidación de perjuicios.

CONTRATO ACCESORIO DE SEGUROS. — El asegurador no es extraño al contrato principal. Contrato Administrativo de Seguros.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expedientes Nos. 1427 y 1428. — Juicios Acumulados. Autores: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. y Sociedad Aseguradora Colseguros S. A.

En demanda presentada ante esta Corporación el día 25 de noviembre de 1972, la Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda., por medio de apoderado solicita de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que se anulen las Resoluciones números 03095 de 19 de julio de 1972 y 04735 de 27 de septiembre de 1972 expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por intermedio del Gerente General y su Secretario.

"b) Que se decrete la Resolución del Contrato Nº 0341 para la Construcción de la carretera Puerto Nariño-Juiú, celebrado entre el INCORA y 'VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA.'.

"c) Que se condene al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a pagar a 'VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA.', la suma de catorce millones de pesos ($ 14'000.000.00) por los perjuicios que el incumplimiento del contrato 0341 le ocasionó.

"d) Que se anulen las Resoluciones Nos. 01092 de 20 de marzo de 1972 y 03125 de 21 de julio de 1972 expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por intermedio del Gerente General y su Secretario.

"e) Que se decrete la resolución del contrato Nº 271 para la construcción de la carretera Arauquita-Fortul, sector Jujú-Fortul, celebrado entre el INCORA y 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA'.

"f) Que se condene al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) a pagar a 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA' la suma de cinco millones de pesos ($ 5'000.000.00) por los perjuicios que el incumplimiento del contrato 271 le ocasionó.

"g) Que se condene al INCORA a pagar las costas del juicio".

Como hechos expresó los siguientes:

"PRIMERO. **Hechos relacionados con las pretensiones a) b) y c).** — "Previa licitación pública, 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA' celebró con el INCORA un contrato administrativo para la construcción de una carretera entre las localidades de PUERTO NARIÑO y JUJU en la Intendencia de Arauca, contrato que se distinguió con el número 0341.

"SEGUNDO. Dada la circunstancia de que para desplazar el equipo a lo largo de la obra, transportar los materiales, combustibles y en general toda clase de elementos requeridos por la obra era necesario construir un puente sobre el río Banadía el INCORA solicitó por telegrama a los licitantes que cotizarán también la construcción de dicho puente.

"TERCERO. 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA' emprendió la construcción del puente sobre el río Banadía con un diseño utilizado por la misma firma para el puente sobre el río Arquití en el departamento del Chocó. El puente sobre el Arquití lleva más de cinco (5) años de construido y actualmente está funcionando. Su construcción también fue para el INCORA.

"CUARTO. Al aplicar el diseño se vio la necesidad de reemplazar tres (3) módulos por una sola luz de quince (15) metros en la parte central para dar paso a todos los árboles y detritus que arrastra el Banadía. El contratista solicitó el cambio de diseño a lo cual el INCORA respondió con una solución no ortodoxa consistente en una luz central en vigas de acero cuando el resto del puente era de madera.

El mismo interventor debió apartarse de la solución y dispuso que el contratista completara el puente con vigas de madera.

"QUINTO. El contratista terminó el puente sobre el Banadía, el cual se dio al servicio el 5 de febrero de 1971. El INCORA canceló la obra sin objeción alguna.

"SEXTO. Desde cuando se inició la construcción del puente sobre el Banadía el contratista había advertido al INCORA que el diseño se podía utilizar siempre y cuando se hicieran aproches de terraplenes compactados para que la luz total no fuera superior a setenta (70) metros. El INCORA desatendió esta advertencia y por el contrario dispuso que su luz total fuera de ciento cincuenta metros (150). También le advirtió que el puente podía represar el río, circunstancia que lo determinó a solicitar el cam-

bio de diseño para introducirle una luz central de quince (15) metros, con las circunstancias anotadas en el hecho CUARTO.

"SEPTIMO. El contratista hizo una última advertencia al INCORA después de la terminación del puente: que hiciera un trabajo con pilotes para canalizar todos los árboles y detritus vegetales que transporta el río, hacia la luz central del puente, con lo cual se evitaba la formación de una presa que irremediablemente echaría abajo el puente.

"OCTAVO. El INCORA desatendió esta última advertencia y el puente fue arrastrado por el río a fines de marzo de 1971.

"NOVENO. El INCORA nunca indicó al contratista las fuentes de materiales para el afirmado de la carretera entre el río Banadía y caño Jujú. La interventoría de la obra reconoció expresamente el incumplimiento en su carta de 20 de diciembre de 1971 dirigida al ingeniero Luis Carlos Pinilla, residente de 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA'. 'EN CUANTO al segundo y tercer punto de su comunicación reconocemos la imposibilidad de llevar a cabo los trabajos de afirmados y obras de arte más allá del K2+ 960 hasta tanto no se haya habilitado el paso en el Banadía o se haya encontrado una fuente de material para tales obras'.

"DECIMO. El contratista por su cuenta hizo varias diligencias con el objeto de colaborar con el INCORA para restablecer el paso sobre el BANADIA, sin encontrar esperanza de solución aun con el mismo INCORA.

"DECIMO PRIMERO. Ante la situación, el INCORA manifestó al contratista que seguiría buscando fuente de materiales entre el Banadía y el caño Jujú y le solicitaba colaboración para la reconstrucción del puente El Banadía. El final de la comunicación suscrita por el subgerente de Ingeniería dice: 'De no ser posible los tres puntos anteriores, se liquidará el contrato en forma amigable por las partes teniendo en cuenta que la firma realizará la construcción de los terraplenes y descoles hasta completar la totalidad contratada, quedando pendiente los items cuyos materiales no sean posibles de obtener (afirmados y obra de arte)'.

"DECIMO SEGUNDO. El INCORA incumplió estos compromisos del hecho anterior. Nunca indicó las fuentes de materiales y hasta la fecha no ha construido el puente sobre el Banadía.

"DECIMO TERCERO. La Compañía inmobiliaria de Seguros, aseguradora del contratista, colaboró decididamente con éste durante el tiempo del contrato; incluso invirtió dineros que no recuperó jamás. El INCORA había aceptado su intervención y ante el incumplimiento de que da cuenta el hecho anterior, dispuso que el contrato se prorrogara por un año más. Sin embargo, intempestivamente cambió de criterio y decretó la caducidad, en la cual no acepta ya su incumplimiento sino que lo atribuye al contratista.

"DECIMO CUARTO. En la obra se encuentra deteriorándose equipo del que fue utilizado en su construcción.

"DECIMO QUINTO. El INCORA no sólo incumplió sus obligaciones de suministrar paso al contratista por el río Banadía, y la

de indicarle las fuentes de materiales para trabajar entre el Banadía y el caño Jújú, sino su compromiso de terminar amigablemente el contrato en caso de que no pudiera cumplir con aquéllas.

"DECIMO SEXTO. El contratista invirtió todo el anticipo recibido por el INCORA en aspectos relacionados con la obra; no incurrió en incorrección alguna para su inversión y los cheques que contra la cuenta oficial se giraron están firmados conjuntamente con el interventor.

"Hechos relacionados con las pretensiones d), g) y f).

PRIMERO. Previa licitación pública, 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA' celebró con el INCORA un contrato administrativo para la construcción de una carretera entre las localidades de Jujú y Fortul, en la intendencia de Arauca, contrato que se distinguió con el número 271.

"SEGUNDO. Para la atención de todos los gastos previstos a la iniciación de las obras, el INCORA se obligó a anticiparle al CONTRATISTA, la suma de $ 1'730.000.00. El INCORA incumplió esta obligación al suministrar el anticipo tardíamente y en forma escalonada, con lo cual retrasó irreparablemente la iniciación de las obras.

"TERCERO. El INCORA nunca le indicó al CONTRATISTA las fuentes de materiales para la construcción de la carretera, razón por la cual éste tuvo equipo paralizado por un año aproximadamente por esta circunstancia.

"CUARTO. El trabajo que el CONTRATISTA alcanzó a ejecutar se perdió por cuanto no se pudo echarle afirmado, toda vez que el INCORA no señaló las fuentes para extraerlo.

"QUINTO. El incumplimiento del INCORA en el contrato para la construcción del sector Puerto Nariño, Jujú, unido a los demás incumplimientos y circunstancias soportados en este segundo contrato colocó a 'Vías Canales y Puertos Ltda' en situación de quiebra.

"SEXTO. Para el lapso de ejecución del contrato la pluviosidad sufrió un aumento de 168.8% lo cual impidió operar a todos los contratistas de la zona y constituyó un imprevisto imposible de superar reconocido por el mismo INCORA.

"SEPTIMO. El 2 de enero de 1972 y como consecuencia del inusitado e imprevisto incremento de la pluviosidad, se presentó un hecho que incluso no se había presentado en períodos de lluvias, cual fue el de que el río BOJABA, límite entre el departamento de Boyacá, y la intendencia de Arauca y paso obligado a la región del SARARE, se desbordó abriendo un nuevo cauce, interrumpiendo definitivamente el paso de vehículos, situación que fue permanente hasta finales de febrero de 1972" (Definitivamente entre líneas vale. (sic).

"OCTAVO. El 24 de enero de 1972 en las horas de la noche, se presentó un deslizamiento de proporciones gigantescas en el si-

tio de San Josesito (un pequeño caserío en Norte de Santander) por represamientos del río Chitaca, que constituyó una catástrofe nacional y que bloqueó la vía de acceso a Saravena (carretera Pamplona- La Lejía - San Bernardo- Saravena) anunciada como único acceso por Colombia en los pliegos de condiciones de la licitación, la cual ha estado interrumpida hasta la fecha.

"NOVENO. El Ministerio de Obras Públicas comenzó la construcción de una variante de la carretera interrumpida, y simultáneamente envió maquinaria para habilitar otra vía de acceso a SARAVENA (Pamplona - Chinácota - Toledo - Labateca - San Bernardo). Esta vía estaba semiabandonada; su ancho es apenas de 3.50 metros, sus puentes son provisionales y de madera, y es casi intransitable. Máquinas pesadas no pueden transitarla".

"DECIMO. Además, de las características de la nueva vía que el Ministerio de Obras comenzó a habilitar, consignadas en el punto anterior, se destaca el hecho de que aumenta en cuatro (4) horas el viaje a Saravena".

"DECIMO PRIMERO. Por imposibilidad física, los carrotanques para el suministro de combustibles a la obra no volvieron a Saravena, y los camiones en los que se transportaban todos los demás elementos de la obra tales como repuestos, cementos, lubricantes, etc.,tampoco pudieron volver a transitar la única vía que se habilitó para el acceso a Saravena".

"DECIMO SEGUNDO. Los habitantes de Saravena venían pidiendo del Gobierno Nacional más atención para sus problemas, de manera pacífica. A raíz de la interrupción de la carretera de acceso por el desastre de Labateca, perdieron todas sus cosechas porque no pudieron sacarlas de la región. Entonces a partir de enero de 1972 comenzó a caracterizarse un movimiento cívico beligerante que lanzó un manifiesto el 1º de enero de 1972 y que rompió la tranquilidad de la región. El 5 de marzo de 1972 dicho movimiento organizó un paro cívico que se levantó el 12 del mismo mes a raíz de una visita de emisarios del Gobierno y no sin antes haberles hecho firmar a estos comisionados obligaciones a cargo del Gobierno.

"DECIMO TERCERO. La situación de la zona impidió también la operación de la maquinaria. Esta fue una imposibilidad absoluta porque no existe ningún medio que permita eludirla.

"DECIMO CUARTO. 'VIAS CANALES Y PUERTOS LTDA.', y los demás contratistas de la zona expusieron al INCORA oportunamente todas las circunstancias de fuerza mayor que no sólo los golpeaba económicamente sino que les impedía físicamente el cumplimiento de sus obligaciones. Surgieron varias fórmulas intuyendo (todos son ingenieros) la imprevisión en los contratos. (El Incora no les prestó atención".

A su vez, la Sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S. A., por medio de apoderado, presentó con fecha 24 de noviembre de 1972, demanda ante esta Corporación solicitando:

"PETICIONES PRINCIPALES.

"PRIMERO. Se declara la nulidad de las Resoluciones números 01092 de 20 de marzo de 1972, y 03125 de 21 de julio del mismo año proveniente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora).

"SEGUNDO. Que se decrete la nulidad de la cuenta de cobro Nº 177 de 28 de agosto de 1972, formulada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora a la ASEGURADORA COLSEGUROS S. A.).

"TERCERO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se disponga que la ASEGURADORA COLSEGUROS S. A. está exenta de toda responsabilidad frente al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, derivada del cumplimiento del contrato Nº 271 de 1970, celebrado entre el Incora y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., e igualmente, de las responsabilidades que pudieran haberse derivado para la ASEGURADORA COLSEGUROS del cumplimiento de la póliza Nº 45627, certificado Nº 6861 expedido por dicha Aseguradora a favor o en calidad de asegurada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

"I. PETICION SUBSIDIARIA.

"1). Que se declare que el contrato Nº 271 de 1970 celebrado entre el Incora y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., es inoponible a la ASEGURADORA COLSEGUROS S. A. por cuanto para su celebración no se cumplieron los requisitos señalados por la Ley 4ª de 1964, Decreto Reglamentario 1518 de 1965 y Ley 36 de 1966.

"2). Como consecuencia de la anterior declaración, no es válido el contrato accesorio de seguro de que trata la Póliza Nº 45627 expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS en favor de la asegurada Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, según Certificado 6861 de 9 de diciembre de 1970.

"3). En virtud de las anteriores declaraciones manifiéstase expresamente exenta de toda responsabilidad a la ASEGURADORA COLSEGUROS, frente al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en desarrollo del contrato 271 celebrado entre el Incora y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., y en todo lo que se refiere a la póliza expedida por dicha aseguradora Nº 45627, certificado 6861 de 9 de diciembre de 1970.

"II. PETICION SUBSIDIARIA.

"En caso de que la petición principal, o la subsidiaria primera no fueren aceptadas por el Honorable Consejo de Estado, éste en subsidio deberá declarar:

"PRIMERO. La ASEGURADORA COLSEGUROS S. A. sólo está obligada a pagar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de acuerdo con sus Resoluciones 01092 de 20 de marzo de 1972 y 03125 de 21 de julio del mismo año, de acuerdo con el con-

trato de seguro de que trata la póliza 45627 de 9 de diciembre de 1970, certificado Nº 6861, las sumas en que se demuestre que la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., hizo una incorrecta inversión del anticipo, por un lado y las sumas que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria demuestren sean los perjuicios por el incumplimiento en el desarrollo del contrato 271 celebrado entre el Incora y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda.

"SEGUNDO. De acuerdo con el anterior pronunciamiento la ASEGURADORA COLSEGUROS S. A. sólo está obligada a cancelar al Incora las cantidades o sumas por éste demostradas.

Como hechos se expresaron los siguientes:

"PRIMERO. Por licitación Nº 184 de 1970 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria adjudicó la construcción de la carretera de penetración, en el sector de Fortul y Caño Jujú, con un total aproximado de 29.500 metros, a la sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda.

"SEGUNDO. Al abrir la licitación de que trata el hecho anterior el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria no cumplió con los requisitos de que trata el artículo 7º del Decreto 1518 de 1965, en efecto, para la fecha de la licitación el Incora carecía de un registro de proponentes, por especialidades y con indicación de la importancia de obras o estudios realizados por cada profesional o firma, como tampoco tenía clasificación y calificación de las distintas personas naturales o jurídicas inscritas con el ánimo de licitar para realizar los diferentes contratos. No existe constancia y seguramente no se hizo lo ordenado en el parágrafo segundo del artículo antes citado, en lo que se refiere a la comprobación de los datos mínimos de los proponentes.

"TERCERO. En virtud de la adjudicación de que trata el hecho primero se celebró ante el Incora y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., el día 26 de noviembre de 1970 el contrato Nº 271, cuya copia debidamente autenticada se acompaña.

"CUARTO. En cumplimiento de lo establecido en la cláusula séptima del contrato de que trata el hecho anterior, la Compañía ASEGURADORA COLSEGUROS S. A., celebró un contrato accesorio de fianza, contenido en la póliza Nº 45627, certificado 6761, de fecha 9 de diciembre de 1970 en la cual aparece como entidad asegurada el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'Incora', por un valor total asegurado de tres millones cuatrocientos cincuenta y seis mil seiscientos veintinueve pesos con ochenta centavos M/cte. ($ 3.456.629.80) y en el que claramente aparece estipulado como objeto del seguro el siguiente: 'cumplimiento del contrato y correcta inversión del anticipo sobre construcción de carretera Arauquita-Fortul (Jujú-Fortul) según contrato Nº 271 del 26 de noviembre de 1970'. En las observaciones del contrato accesorio se aclara que la ASEGURADORA COLSEGUROS garantiza el cumplimiento del contrato por la suma de un millón setecientos veintiséis mil seiscientos veintinueve pesos con 80/100 mcte. ($ 1'726.629.80) y la correcta inversión del anticino por la suma de un millón setecientos treinta mil pesos m/cte. ($ 1'730.000).

"QUINTO. La póliza o contrato de seguro de que trata el hecho anterior acoge en todas sus partes como de obligatoriedad desde el punto de vista legal, la póliza de la Contraloría General de la República, adoptada según Resolución Nº 1810 de 19 de noviembre de 1957.

"SEXTO. Debo hacer hincapié en el hecho de que el contrato de seguro celebrado por la Colombiana en favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en lo que se refiere al anticipo, claramente establece que no responde por éste, sino únicamente por su correcta inversión. Es decir que la ASEGURADORA COLSEGUROS no está afianzando la devolución, de sumas entregadas con el carácter de anticipo, sino únicamente garantiza la correcta inversión de dichas sumas.

"SEPTIMO. De acuerdo con la cláusula cuarta del contrato 271, la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda. se comprometió con el Incora a invertir el anticipo, por valor de un millón setecientos treinta mil pesos m/cte. ($ 1'730.000.00) en los gastos indirectos del contrato, construcción de campamentos, transporte y compra de equipos y repuestos. Para disponer de la suma entregada como anticipo la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., debía contar con la aceptación y firma del interventor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

"OCTAVO. De acuerdo con lo establecido en la cláusula cuarta del contrato la Sociedad, Vías, Canales y Puertos Ltda., invirtió correctamente el anticipo, en los items señalados en dicha cláusula.

"NOVENO. De conformidad con los hechos anteriores y de acuerdo con el contrato de seguro o póliza de seguro expedido por mi poderdante, desde el momento en que se realizó por parte de la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., la correcta inversión del anticipo, se le liberó de toda responsabilidad en lo que a este aspecto se refiere.

"Porque repito, mi poderdante en forma alguna estaba garantizando la devolución del anticipo, sino exclusivamente su correcta inversión.

"DECIMO. Desde el comienzo del desarrollo del contrato la Sociedad Vías, Canales y Puertos, contó con innumerables circunstancias de orden físico, no contempladas en los pliegos de cargo con que se abrió la licitación. En efecto, por ejemplo, a pesar de las advertencias de los ingenieros de la Sociedad Vías, Canales y Puertos se descuidó el mantenimiento de un puente de una de las vías de acceso a la zona del contrato, sobre el Río Bojaba, puente que posteriormente fue destruido por la fuerza de las aguas. Igualmente el señalamiento de la 'mina de afirmado', establecido en el contrato era deficiente, como en repetidas ocasiones lo afirmaron los representantes de la Sociedad Vías, Canales y Puertos.

"DECIMO PRIMERO. A los hechos anotados en el punto anterior como circunstancias de orden físico que influyó en el desarrollo del contrato Nº 271 debe agregarse el hecho del incumpli-

miento por parte del Incora en el pago, tanto del anticipo como de las actas a la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., hasta el punto de rebasar el plazo máximo señalado para dichos pagos, en la cláusula quinta.

"DECIMO SEGUNDO. Como si lo anterior fuera poco, el contratista Vías, Canales y Puertos Ltda., se vio afectado con el invierno que con apariencia de catástrofe azotó al país durante más de diez meses del año de 1971 y los primeros meses del presente año.

"DECIMO TERCERO. La zona en que se desarrollaba el contrato 271 no sólo se vio afectada como el resto del país por el crudo invierno, sino que también se privó de vías de comunicación por la tragedia ocurrida el 25 de enero de 1972 en Labateca Municipio de Norte de Santander. En razón de esta tragedia la vía de comunicación que aparece como vía de acceso a las zonas en donde se desarrollaba el contrato 271 se vio totalmente obstruida por su destrucción, impidiendo en esta forma que el contratista Vías, Canales y Puertos pudiera llevar materiales, maquinarias a la zona en donde desarrollaba su contrato. Para comprobar este hecho me permito acompañar varios ejemplares de periódicos nacionales en los cuales se narra la gravedad de los mismos y además se establece con absoluta claridad el hecho de que la catástrofe antes citada impedía la comunicación de los Llanos con el centro del país. Al respecto me permito citar algunos apartes que se refieren a la carretera que de Pamplona conduce al Sarare (Zona del desarrollo del contrato 271) publicados por la prensa: 'página 10-B del Tiempo, miércoles 26 de enero de 1972', se transcribe en la séptima columna un comunicado de la Gobernación del Norte de Santander y en su punto dice:

"Un alud en cantidad de un millón ochocientos mil metros cúbicos de roca, se precipitó sobre el río Chitagá, en una zona distante veinticinco (25) kilómetros de la carretera que de Pamplona conduce al Sarare. La precipitación de dichas tierras obstruyó totalmente la carretera..." En El Espectador de la misma fecha, página 4-A octava columna, se lee lo siguiente: "Autoridades del Distrito de carreteras de esta ciudad creen conveniente hacer una desviación de la carretera por sitio diferente, estimándose que estos trabajos demandarán por lo menos un mes". En El Tiempo del día jueves 27 de enero del presente año, en la página 10-A cuarta columna se afirma lo siguiente: "El embalse tapó novecientos metros de la carretera, única vía de comunicación por tierra entre Pamplona y los Llanos del Casanare". En El Espectador del viernes 28 del mismo mes y año, en la columna segunda de la página 4-A se manifiesta: "En cuanto a la carretera que fue por varios kilómetros destruida y cubierta por el alud se teme que no podrá ser posible su reparación antes de cuatro o cinco meses toda vez que la cubre muchos metros de espesor".

"DECIMO CUARTO. Debe aclararse que la vía Pamplona al Sarare, sobre la cual versan los conceptos consignados en el hecho anterior es la misma que se señaló en el pliego de cargos de la licitación que dio origen al contrato 271, como vía de acceso a las zonas en que dichos contratos debían desarrollarse.

"DECIMO QUINTO. Los hechos anteriores son circunstancias que configuran claramente la fuerza mayor que hizo imposible el cumplimiento del contrato 271 a la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., y que la eximen de toda responsabilidad.

"DECIMO SEXTO. Con respecto a la fuerza mayor debe afirmarse que la existencia de la misma fue aceptada por el Presidente de la República doctor Misael Pastrana Borrero, en discurso pronunciado el martes 5 de abril de 1971, donde refiriéndose al invierno que azotó por esa época la Nación afirmó: 'Yo creo que el país tiene que entrar en un momento de solidaridad humana ante estas circunstancias **imprevistas e imprevisibles**' (subrayo). Si el primer mandatario de la Nación acepta que el invierno general constituía una circunstancia 'imprevista e imprevisible', está aceptando la existencia de un caso de fuerza mayor y con mucha más razón si se hubiera referido a una tragedia como la de Labateca.

"DECIMO SEPTIMO. Si se acepta la existencia de circunstancias que constituyen fuerza mayor, en el desarrollo del contrato 271, la ASEGURADORA COLSEGUROS está exenta de toda responsabilidad frente al asegurado Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de acuerdo a lo establecido por la póliza de la Contraloría General de la República (Resolución 1810 de 19 de noviembre de 1957), que en su cláusula sexta numeral 'h' dispone: "La ASEGURADORA no responde por ningún incumplimiento del contrato debido a fuerza mayor o caso fortuito legalmente comprobado.

"DECIMO OCTAVO. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria aceptó expresamente la existencia de circunstancias que configuraban la fuerza mayor y así se lo manifestó a la sociedad Incoll Ltda., en carta que obra en un proceso contencioso administrativo que esta sociedad adelanta contra el Incora. El contrato que la Sociedad Incoll desarrollaba para el Incora tenía efectos en la misma zona en que se desarrollaba el contrato 271.

"DECIMO NOVENO. Por las circunstancias anotadas en los hechos anteriores a la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., le fue imposible cumplir el contrato Nº 271, celebrado con el Incora en los términos en él señalados.

"VIGESIMO. El contrato 271 fue adjudicado a la sociedad Vías, Canales y Puertos y se celebró en condiciones y con unos precios unitarios, que en circunstancias normales son inferiores a los señalados por el Ministerio de Obras, al respecto conviene citar el concepto emitido por Ingetec (Ingenieros consultores), a petición de la COMPAÑIA COLOMBIANA DE SEGUROS en relación con el contrato 271.

VIGESIMO PRIMERO. De acuerdo con el hecho anterior desde un comienzo y contando con circunstancias normales se considera imposible que la firma Vías, Canales y Puertos hubiera cumplido lo convenido en el contrato 271 celebrado con el Incora, lo cual está violando el espíritu y contenido de la Ley 4ª de 1964, el Decreto 1518 de 1965 y la Ley 36 de 1966.

"VIGESIMO SEGUNDO. Sin tener en cuenta las circunstancias que eximían de responsabilidad a la firma vías, Canales y Puertos Ltda., en el desarrollo y cumplimiento del contrato 271 celebrado por ésta y el Incora, esta última entidad procedió a dictar la Resolución 01092 de 20 de marzo de 1972, por medio de la cuál se declara la caducidad de dicho contrato.

"VIGESIMO TERCERO. En el artículo Segundo de la Resolución de que trata el hecho anterior se dispone hacer efectiva la póliza de seguro 4527 de 9 de diciembre de 1970 a la compañía ASEGURADORA COLSEGUROS. En este artículo se acepta expresamente que parte de dicha póliza protege exclusivamente la correcta inversión del anticipo y otra el cumplimiento del contrato hasta la concurrencia del valor asegurado.

"VIGESIMO CUARTO. Contra la Resolución 01092 de 20 de marzo de 1972, se interpuso por parte de la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., el recurso de reposición el cual fue coadyuvado por mi poderdante en memorial presentado el 24 de marzo del mismo año.

"VIGESIMO QUINTO. Antes de que se procediera a resolver el recurso de que trata el hecho anterior, mi poderdante con el mejor ánimo de servicio, procedió a formular al Incora varias propuestas encaminadas a terminar con las obras objeto del contrato 271, sin que ninguna de ellas recibiera aceptación o comentario expreso por parte de funcionarios del Incora.

"VIGESIMO SEXTO. Por medio de Resolución Nº 3125 de 21 de julio de 1972 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria resolvió el recurso de reposición de que trata el hecho Vigésimo Cuarto, confirmando en todas sus partes la Resolución de caducidad Nº 1092 de 20 de marzo del mismo año.

"VIGESIMO SEPTIMO. La Resolución de que trata el hecho anterior fue notificada a mi poderdante el día 25 de julio de 1972, afirmando erróneamente que contra ella cabía el recurso de reposición, cuando por disposición de la misma resolución se declaraba agotada la vía gubernativa.

"VIGESIMO OCTAVO. En virtud de las Resoluciones Nos. 01092 de 28 de marzo de 1972 y la 03125 de 21 de julio del mismo año, el Incora procedió a formular a mi poderdante la cuenta de cobro Nº 177 de 28 de agosto de 1972 en la cual se establece una obligación a su cargo por los siguientes conceptos: 1) Saldo anticipo pendiente de amortizar un millón quinientos cuarenta y cinco mil quinientos cuarenta y siete con treinta centavos M/cte. ($ 1'545.547.30); 2) Valor total garantía cumplimiento y multas un millón setecientos veintiséis mil seiscientos veintinueve pesos con ochenta centavos M/cte. ($ 1'726.629.80).

"VIGESIMO NOVENO. Cabe anotarse que de acuerdo con la cuenta formulada a mi poderdante de que trata el hecho anterior, se pretende que éste cancele al Incora, en primer lugar el saldo 'del anticipo que dejó de amortizar la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda'.

En ningún caso mi poderdante se obligó a garantizar el saldo o saldos insolutos a cargo de Vías, Canales y Puertos Ltda., entre otras cosas porque el seguro de crédito está prohibido, sino que por el contrario únicamente se obligó a garantizar la correcta inversión de ese anticipo. El Incora no ha dicho a mi poderdante qué cantidad de dinero del anticipo entregado fue incorrectamente invertido por Vías, Canales y Puertos Ltda., para en consecuencia proceder a cancelar las sumas incorrectamente invertidas. En cuanto al segundo punto de la cuenta de cobro mi poderdante garantizó el cumplimiento del contrato hasta la suma de un millón setecientos veintiséis mil seiscientos veintinueve pesos con ochenta centavos M/cte. ($ 1'726.629.80), en consecuencia el Incora debió proceder a determinar el porcentaje en que el contrato fue incumplido para de la misma manera determinar hasta qué parte de la suma antes anotada debía cancelar mi poderdante. es decir, que el Incora antes de formular la cuenta de cobro debió liquidar el contrato para establecer la responsabilidad que cabía a mi mandante. Además en la cláusula Décima del contrato 271 en su parte final se estableció que para hacer efectiva la fianza de cumplimiento, se requiere resolución motivada tomando como base el acta de medida de la obra realizada y de los materiales existentes, que para tal efecto levantará el interventor y la Auditoría fiscal y que 'permitirá determinar la parte en que el contrato ha sido incumplido'.

"TRIGESIMO. Para la fecha en que la caducidad del contrato 271 fue declarada por el Incora, aunque la firma Vías, Canales y Puertos Ltda., se encontraba por las circunstancias antes anotadas atrasada, el porcentaje de obras realizado era bastante apreciable, como se desprende de los informes de interventoría realizados a nombre del Incora por la sociedad Estudios Técnicos 'Intec'.

"TRIGESIMO PRIMERO. La ASEGURADORA COLSEGUROS S. A. me ha conferido poder especial, amplio y suficiente para incoar la presente acción".

Como disposiciones violadas en el proceso Nº 1427 donde es Actora la Sociedad Comercial, Vías, Canales y Puertos se citan: Decreto 528 de 1964: artículos 1546, 1561, 1543, 1602, 1604. 1613, 1614, 1603, 1731 y siguientes del Código Civil; artículo 868, 870 del Código de Comercio; artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

En el proceso Nº 1428 se citaron los siguientes: artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional; Leyes 4ª de 1964 y 36 de 1966. el Decreto 1518 de 1965; el artículo 1603, 1602, 1609, del Código Civil, el artículo 1º de la Ley 96 de 1890.

El señor Aristóbulo Ramírez, por medio de apoderado, se presentó como coadyuvante de la demanda instaurada por Compañía Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda., pero además con la pretensión propia de que se le reconociera la suma de $ 1.600.000.00 por concepto de los perjuicios sufridos como sub-contratista, por el incumplimiento del contrato Nº 271.

Por auto de 2 de marzo de 1973, se dispuso tenerlo como coadyuvante de la demanda principal, pero se le negó la posibilidad de de-

ducir pretensiones distintas a las incoadas por la demanda coadyuvada, como era de rigor. En consecuencia, al resolver sobre la demanda de Vías, Canales y Puertos, quedaría resuelta, igualmente, la coadyuvancia.

Por auto de 16 de enero de 1975, estos expedientes, reseñados bajo los números 1427 y 1428 fueron acumulados a efecto de que fueran decididos en una sola sentencia.

Los procesos han recibido el trámite previsto por la ley y como ha llegado el momento de decidirlos y no se observa causal de nulidad que invalide lo actùado, se procede a ello previas las siguientes consideraciones.

El concepto Fiscal

El señor Fiscal 2º de la Corporación doctor Gilberto Gartner Posada, considera, en su concepto de fondo que debe rechazarse la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada y acogerse las pretensiones de la parte actora pues encuentra probados los hechos en que ellas se basan y halla correctas las razones de derecho esgrimidas.

Para resolver se considera

CONTRATO Nº 341. (diciembre 31 de 1969).

Previa Licitación Pública, la sociedad "VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA.", firmó con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, un contrato administrativo cuyo objeto era la construcción de una carretera entre Puerto Nariño y Jujú, en la Intendencia de Arauca, contrato distinguido con el Nº 341 firmado por los contratantes el 31 de diciembre de 1969.

El trayecto de construcción era de 18 kilómetros, con dos tramos bien caracterizados: a) Puerto Nariño - Río Banadía, 3 kilómetros y b) Río Banadía - Jujú, 15 kilómetros.

Avanzado el proceso de licitación, Incora, por "ADENAO" de 25 de septiembre de 1969, solicitó a todos los interesados en la licitación, incluir en sus propuestas la construcción de un puente provisional sobre el Río Banadía, lo que hizo la firma demandante y su construcción quedó incluída en el contrato reseñado.

El acta de iniciación de trabajos en desarrollo de este contrato, se firmó por los contratantes, el 23 de enero de 1970.

El plazo inicial del contrato fue de 15 meses contados a partir de la fecha de iniciación de trabajos, por lo que vencía el 23 de abril de 1971. El plazo fue prorrogado, por doce meses, por lo que, vencía el 23 de abril de 1972.

Por Resolución 03095 de julio 19 de 1972, se declaró, por el INCORA, la caducidad de dicho contrato, con las siguientes consideraciones:

> "Con fecha diciembre 30 de 1969, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, suscribió el Contrato Nº 341 con la firma

VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., para la construcción de la carretera PUERTO NARIÑO - ARAUQUITA, en el proyecto ARAUCA Nº 1.

"De conformidad con lo estipulado en la Primera Adición el Contrato en mención, Cláusula Primera, la firma Contratista VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., se comprometió a terminar y entregar la obra, objeto del contrato, el día 23 de abril de 1972 a más tardar, sin que hasta la fecha se haya hecho esta entrega, incumpliendo por tanto el Contrato en lo relativo al plazo de terminación y entrega de los trabajos;

La Subgerencia de Ingeniería del INCORA, mediante oficio Nº 01697 de fecha febrero 1º de 1972, urgió a la firma Contratista agilizar el ritmo de trabajo a fin de poder cumplir el plazo pactado, sin que la firma Contratista hubiese puesto de su parte la diligencia y cuidado suficientes para lograr la normalización de los trabajos y poder cumplir así con la entrega de la obra dentro del plazo acordado;

"La Cláusula Décimoquinta del contrato, dispone que EL INCORA sin previo requerimiento al Contratista y sin que haya lugar a indemnización podrá declarar la Caducidad Administrativa del Contrato, entre otras razones, cuando el Contratista no termine y entregue las obras dentro del plazo fijado;

"La firma VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., garantizó el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la correcta inversión del anticipo, mediante la Póliza Nº 118 expedida por la Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A., el 19 de enero de 1970, la cual fue modificada el 27 de septiembre de 1971 y el 9 de noviembre de 1971;

"La Subgerencia de Ingeniería del INCORA solicitó la Declaratoria Administrativa de Caducidad del Contrato Nº 341 de 1969. En consideración a lo expuesto,

"RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. Declarar la Caducidad Administrativa del Contrato Nº 341 de fecha diciembre 30 de 1969, celebrado entre el INCORA y la firma VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., para la construcción de la carretera PUERTO NARIÑO, ARAUQUITA, SECTOR PUERTO NARIÑO, JUJU, en el Proyecto ARAUCA Nº 1.

ARTICULO SEGUNDO. Hacer efectiva la Póliza de Seguros Nº 118, expedida en Bogotá el 19 de enero de 1971, en concordancia con sus modificaciones, por la Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A., en desarrollo de lo estipulado en la Cláusula Décima del Contrato Nº 341 de 1969, mediante la cual el Contratista garantizó el cumplimiento y Multas del Contrato y la Correcta Inversión del Anticipo, hasta concurrencia del valor asegurado o sea, la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS VEINTICINCO PESOS CON 37/100 ($ 2.345.725.37) moneda colombiana.

"PARAGRAFO. Del valor asegurado solamente se descontarán las sumas amortizadas por el Contratista, para cubrir el valor del anticipo.

"ARTICULO TERCERO. Envíese copia de la presente providencia a la Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A. y a la División Financiera del INCORA.

"ARTICULO CUARTO. Notifíquese la presente Resolución a la firma Contratista VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., y a la Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A., siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto 2733 de 1959.

"ARTICULO QUINTO. Contra la presente Resolución procede únicamente el Recurso de Reposición para agotar la vía gubernativa, según lo establecido en el artículo 44 de los Estatutos del INCORA.

"ARTICULO SEXTO. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

La sociedad demandante interpuso, oportunamente, el recurso de reposición, el que fue denegado por Resolución Nº 04735 de septiembre 27 de 1972, con las siguientes consideraciones:

"El señor Gerente de la Firma VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., en escrito recibido en el INCORA el 25 de julio de 1972, interpuso recurso de reposición contra la Resolución Nº 03095 de fecha 19 de julio de 1972. De la misma manera el doctor ANTONIO DAZA PEREZ, actuando como apoderado de la Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A. según poder conferido por el Gerente de la mencionada Compañía de Seguros, en documento recibido en el INCORA el 25 de julio de 1972, solicitó la reposición de la Resolución Nº 03095 de fecha 19 de julio de 1972;

"La firma VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., sin presentar pruebas, argumenta que el incumplimiento de su obligación contractual de terminar y entregar la obra contratada a más tardar el 23 de abril de 1972, fue ocasionada por los siguientes hechos: el invierno, un represamiento en LABATECA y un movimiento cívico de los habitantes de SARAVENA;

"La Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A., funda su solicitud en los siguientes hechos:

"Las condiciones climatéricas de la región del SARARE donde se realiza la obra, no corresponden a lo manifestado sobre este ítem en los Pliegos de cargos;

"b) El derrumbamiento del puente sobre el río BANADIA, paso obligado para el frente de trabajo;

"c) La alteración del orden público en la región del SARARE;

"La firma VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., garantizó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la correcta inversión del anticipo mediante la Póliza Nº 118, expedida por la

Compañía de Seguros INMOBILIARIA DE SEGUROS S. A. el 27 de septiembre de 1971, modificada mediante Anexo Nº 145 de fecha 9 de noviembre de 1971, las cuales garantías fueron emitidas en aplicación de la Resolución Nº 1810 de 1957, emanada de la Contraloría General de la República;

"Del análisis de los hechos presentados por el Contratista y por el asegurador como fundamento de sus solicitudes de reposición, surgen las siguientes conclusiones:

"1) La información hidrológica que aparece en los Pliegos de la Licitación Nº 154, SI, tienen un carácter muy general y por esta razón el Contratista, previamente a la presentación de su oferta debió adicionarla mediante una visita a la zona donde se realizarían las obras y obteniendo información por ejemplo en el Servicio Colombiano de Meteorología e Hidrología, de la manera como se desprende del contenido del ítem Nº 3.03 de la mencionada Licitación: '3.03 INFORMACION HIDROLOGICA. El objeto de esta información consiste en ayudar al proponente en la elaboración de su programa de trabajo, pero INCORA no asume ninguna responsabilidad por las deducciones, conclusiones o interpretaciones que el proponente obtenga de esta información, ni por la exactitud de los datos, que obtenidos de diversas fuentes figuran en los planos y diagramas entregados al proponente'

"2ª) El represamiento en LABATECA, el derrumbamiento del puente sobre el río BANADIA y el movimiento cívico o alteración del orden público en la región del SARARE, fueron acontecimientos que se presentaron diez (10) meses después del vencimiento del plazo acordado para la terminación y entrega de la obra contratada, el cual venció el 23 de abril de 1971, de una parte y de otra, acontecimientos cuya duración osciló entre ocho (8) y quince (15) días. Estos fenómenos, de ninguna manera pudieron impedir la ejecución del sesenta por ciento (60%) de la obra contratada.

"3) Cuando el Contratista no entregó la obra en la forma y tiempo debidos, el día 23 de abril de 1971. no obstante que este hecho revelaba falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento del contrato y no quedando otra alternativa al INCORA para proteger sus inversiones, accedió a prorrogar el plazo inicialmente pactado. en doce (12) meses más. Es al finalizar el décimo mes de este período obligado, en el cual ocurren los acontecimientos que señalan el Contratista y el Asegurador como fenómenos determinantes del incumplimiento. luego estos fenómenos han ocurrido cuando el Contratista se hallaba en mora de cumplir el objeto contratado.

"4) Es más. la falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento del objeto contratado, se revela con toda claridad si se tiene en cuenta que al finalizar veinticinco (25) meses, de los veintisiete (27) acordados para el cumplimiento total del contrato, el Contratista únicamente había ejecutado el cuarenta por ciento (40%) de la obra contratada.

"Los Pliegos de la Licitación Internacional Nº 154 SI, forman parte del Contrato Nº 341 de fecha 30 de diciembre de 1969, de

conformidad con lo estipulado en la Cláusula Segunda del mismo. En el literal c) del ítem 2.26 de la mencionada licitación y por consiguiente en el referido contrato, las partes por mutuo acuerdo, definieron las causas de fuerza mayor y de entre ellas excluyeron el invierno: 'c) FUERZA MAYOR. Se considera como fuerza mayor el imprevisto a que no es posible resistir, determinado por circunstancias no imputables al CONTRATISTA, que impidan totalmente el trabajo u obliguen a disminuir notablemente su ritmo, por ejemplo catástrofes, guerra u otras. Las suspensiones debidas a causas de orden meteorológico y/o hidrológico no se considerarán como fuerza mayor y no darán lugar a indemnización o ampliación del plazo estipulado'. En suma, el incumplimiento del Contratista no se originó en los hechos alegados ni en factores de fuerza mayor, sino en la circunstancia de no haberse localizado el equipo y maquinaria ofrecida, en el sitio de la obra".

Como puede verse, "VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA.", opone al INCUMPLIMIENTO del plazo pactado, como causales exonerativas de responsabilidad, unas y otras como culpa imputable al INCORA, las siguientes:

1) La caída del puente sobre el Río Banadía;

2) La falta de señalamiento de las zonas para la extracción de materiales necesarios para la construcción de las obras;

3) Un invierno de intensidad imprevisible en la región no puesto en los pliegos de licitación y con una extensión e intensidad que hizo imposible el cumplimiento del contrato en el plazo pactado.

4) Una alteración del orden público en la región de SARAVENA; y

5) Un represamiento en la región de Labateca, que interrumpió el paso por la vía carreteable al Sarare, desde el interior del país.

Se examinarán tales causales en su orden:

a) **El puente sobre el Río BANADIA.** Obra en el plenario prueba testimonial de exfuncionarios del INCORA, que tuvieron que ver con el desarrollo del controvertido contrato, que el puente provisional sobre el río Banadía, kilómetro 3 de la carretera Puerto Nariño, Juiú, no sólo tenía por objeto hacer posible la construcción de dicha carretera, sino el muy natural y lógico de desembotellar una región agrícola, permitiendo a los colonos establecidos en la región, el transporte de sus cosechas y el aprovisionamiento de los mismos colonos. Esto se ve reforzado con las circunstancias relievantes de que el INCORA, pagó su construcción, ofreció pagar su reconstrucción a la misma firma demandante o contratarlo con otra compañía como efectivamente lo hizo (ver oficio Nº 24883 de 15 de septiembre de 1971, folio 175, pruebas empastadas).

No obstante lo anterior, el INCORA, en forma inexplicable, no incluye en los pliegos de cargo ni posteriormente en el contrato, el plano, diseño, dimensiones etc., de dicho puente y se limita a aceptar que el contratista reproduzca un puente que construyó para el mismo Instituto en el Chocó, sobre el Río Arquiti.

En mayo 15 de 1970, la demandante hace a INCORA diversas consideraciones sobre el diseño del referido puente y la necesidad de modificar el diseño acordado para adaptarlo a las condiciones reales del terreno y advierte sobre los cuidados que habrá de tenerse en su mantenimiento para evitar el represamiento del río que puede destruirlo (Pruebas empastadas, Puerto Nariño - Jujú, pág. 128).

En junio 2 de 1970, todavía no se sabe como se determina el precio del puente y así lo anota la demandante al INCORA, en oficio visible al folio 130 del libro anotado.

En cartas de octubre 27 y noviembre 23 de 1970, (folios 137 y 139), la demandante solicita la aprobación de los diseños del referido puente, elaborados por dicha sociedad, en consideración a que es imposible la exacta reproducción del puente tomado como modelo.

Solo en 22 de diciembre de 1970, la Interventoría (folio 143) envía un esquema de las vigas del puente, lo que implica que se cambie el material en que debe ser construido, con aprobación de la Interventoría, y se decide hacerlo en madera y no con las dimensiones sugeridas por el contratista.

En 28 de marzo de 1971, la actora comunica al INCORA (folio 153) que el puente sobre el río Banadía está al servicio desde el 5 de febrero anterior y nuevamente insiste sobre las obras de pilotaje que hay que hacer para defenderlo de un represamiento del río.

Según acta de visita de la Interventoría (fl. 73, fólder Nº 2), en mayo 28 de 1971 se deja constancia de que la creciente del río Banadía, se llevó 51 metros del puente, por represamiento de una empalizada.

Viene luego una extensa prueba documental sobre las múltiples gestiones de la demandante ante el INCORA, la Intendencia del Arauca, la Brigada Militar, tratando de conseguir así sea una solución provisional que subsane la falta del puente sobre el río Banadía y permita la continuación de los trabajos en desarrollo del contrato cuestionado, sin que se hubieran obtenido resultados, pues a la fecha de la presentación de la demanda, aún no se había reconstruido dicho puente (pruebas empastadas, folios 156, 157, 159).

Y sobre la responsabilidad de INCORA por la construcción del puente y su conservación y la imposibilidad de cumplir el contrato controvertido sin la existencia de tal puente, la demandada no discutió antes del juicio, por el contrario lo aceptó, como se ha visto y como resulta aún más ostensible de la nota de la Interventoría de 2 de julio de 1971 (pruebas empastadas, folio 160) en que acepta que la destrucción del puente se debió a causas naturales y encuentra justa la solicitud de prórroga del plazo, que eleva el contratista y, también, aparece expresamente reconocida en la Resolución de agosto 4 de 1971 (folio 165) en que se revoca una multa, por incumplimiento del contrato, se acepta que no había plazo para construir el puente y se declara que es aceptable la cantidad de obra ejecutada hasta la fecha por el contratista.

Conviene dejar establecido que la prueba anterior, permitirá concluir que para agosto 4 de 1971, INCORA, reconoce que no obstante

que van corridos 19 meses del plazo contractual, la firma contratista no ha incumplido el convenio.

Pero es que la imposibilidad de cumplir el contrato o de cumplirlo en el plazo pactado, lo reconoce nuevamente, en forma expresa, el INCORA, en carta de septiembre 15 de 1971, cuando dice:

"Confirmando nuestra conversación del día 13 de septiembre de 1971, le aclaramos los siguientes puntos en relación con el contrato que ustedes adelantan para la construcción de la Carretera PUERTO NARIÑO, JUJU en el Proyecto Arauca Nº 1.

"1) El INCORA continuará la exploración de la zona comprendida entre el Río Banadía y el Caño Jujú, a fin de verificar la posibilidad de canteras para material de afirmado y obras de Arte con el objeto de que ustedes realicen estas obras dentro del contrato.

"2) De nuevo solicitamos a ustedes estudiar la reconstrucción del puente provisional sobre el río Banadía a fin de utilizarlo exclusivamente para transportar los materiales necesarios para la terminación de las obras. La reconstrucción de que se habla sería con cargo al INCORA y como adición al Contrato existente.

"3 En caso de una respuesta negativa al segundo punto, el INCORA hará las gestiones necesarias para lograr la construcción de dicho puente por parte de la Firma INGENIERIA Y CONSTRUCCION LTDA., a fin de que ustedes realicen la terminación de las obras en la mejor forma posible.

"4) De no ser posible los tres puntos anteriores, se liquidará el contrato en forma amigable por las partes, teniendo en cuenta que la Firma realizará la construcción de los terraplenes y descoles hasta completar la totalidad contratada, quedando pendiente los Items cuyos materiales no sean posibles de obtener (afirmados y obras de arte)".

Y en octubre 14 de 1971, autoriza al contratista a terminar el afirmado de los 3 primeros kilómetros, con material procedente del SATOCA, kilómetro 6 de la carretera Saravena - Fortul (folio 178) pues antes había observado que el afirmado de tal tramo era deficiente por el material utilizado, lo que indica, que para tal fecha, no estaba en mora el contratista.

Pero aún más, en diciembre 20 de 1971, al contestar una carta del contratista sobre reajuste de precios y reconocimiento de las causas que han impedido el cumplimiento del contrato, rechaza la Interventoría (folio 181) al reajuste pedido y acepta las razones del retardo y reconoce expresamente que es correcto el programa de trabajo.

No hay, pues, duda de que a pesar de los insistentes alegatos del apoderado de la demandada, sin el puente sobre el río Banadía, era imposible cumplir el contrato y que tal hecho no era imputable al contratista, sino al INCORA.

b) **La falta de señalamiento de zonas para extraer los materiales para la construcción.**

Ni el mismo INCORA discute la falta de señalamiento de tales zonas entre el río Banadía y el kilómetro 18, en el juicio discute que en el corto lapso en que prestó servicios el puente sobre dicho río, había podido cumplir el contrato, sin que lo haya demostrado ni explicado por qué se podía y se debía construir en menos de tres meses lo que se había acordado para 27 meses.

En carta de 15 de septiembre de 1971, pruebas empastadas, folio 175, ya transcrita, reconoce el INCORA, que no existen canteras de material entre el río Banadía y Caño Jujú.

Y en septiembre 10 de 1972, con posterioridad a la declaratoria de caducidad, aún se investigaba por canteras en ese trayecto (folio 193).

No queda duda, entonces, que las obras de afirmado entre el kilómetro 3 y el kilómetro 18, es decir, entre el río Banadía y Jujú, no podían realizarse en el plazo pactado, por culpa del Incora.

No sobra agregar, sinembargo, que en abril 8 de 1972, dos meses antes de la Resolución de caducidad, la Interventoría comunica a la demandante que está estudiando el cambio de rasantes en el kilómetro 14, pero que todavía no puede señalarlos al contratista (folio 183), lo que, sumado a lo que queda analizado, demuestra la improvisación con que procedió el INCORA, en la elaboración de los pliegos de cargos, en los estudios técnicos previos, en la elaboración del contrato y en el desarrollo del mismo, unido a la imprudencia e incomprensión frente a las varias alternativas propuestas por el contratista para hacer viable la construcción del carreteable.

Estas dos causales, resultan imputables a culpa del ente administrativo y ellas son suficientes para concluir que la Resolución de caducidad violó el contrato y las normas que dan firmeza a los convenios, especialmente el 1602 y el 1609 del Código Civil, citados por la Parte Actora.

c) **Las otras 3 causales.** Estas, en cambio tienden a configurar la fuerza mayor, como exonerativa de responsabilidad y si fueran las únicas. impedirán la deducción de responsabilidad para ambas partes contratantes por lo que con base en ellas no podría prosperar el libelo demandatorio, sino en cuanto a la nulidad de los actos acusados.

Aparecen plenamente acreditadas en los autos, así:

En efecto, aunque en el pliego de cargos se excluyó como fuerza mayor la constituida por suspensiones originadas en causas meteorológicas o hidrológicas, ello ha de entenderse racionalmente referido a las circunstancias normales en la región, pero no a un invierno de extraña intensidad, imprevisible e irresistible como el que se presentó en la zona de trabajo y que según certificados oficiales que obran en autos, implicó un aumento del 168% en la precipitación pluvial y con una duración superior a 1 año, cuando los mismos pliegos de cargo hablaban de 8 meses de invierno y con un grado de humedad no superior al 90%.

Y es que entendida literalmente como la entendió el INCORA, resultaría nula dicha cláusula al tenor del artículo 1518 del Código Civil, pues si la suspensión por el invierno durare tanto o casi tanto como

el plazo contractual el objeto del convenio quedaría constituido por un hecho físicamente imposible.

Lo mismo ha de decirse en relación con el derrumbe ocurrido en la región de Labateca, acreditado suficientemente con la prueba trasladada del expediente Nº 1421 y configurada por numerosos certificados de funcionarios públicos, sobre la grave emergencia física, geográfica, social, moral y económica ocurrida en la región a consecuencia del descomunal derrumbe y el consiguiente represamiento de un río, que dejó aislada la región, sin aprovisionamiento, por algunos días y luego, con aprovisionamientos a costos tan altos, que romperían el equilibrio económico de cualquier contrato, ante la obstinada posición del contratante para reconsiderar las contraprestaciones originadas en tales hechos imprevisibles.

Todo esto, trajo como consecuencia, un paro cívico en que el alto Gobierno, a través de Ministros, Defensa Civil, etc., tuvo que intervenir en la región, pactar con los colonos, prometer diversas soluciones precisamente relacionadas con las vías de comunicación, la salud, la educación y la seguridad de los habitantes, a pesar de lo cual el INCORA quiso ignorar olímpicamente las tremendas consecuencias sobre el desarrollo del contrato que ha originado esta controversia.

El argumento esgrimido por la defensa, que la carretera bloqueada estuvo pocos días fuera de servicio, se desvirtúa con certificados del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de que estuvo más de 8 meses fuera de servicio.

Y la otra prueba, que la carretera alterna, había podido ser utilizada por el contratista y al efecto trae el testimonio de uno de los Ingenieros a su servicio de que por tal carreteable transportó a la región pesada y valiosísima máquina.

Empero, esa vía alargaba el trayecto en más de 50 kilómetros y el INCORA negó toda reconsideración de precios en relación con tan apreciable e imprevisible sobrecosto y, además, el hecho de que se hubiera requerido un ingeniero para transportar una máquina, demuestra cuanta razón cabía al contratista al alegar la imposibilidad de llevar la maquinaria en tales condiciones. Los contratos deben cumplirse de buena fe, no obligan a lo imposible y en tratándose de contratos administrativos, la conducta de la administración ha de ser de mayor prudencia que la del particular, mayor celo, mayor consagración, pues es su obligación constitucional la de garantizar vida, honra y bienes de los administrados y entre estos se encuentran quienes contratan con ella. (Ver artículo 14 Ley 4ª de 1946).

Habrán de anularse los actos impugnados y condenarse a la demandada al pago de los perjuicios materiales causados. Como la cuantía de los mismos no está demostrada aunque sí su ocurrencia, pago de indemnizaciones por rompimiento intempestivo de contratos laborales y sub-contratos de obra, paralización de maquinaria, pérdida de la utilidad razonable que debía obtenerse en el contrato, etc., se condenará en abstracto y más adelante se darán las bases para su liquidación.

Contrato Nº 271 de 1970

El 26 de noviembre de 1970, previa licitación pública. se firmó el contrato Nº 271 entre el INCORA y la sociedad demandante, cuyo ob-

jeto era la construcción de la carretera Arauquita-Fortul, sector Jujú-Fortul, en la comisaría de Arauca, según aparece del Diario Oficial de 29 de abril de 1971, visible a folios 174 y ss. del libro de pruebas Fortul-Jujú).

El valor del contrato fue de $ 8'633.149.00 y se indicó como plazo para la terminación de las obras, el de 18 meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación de trabajos, la que aparece a folios 260 del mismo libro de pruebas, con fecha 18 de enero de 1971, por lo que el plazo contractual vencía el 18 de julio de 1972.

La cláusula 41 del contrato, previó el pago de un anticipo, en los siguientes términos:

"Cuarta. Anticipo. Incora dará al Contratista un anticipo por valor de un millón setecientos treinta mil pesos moneda corriente ($ 1'730.000.00) para que atienda los gastos indirectos del contrato, construcción de campamentos, transporte y compra de equipo y repuestos".

Dicho anticipo, según constancias del INCORA, visibles a folios 30 del legajo Nº 1 de pruebas y folio 244 del libro de pruebas Fortul-Jujú, se pagó en la siguiente forma:

Enero 29 de 1971	$	300.000.00
Febrero 4 de 1971	$	500.000.00
Febrero 24 de 1971	$	500.000.00
Marzo 9 de 1971	$	430.000.00
TOTAL	$	1.730.000.00

Por Resolución Nº 01092 de 20 de marzo de 1972, el INCORA declaró la caducidad del contrato, por las siguientes razones:

"En desarrollo del contrato en mención, la firma Contratista VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., no cumplió las condiciones establecidas en los Pliegos de Condiciones y en el contrato mismo, como aparece del informe producido por la División de Estudios de Ingeniería, oficina que ejerce la interventoría del contrato:

1) Incumpliendo de lo propuesto en cuanto al avance satisfactorio de los trabajos encomendados, según informes mensuales emanados de la Firma ESTEC, Interventora de las obras.

2) La no entrega oportuna del programa de trabajo exigido por la Interventoría, hecho por el cual se aplicó una multa por valor de ($ 39.200.00) TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS, según Resolución Nº 3876 de agosto 4 de 1971.

3) Incumplimiento de lo propuesto en cuanto a calidad y cantidad de maquinaria para la ejecución de los trabajos, situación que se hizo conocer a la Firma Contratista mediante continuas comunicaciones tales como la Nº 01033 de enero 25 de 1971.

4) La mala organización del Contratista en la obra dejando el control técnico-administrativo a personal no calificado para estas labores.

De conformidad con lo consignado en la Cláusula Décima del Contrato en mención, los hechos enumerados en el considerando anterior constituyen causales suficientes para declarar la caducidad administrativa del Contrato;"

Por Resolución Nº 03125 de 21 de julio de 1972, se decidió el recurso de reposición interpuesto por la firma contratista, en sentido negativo.

La sociedad demandante opone a las razones que motivaron la caducidad, una serie de hechos, constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito unos y otros, el primero, culpa del INCORA, por mora en el pago del anticipo y falta de señalamiento de fuentes naturales. Tales circunstancias son:

a) Mora en el pago del anticipo;

b) Falta de señalamiento de las fuentes de materiales para la construcción de la carretera;

c) Un invierno con intensidad y duración imprevisibles;

d) Desbordamiento del río Bojaba, con apertura de nuevo cauce e interrupción del paso de vehículos entre el 2 de enero y finales de febrero de 1972;

e) Deslizamiento de proporciones gigantescas en el sitio de San Josesito, por represamiento del río Chitaga que bloqueó la vía de acceso a Saravena (Carretera Pamplona - La Legía - San Bernardo - Saravena), lo que ocurrió el 24 de enero de 1972;

f) Como consecuencia de los hechos anteriores, se presentó en la región, entre el 1º de enero de 1972 y fines de marzo del mismo año, una situación de emergencia social y económica en la región, con paros cívicos, intervención del Gobierno Nacional, etc., que hizo imposible el desarrollo de los trabajos contratados.

Tales hechos, aparecen demostrados, así:

A) **Mora en el pago del anticipo.** El INCORA ha venido sosteniendo dentro del procedimiento gubernativo y dentro del presente juicio, que el contrato no le señaló plazo para el pago del anticipo y por consiguiente no incurrió en mora.

Efectivamente el contrato no habla de plazo para el pago del anticipo, pero atendido su significado natural y obvio, "acción y efecto de anticipar o anticiparse", "hacer que ocurra o tenga efecto una cosa antes del tiempo regular o señalado", "fijar tiempo anterior al regular o señalado para hacer una cosa", "tratándose de dinero, darle o entregarlo antes del tiempo regular o señalado", "dinero anticipado", según el Diccionario de la Academia Real de la Lengua y a los fines concretos del anticipo convenido según la cláusula 4ª transcrita". "para que atienda los gastos indirectos del contrato, construcción de campamentos, transporte, y compra de equipos y repuestos", no queda duda alguna de que el comentado anticipo, debía ser pagado por el INCORA una vez firmado el contrato y antes de que el contratista estuviera obligado a iniciar trabajos.

Si tal dinero estaba destinado a construir campamentos, obvio que antes de su construcción no podía exigírsele al contratista que tuviera trabajadores sin alojamiento y si uno de sus fines era la adquisición de maquinaria, pues antes de su pago mal podía constreñírsele a que la tuviera en el lugar de trabajo y resulta de bulto, indiscutible, que sin trabajadores y sin maquinaria el contratista no podía iniciar trabajos y, por ende, el plazo contractual no podía comenzar a correr.

Esto que resulta tan elemental y tan obvio, no fue así para el INCORA que, no obstante hacer gala a lo largo de la ejecución del contrato de una insólita intransigencia en el reclamo al contratista, del cumplimiento de sus obligaciones, no escatimó argumentos legales para mimetizar su propio incumplimiento, olvidándose, sin duda alguna, que si todos los contratos deben cumplirse de buena fé por los contratantes, ello es más severo e imperioso en los contratos administrativos de obras públicas por el deber de protección a las firmas constructoras que deja sobre la administración el artículo 14 de la Ley 4ª de 1964.

Sólo el 9 de marzo de 1971, se paga el 4º y último contado del anticipo, pero por orden de INCORA se ha firmado el acta de iniciación de trabajos desde el 16 de enero del mismo año y ya para marzo, hay exigencias imperiosas al contratista sobre la maquinaria prometida y los programas de trabajo, no obstante las razones dadas por el demandante sobre los graves perjuicios que ha sufrido al no poder cumplir los contratos de compra de maquinaria por falta del anticipo, como lo anota la firma demandante en carta de abril 26 de 1971 dirigida al INCORA (folio 245 libro empastado Fortul-Jujú) ...ya lo había manifestado en cartas de marzo 22 y julio 4 de 1971 (folios 249 y 258, **ibídem**).

Este incumplimiento, constituye culpa del INCORA, incumplimiento contractual que al tenor del artículo 1608 del Código Civil. impedía colocar en mora a la firma demandante, antes de que quedara totalmente pagado el anticipo y corriera el plazo prudencial previsto para la iniciación de trabajos.

Súmase a lo anterior que desde el 27 de enero de 1971, por lo menos, se venía solicitando al INCORA la entrega de los planos y canteras (nivel y tránsito) que hicieran posible la localización sobre el terreno de las obras contratadas (folio 262, **ibídem**) y solo son enviadas el 5 de febrero de 1971 (folio 257, **ibídem**) y se verá obvia la conclusión de que el contratista solo estuvo obligado a iniciar labores a partir de fines de marzo de 1971, es decir dos meses y medio después de firmada el acta de iniciación de trabajos.

Las tres primeras causales invocadas en la resolución de caducidad: incumplimiento en el avance de los trabajos, no entrega oportuna de los programas de trabajo y la falta de maquinaria en calidad y cantidad adecuada, quedan desestimadas con lo hasta aquí analizado.

En efecto:

La mora injustificada en el pago del anticipo y la falta de entrega de planos y canteras, impida contar como plazo contractual los meses de enero, febrero y marzo de 1971, por culpa del INCORA, por lo que fuera del incumplimiento de la entidad oficial, en este primer lapso, nada culposo puede imputársele al contratista y, obviamente, los

programas de trabajo siguieron hacia el futuro, a partir de abril de 1971, de acuerdo con la computación del plazo por parte del INCORA, no aceptable como se acaba de ver, con un retraso (aparente por las mismas razones) de 3 meses, como efectivamente lo anota el INCORA en oficio al Contratista, el 20 de octubre de 1971 (legajo Nº 1, folio 66) sin que pueda responsabilizarse de tal situación a persona distinta a la que había incurrido en mora, es decir, la demandada.

Y vale la pena anotar que, no obstante lo anterior, la firma Interventora, en carta al Contratista, de noviembre 9 de 1971, (libro de pruebas empastadas Fortul-Jujú, folio 211) al referirse a los programas de trabajo y a la utilización de equipos, secuencia crítica y programa de inversión mensual, le dice "Luego de una revisión, lo he encontrado ajustado a las exigencias de pliegos de cargo", imponiéndose la conclusión de que, por lo menos para entonces y no obstante el atraso de 3 meses que venía desde la iniciación de trabajos, por culpa del INCORA, ya se había alcanzado el ritmo adecuado al programa general de trabajos al tenor de los pliegos de cargo.

Hay, por lo demás, dentro de la correspondencia cruzada entre los contratantes (libro empastado de pruebas Fortul-Jujú) numerosos documentos demostrativos de que en el lugar de las obras actuaron simultánea o sucesivamente, como Ingenieros Residentes, los doctores Luis Carlos Pinilla y Luis de León Orozco, este último Gerente de la firma contratista y ambos Ingenieros titulados cuyos antecedentes profesionales aparecen en el mismo expediente, como parte integrante de la propuesta en la licitación y como antecedentes comunicados al INCORA, con lo que se destruye otro de los motivos de la declaratoria de caducidad.

Hay, igualmente, varios documentos demostrativos de la cantidad y calidad de maquinaria a disposición del contratista en el lugar del trabajo o en camino hacia él, detenida por las circunstancias que embotellaron la región e interrumpieron sus vías de comunicación.

Inclusive, en varias notas el contratista se refiere a varias máquinas que están sin trabajo por las circunstancias anotadas y las ofrece a la Interventoría para que las utilicen en otros frentes.

Con lo hasta aquí dicho, es suficiente para que caigan las Resoluciones acusadas, pues las causales de caducidad alegadas han quedado desvirtuadas y establecida la culpa del ente administrativo.

b) **Las otras circunstancias alegadas por el demandante.**

El invierno de intensidad y duración imprevisibles, el desbordamiento del río Chitaga con el grave y gigantesco derrumbe de Labateca y la situación de orden público presentada en la región, ya fueron analizados al estudiar el contrato Nº 341 y se encontraron acreditadas y constitutivas de fuerza mayor que, aunque no hacían imposible el cumplimiento de la obligación contratada, sí hacían imposible el cumplirla en el plazo pactado. (Ver, además, Legajo Nº 1, folios 79, 75, 78, pruebas empastadas Fortul-Jujú, folios 221, 224, 270, 273, 274 y 275), certificado Minobras, cuaderno Nº 2, Expediente 1427, folios 81 vto. y 97 y ss. dictamen pericial, folios 130 y ss., Cuaderno Nº 7, Expediente Nº 1427).

Mas como tales circunstancias exonerarían de responsabilidad por igual a ambas partes contratantes, ellas habían sido idóneas para obtener la nulidad de los actos acusados pero no para la prosperidad de la indemnización, impetrada, la que si surge del estudio de las circunstancias constitutivas de culpa del Incora y de la demostración de que las causales de caducidad alegadas o no existieron o fueron imputables al organismo oficial, como quedó visto.

Por último, en relación con las fuentes de materiales, aunque pericialmente se acreditó su existencia en las proximidades de Fortul, aún para mayo 12 de 1972 no se había contratado la servidumbre o autorizado la explotación. (ver folio 120, legajo Nº 3).

Las pretensiones

La demanda, además de pedir la nulidad de las Resoluciones sobre caducidad de los contratos 341 y 271, impetra la resolución de dichos contratos y la condena al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual.

Esta Corporación ha dicho en repetidas ocasiones, que no es procedente demandar la resolución de los contratos administrativos cuando su plazo se ha vencido, pues la resolución solo se esgrime frente a un contrato vigente y resulta ajena frente a un contrato fenecido.

Por otra parte, la caducidad implica la terminación del contrato y aunque con posterioridad se anule el acto que la decretó, lo cierto es que el vínculo jurídico terminó por decisión unilateral que, al resultar ilegal, deviene solo en fuente eficaz de la indemnización demandada.

Y si, como, igualmente,lo ha dicho esta Sala, no es posible condenar a la administración a cumplir un contrato cuyo plazo está vencido o cuyo objeto ya no es realizable o se está realizando en virtud de otro contrato o debió concluirse, como en el caso de autos en que las carreteras cuya construcción había sido contratada con la sociedad demandante, fueron nuevamente contratadas con otra firma, según consta en el expediente.

Y, en fin, los contratos de tracto sucesivo no son, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, susceptibles de resolución ya que es imposible devolver a los contratantes a la situación que tenían al momento del contrato resuelto, ante la serie de hechos cumplidos en ejecución del convenio, por naturaleza irreversibles. De ahí, que en esos casos, en el derecho privado, se habla de RESILIACION.

La conclusión que se impone es la de que ante controversias como la que se estudia, la alternativa del artículo 1546 del Código Civil, es inaplicable y puede y debe demandarse la nulidad de los actos administrativos, y en forma directa, la indemnización de los perjuicios causados o, también, quizás en forma más ajustada a la técnica procesal, la nulidad de los actos administrativos, la declaración de que el contrato terminó por decisión unilateral e ilegal o culpa de la Administración y la consecuencial condena al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual.

"Por tanto, se declarará la nulidad de las Resoluciones acusadas y se condenará al pago de los perjuicios materiales causados y se denegará la resolución suplicada.

La excepción

En el alegato de conclusión el señor apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria propuso la excepción de "INEPTA DEMANDA" por falta de los requisitos exigidos por el artículo 84 de la Ley 167 de 1941.

Dice, así, en lo pertinente:

"Se fundamenta esta excepción en que la demanda que ha dado origen al presente proceso no se ajusta a los preceptos del artículo citado, pues en ella no se cumplió el requisito contemplado en su numeral 4º, en cuanto no se expresaron las disposiciones que se estimaron violadas con los actos acusados, ni, consecuencialmente, se expresó el concepto de tal violación".

La Sala, de acuerdo con el concepto Fiscal, considera que los artículos 1602, 1604, 1613 y 1614 del Código Civil, citados por el demandante, son suficientes como respaldo del libelo frente a las exigencias del artículo 84 del C. C. A., pues tratándose de una controversia contractual, son esas normas las que dan valor de ley al contrato y determinan sus efectos entre las partes, limitando el campo litigioso al cumplimiento o incumplimiento del contrato que, entre otras cosas, decide la legalidad o ilegalidad de la caducidad contractual decretada por los actos acusados. No prospera, pues, la excepción propuesta.

Los perjuicios

A folios 130 y ss. y 281 y ss. del cuaderno Nº 7 del expediente 1427, aparece el experticio rendido por los Ingenieros Jacinto Aillón Picón y Alfonso González Rueda, en el cual, mediante un análisis completo y detenido, dan respuesta a los cuestionarios preparados por las partes y muy especialmente, determinan en cuadros adicionales, la cantidad de obra ejecutada por la demandante, en cumplimiento de los dos contratos controvertidos, su valor y el porcentaje de la obra realizada, ítem por ítem, en relación con la obra licitada y contratada. La calidad de los expertos, las razones que exponen y las conclusiones que presentan, hacen que para la Sala tenga tal dictamen pleno valor probatorio.

A lo largo del expediente hay medios de prueba tendientes a demostrar la cantidad y calidad de la maquinaria llevada al sitio del trabajo y el tiempo en que estuvo ociosa, por distintas circunstancias, sin que, en realidad, puedan sacarse, de tales probanzas, los datos exactos para una condena en concreto.

Obran en autos, también, numerosas copias de actas de conciliación laboral sobre reclamaciones elevadas por los trabajadores de contratistas, y subcontratistas, con motivo de la paralización de las obras. Muchos de esos créditos laborales aparecen pagados por la entidad demandada, en virtud de la solidaridad establecida en la legislación laboral.

Hay constancias en el expediente de varias reclamaciones de los subcontratistas de las carreteras que se construían en desarrollo de los contratos controvertidos.

Para señalar las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación de los perjuicios, se harán las siguientes observaciones:

a) Los contratos fueron celebrados con base en precios unitarios, es decir, a precio fijo, con reajustes previstos en los mismos convenios;

b) Dada la modalidad y cláusulas de dichos contratos, los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores vinculados a las obras, por cuenta, directa o indirecta de la firma contratante, corren a cargo de ésta y cualquier pago que por tales conceptos haya hecho el INCORA, deberá ser reembolsado por el contratista o compensado con el monto de la indemnización, con la única excepción de la indemnización por terminación intempestiva de los contratos de trabajo, en caso de que se haya pagado, originada por la caducidad decretada;

c) El valor del tiempo de la maquinaria paralizada por los hechos culposos imputados al INCORA, correrá por cuenta de tal entidad, pero solo hasta la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución que decidió la reposición de la declaratoria de caducidad de cada uno de tales contratos, pues a partir de tal momento, desaparece toda responsabilidad para la entidad demandada, por la falta de utilización de dicha maquinaria;

d) No hay lugar a indemnización de ninguna clase, por la paralización de trabajos, ociosidad de personal y maquinaria, originados en los hechos constitutivos de fuerza mayor y que se han analizado en esta providencia;

e) Corren a cargo del INCORA, los valores correspondientes a arrendamiento o usufructo de maquinaria, pagados, por el contratista, entre la fecha de la declaratoria de caducidad y la fecha en que el plazo contractual debía vencerse;

f) Determinada, con base en el dictamen pericial que obra en autos, la cantidad de obra ejecutada y su valor según el respectivo contrato, con los reajustes a que tenía derecho el contratista hasta la fecha de ejecutoria de la resolución declarativa de la caducidad, según el mismo contrato, se tendrá este valor como factor inicial de la liquidación;

g) Al valor anterior se le restará lo efectivamente pagado por el INCORA por tal obra ejecutada;

h) Al saldo anterior, se le sumarán los valores determinados como indemnización en los literales anteriores;

i) Al total así deducido, se le agregará el valor de la utilidad líquida que el contratista hubiera podido obtener en el desarrollo normal del contrato y referido a la cantidad y valor de la obra que faltaba por ejecutar al momento de la declaratoria de caducidad, determinados precios y reajustes pactados;

j) Al total anterior se le restará el saldo no amortizado del valor del anticipo recibido por cada uno de los contratos;

k) Se deducirá, igualmente, el valor pagado por el Incora a personal dependiente directa o indirectamente del contratista demandante, por concepto de salarios y prestaciones sociales, obviamente, sin incluir indemnización por terminación intempestiva de los respectivos contratos.

l) Se agregará a lo anterior, las pérdidas o mayores costos ocasionados por la mora en el pago del anticipo del contrato Nº 271, la falta de señalamiento de fuente de materiales en ambos contratos y la caída del puente sobre el río Banadía en relación con el contrato Nº 341.

Así se concretará la suma reconocida por indemnización de perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante.

Demanda de Aseguradora Colseguros S. A. Expediente Nº 1428

Como se vio atrás, por la transcripción que del libelo petitorio se hizo, Aseguradora Colseguros S. A., pretende, principalmente, la nulidad de las Resoluciones Nos. 01092 de 20 de marzo de 1972 y 03125 de 21 de julio del mismo año por las cuales se declaró la caducidad del contrato administrativo Nº 271 de 1970, celebrado entre el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la Sociedad VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., la declaración de nulidad de la cuenta de cobro Nº 177 de 28 de agosto de 1972, por $ 3.272.177.10, formulada por INCORA a la demandante y la consecuencial declaración de que Colseguros S. A. está exonerada de toda responsabilidad, frente a INCORA, por razón del incumplimiento del contrato Nº 271 de 1970 y la póliza Nº 45627, certificado Nº 6861, contrato de Seguros celebrado con VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., en favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Subsidiariamente y en su orden, pretende que se declare la inoponibilidad en la demandante del contrato Nº 271 de 1970 y la declaratoria de invalidez del contrato accesorio de Seguro ya referido y la exoneración de responsabilidad para la actora, por razón del cumplimiento del citado Contrato Nº 271 o, la declaración de que Colseguros S. A., solo está obligada a pagar lo que se demuestre incorrectamente invertido del anticipo dado a VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., y los perjuicios que realmente se demuestren causados por el incumplimiento del aludido contrato Nº 271.

INCORA, por medio de apoderado, solicita se decrete la inhibición del Consejo para fallar en el fondo, por falta del presupuesto procesal demanda en forma, con base en los artículos 82, numerales 1º y 3º y 85 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil., basándose en indebida acumulación de acciones y falta de competencia, pues sostiene que el Decreto Ley 528 de 1964, artículo 30, ordinal 1º, literal a), atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de "**las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional...**" y el contrato que se hace valer en este juicio es uno de seguro, de derecho privado y celebrado entre particulares.

El contrato de Seguros que se controvierte en este proceso, aunque aparentemente celebrado entre dos particulares, Colseguros S. A.

y Vías, Canales y Puertos Ltda., por acceder a un contrato administrativo de construcción de obras (accesorius sequitur principale) y constituir precisamente el afianzamiento o aseguramiento del cumplimiento de dicho contrato principal, constituye a la Administración INCORA, en beneficiario de dicho contrato de Seguros, somete su vigencia y eficacia a su aceptación, la que, por lo demás, condiciona la vigencia del contrato principal y convierte por otra parte, a Colseguros, por la naturaleza del riesgo asegurado, en parte del contrato principal, como solidaria con el contratista en cuanto a la obligación de cumplimiento.

Así, pues, el asegurador no sólo no es extraño al contrato principal, sino que es parte obligada en el mismo, conjunta y solidariamente con la firma contratista, y la Administración, INCORA, en este caso, no es extraña al contrato accesorio de seguros, del cual es beneficiario y cuya aceptación condiciona la vigencia del seguro e impone, inclusive, la forma y contenido de dicho contrato, como que la póliza respectiva tiene que sujetarse al modelo señalado por la Contraloría General de la República.

Así, pues, el contrato accesorio, goza de la naturaleza del Contrato principal y aunque, por su naturaleza de derecho privado, por sus fines, los riesgos asegurados y la forma y contenido reglados por el Estado, devienen en contrato administrativo de seguros y, por lo mismo, cualquier controversia relativa a dicho contrato, en que sea parte la Administración, compete a la jurisdicción contencioso - administrativa, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria conozca de los litigios que se presenten, originados en el mismo convenio, pero exclusivamente entre asegurados y contratista.

Esto indica, por tanto, que la objeción de la demandada no es atendible y que la Sala debe decidir sobre el fondo del litigio.

La primera pretensión principal, ha quedado resuelta al decidir idéntica petición de la sociedad contratista, relacionada con el mismo contrato Nº 271 de 1970.

La segunda pretensión principal, será denegada, pues, sin esfuerzo intelectual alguno, se concluye que una cuenta de cobro, no es un acto administrativo, ni implica manifestación de voluntad, ni ejercicio de poder para manifestarlo ni tiene como objeto producir efectos jurídicos, es por el contrario, un simple acto de ejecución o cumplimiento de la resolución declarativa de caducidad, y por ende, no es susceptible de impugnación, ni puede ser objeto de nulidad, ni de inoponibilidad. Ella, por su propia naturaleza, por su origen y su finalidad, siguen la suerte de la Resolución de Caducidad.

Con respecto a la tercera petición principal, conviene observar, lo siguiente:

Colseguros se obligó a responder por la correcta inversión del anticipo pagado al contratista, en suma de $ 1.730.000.00 y en la inspección judicial, con intervención de peritos (cuaderno Nº 2, expediente Nº 1427) (folios 38 y ss.), y en el dictamen de los expertos, (folios 137 y ss. y 145 y ss., **ibídem**) se estableció que el contratista invirtió correctamente las sumas recibidas, en los gastos indirectos previstos en la cláusula cuarta del contrato controvertido.

El experticio, por su seriedad, cantidad de datos, comprobantes y documentos analizados y razones dadas, merece pleno crédito a la Corporación.

Las objeciones de la demandada, en cuanto a los datos de los libros, quedan aclarados con los comprobantes estudiados por los peritos, unos y otros carecen de relievancia, como son las enmendaturas en algunos libros auxiliares, los que quedan aclarados con el examen de los respectivos comprobantes, internos y externos, analizados por los expertos.

Obvio, también, que ante el incumplimiento culposo de INCORA en el pago oportuno del anticipo, a favor de lo cual obligó al contratista a iniciar trabajos antes de dicho pago, éste tuvo que hacer gastos inmediatos, imputables a dicho anticipo, antes de abrir la cuenta especial y antes de recibir su pago.

Demostrada la correcta inversión del anticipo, la obligación de aseguramiento a cargo de la actora, queda descargada y así habrá de declararse.

Colseguros S. A., aseguró el cumplimiento del contrato Nº 271 de 1970, y el pago de las multas decretadas a cargo de la firma contratista, hasta por la suma de $ 1.726.629.80.

INCORA, con base exclusivamente en la declaratoria de caducidad del contrato y en que las obras cuya ejecución faltaba al momento de la caducidad, valían más que el máximo asegurado, fijó en esta última suma la obligación a cargo de la aseguradora, con violación de claras normas del Código del Comercio que hacen del contrato de seguro, siempre, un contrato de indemnización, y por lo mismo, no era el valor de las obras por ejecutar, sino el monto del perjuicio por la mora en la ejecución o por la falta misma de la ejecución.

Mas, como al analizar el contrato 271, prenombrado, en relación con la demanda de la firma contratista, se llegó a la conclusión de que hubo incumplimiento contractual por parte del INCORA y se le condenará al pago de los perjuicios causados, por una parte, y, por la otra, que el incumplimiento del contratista obedeció a circunstancias constitutivas de fuerza mayor que lo exoneraron de responsabilidad a él, conforme al derecho común y a la Aseguradora, conforme a expresa cláusula del contrato de seguros, así se reconocerá en la parte resolutiva de esta sentencia.

La prosperidad de las anteriores pretensiones. releva a la Corporación del estudio de las peticiones subsidiarias, sin que sobre observar que las derivadas de falta de estudio, negligencia, imprudencia e ignorancia de la Aseguradora, constituyen, culpa propia que jamás la exoneración de responsabilidad con aplicación del viejo principio del derecho Romano: "Nemo auditor propriam turpitudinam allegana".

Y vale la pena anotar que tal conducta resulta censurable, en cuanto se vuelve contra su propio asegurado o tomador del seguro, alegando desconocer circunstancias de insolvencia técnica y financiera de dicho tomador y omisión de requisitos en la celebración del contrato administrativo, que se vuelven contra la demandante por constituir imprevisión, imprudencia, negligencia o ignorancia culpable y además, atendido que las sociedades de seguros viven de la confianza pública, manejan importantes intereses de la comunidad y, no

podrían desempeñar su objeto social sino gozando de esa confianza del público, resulta, con mayores veras, censurable tal proceder judicial.

En mérito de 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. Son NULAS las Resoluciones números 01092 de 20 de marzo de 1972 y 03125 de 21 de julio de 1972, relativas al contrato administrativo Nº 271 de 1970 y 03095 de 19 de julio de 1972 y 04735 de 27 de septiembre de 1972, relacionadas con el contrato Nº 0341 de 1969, emanadas de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

SEGUNDO. Condénase al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a pagar a la sociedad Comercial, VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA., domiciliada en Bogotá D. E., y representada por su gerente doctor LUIS DE LEON OROZCO, o por quien haga sus veces, el valor de la indemnización de los perjuicios materiales causados por la violación de los contratos Nos. 0341 de 1969 y 271 de 1970, sobre construcción de la carretera Arauquita - Fortul, sectores Puerto Nariño - Jujú y Jujú - Fortul, respectivamente. La liquidación de tales perjuicios se hará por el procedimiento establecido por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda incoada por "VIAS, CANALES Y PUERTOS LTDA.".

CUARTO. Declárase que la Aseguradora Colseguros S. A. está exenta de toda responsabilidad por razón del seguro de cumplimiento de los contratos Nos. 271 de 1970 y 0341 de 1969, ya referidos y por el aseguramiento de la correcta inversión del anticipo pagado al contratista en desarrollo del citado contrato 271 de 1970.

QUINTO. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda incoada por Aseguradora Colseguros S. A.

SEXTO. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Portocarrero Mutis. (No asistió a la Sala por encontrarse fuera de Bogotá en una Inspección Judicial).

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD. SEGUROS. — Valor verdadero de la naturaleza del daño. Subrogación de la mera indemnización. Condena "INGENERE".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., agosto cinco de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 2291. Actor: COMPAÑIA GRANADINA DE SEGUROS S. A.

La Cía. GRANADINA DE SEGUROS S. A., por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a la Empresa Puertos de Colombia y subsidiariamente a la Nación, a efecto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO. Que se declare a la empresa Puertos de Colombia y/o subsidiariamente a La Nación, responsable de la pérdida de (6) seis cajas o bultos de lámina de acero, dejadas de entregar por la aduana de Buenaventura, manifiesto Nº 21167.

"SEGUNDO. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Empresa Puertos de Colombia y/o subsidiariamente a la Nación, a pagar a la COMPAÑIA GRANADINA DE SEGUROS S. A. la suma de OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS CON 20/100 ($ 83.918.20 m/cte.) valor indemnizado por la falta de entrega, más los intereses legales de dicha suma desde que se hiciere exigible hasta que se verifique el pago. Pido igualmente se condene al pago de costas y costos de la presente acción".

Como hechos, expresó los siguientes:

"PRIMERO. La Cía. Granadina de Seguros S. A., con domicilio principal en Bogotá, D. E., está legalmente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria para operar en seguros, en todo el país.

"SEGUNDO. La Firma Proveedora Industrial y Comercial Ltda., "Proincol" tiene su domicilio en Bogotá y está representa-

da por su Gerente Moris Goldstein. Dentro del giro de sus negocios importó de Koba-Japón, un cargamento compuesto por doce (12) cajas o bultos de lámina de acero inoxidable, mercancía que fue despachada en el vapor 'República del Ecuador', bajo conocimiento de embarque Nº KB15, llegado en noviembre de 1971, y depositado en las bodegas de las instalaciones portuarias de Puertos de Colombia en Buenaventura, a efectos de su nacionalización, para lo cual fue presentado el manifiesto de importación Nº 21167.

"TERCERO. Al retirar la mercancía, los Agentes de Aduana Alfonso Senior Y Cía., sólo recibieron, para su transporte al interior seis (6) de las cajas, ya que las restantes seis (6) cajas no fueron localizadas en las bodegas, lo cual motivó el denuncio en materia penal, ante el Juzgado 6º de Instrucción Criminal, según consta en el certificado expedido por Puertos de Colombia, Terminal Marítimo de Buenaventura. Jefatura de Reclamos Aduaneros y que lleva el visto bueno del Departamento Jurídico. La certificación en lo pertinente expresa: ...'Con el manifiesto de aduana Nº 21167 los señores Alfonso Senior retiraron únicamente seis (6) bultos en las condiciones recibidas de la nave, ya que los seis (6) bultos restantes según informe del bodeguero EURIPIDES POTES no se localizaron en bodegas al momento del cargue. En consecuencia se certifica la FALTA DE ENTREGA POR INLOCALIZACION DE SEIS (6) BULTOS DEL CARGAMENTO'. En dicha certificación se lee igualmente: ...'recibido a la nave y tramitado por la sección de Bodegas y Patios de Importación sin observación alguna'.

"CUARTO. La firma que represento expidió la póliza de seguros de transportes Nº 611, a favor de Fábrica de Muebles J. C., Induprecisa Ltda. Moris Goldstein, que en virtud del endoso Nº uno (1) ampara los cargamentos transportados entre los riesgos de Pérdida Total, Robo y Falta de Entrega. El gerente de la firma, aseguró o cambió la denominación de la entidad asegurada, cancelando la anterior y fijando como asegurada la firma Proveedora Industrial y Comercial Limitada 'Proincol' (Moris Goldstein), según consta en el apéndice Nº 3, expedido en aplicación de la Póliza automática 611, mediante anexo Nº uno (1) condiciones particulares, se ampara solamente la pérdida total, por lo cual se expidió, como antes se anotó, el endoso Nº uno que modifica tales condiciones particulares, ampliando los amparos. Ahora bien, en aplicación a la póliza automática 611, se expidió el Certificado de Seguro de Transportes Nº 707002, de octubre 1º de 1971, mediante el cual se ampara contra los riesgos de Falta de Entrega y robo de bulto de completo, incluido por disposición de las condiciones generales de la pérdida total, un cargamento compuesto de doce (12) cajas de madera conteniendo láminas de acero inoxidable, desde el Japón hasta el puerto de Buenaventura, importación hecha por la firma aseguradora y despachada por la casa japonesa Okura Trading Co. Ltda.

"QUINTO. En razón del seguro, la firma que represento indemnizó al asegurado PROINCOL LTDA. (MORIS GOLDSTEIN) el valor del cargamento perdido en el puerto de Buenaventura, vale decir, seis cajas de lámina de acero, por un valor de

$ 83.918.20 m/c. según liquidación de siniestro Nº 144/71 documento suscrito por el representante de la firma asegurada Moris Goldstein, cuya firma aparece autenticada ante el Notario Primero de Bogotá, y sobre la cual se pagaron $ 336.00 m/c por concepto de Impuesto de Timbre. En la liquidación de siniestro referida, los asegurados cedieron sus derechos a la firma que represento, es decir, operó la subrogación en favor del asegurador, para hacerlos valer contra terceros responsables en cuantía igual a la indemnizada por la Compañía Granadina de Seguros S. A.

"Tal la razón de demandar ahora el pago de dicha cantidad". Se fundamentó en derecho, en las normas del Código Civil sobre depósito necesario y en el Decreto 630 de 1942.

Tramitado el negocio, en primera instancia, recibió sentencia el 25 de mayo de 1977, así:

"PRIMERO. Declárase que la Empresa Puertos de Colombia es responsable de la pérdida de seis (6) bultos o cajas contentivos de lámina de acero inoxidable proveniente del Japon con destino a la firma Proveedora Industrial y Comercial, 'Proincol' (Moris Goldstein), que llegaron al Terminal Marítimo de Buenaventura con fecha 9 de noviembre de 1971 y desaparecieron de las Bodegas y Patios de Importación de dicho Terminal.

"SEGUNDO. Consecuencialmente, se condena a la Empresa Puertos de Colombia a pagar a la Compañía Granadina de Seguros S. A., como cesionaria de los derechos de Proveedora Industrial y Comercial Ltda., 'Proincol', (Moris Goldstein), la suma de OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($ 83.918.20) moneda corriente, que aquélla pagó a ésta a título de indemnización por la pérdida de la referida mercancía, junto con los intereses legales desde que esa suma se hizo exigible hasta cuando se efectúe su cancelación total.

"TERCERO. La Empresa Puertos de Colombia dará cumplimiento a lo aquí resuelto en el plazo señalado por el artículo 121 del C. C. A."

En grado de jurisdicción de Consulta han llegado los autos a esta Corporación y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide el negocio mediante las consideraciones que se consignan a continuación.

Dispone el inciso primero del artículo 1096 del Código de Comercio: "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley **y hasta concurrencia de su importe**, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado".

La norma anterior indica, acorde con lo dispuesto por el artículo 1088 de la misma obra, que ni asegurado ni asegurador pueden derivar del contrato de seguro, enriquecimiento, pues, por su naturaleza y objeto, dicho contrato es de **"mera indemnización"**, lo que permite deducir que la subrogación, expresa o legal, que se opera en favor del asegurado para perseguir a "las personas responsables del siniestro",

no es exactamente por el valor de la indemnización pagada al asegurado, sino "hasta concurrencia de su importe". En otros términos, en lo que el asegurador se subroga, es en los derechos y acciones que pueda tener el asegurado contra los responsables, civiles, penales o administrativos, del siniestro. Obviamente, en cualquier proceso entre el asegurado y el responsable, el primero habrá de demostrar, entre otras cosas, la naturaleza del daño y verdadero valor, exactamente lo mismo que está obligado a hacer el asegurador que se subroga en los derechos y acciones del asegurado.

No le basta, pues, acreditar que pagó al asegurado tal cantidad de dinero, lo que apenas sirve de límite máximo a su pretensión pero sin eficacia suficiente para determinar la real y efectiva cuantía de la indemnización del daño.

En el caso concreto, con el contrato de seguros y los anexos visibles a folios **2, 3, 4, 5, 6 y 7**, protegidos por la presunción de autenticidad por el artículo 1052 del Código de Comercio, queda acreditado el aludido contrato de seguros, sus modificaciones, la cesión del asegurado original a la sociedad **"PROVEEDORA INDUSTRIAL Y COMERCIAL LTDA. "PROINCOL"** y con el documento del folio **15**, con firmas autenticadas se prueba el pago del asegurador al asegurado y la correspondiente subrogación.

Con el certificado expedido por la empresa demandada (folio **14** vuelto), se comprueba, igualmente, la pérdida de la mercancía.

Empero, el valor de la misma no aparece acreditada en los autos, pues los documentos visibles a folios **8, 9 y 10**, que habrían podido arrojar luz sobre este aspecto, aparecen unos en idioma extranjero y otros en fotocopia sin autenticar, lo que les resta toda eficacia probatoria al tenor de los artículos 25 y 260 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, como se trata de indemnización de perjuicios y el daño está demostrado aunque no su cuantía, procede hacer la condena **in genere** que autoriza el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, y que habrá de liquidarse por el procedimiento establecido en el artículo 308 del mismo estatuto.

En tal incidente de regulación, se establecerá, con los documentos oficiales y las facturas pertinentes, el valor de las seis (6) cajas desaparecidas y tal será el monto total de la indemnización, la que, en ningún caso, podrá exceder de $ 83.918.20, pagada por el asegurador al asegurado.

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. Confírmase el numeral primero del fallo consultado.

SEGUNDO. Revócase los numerales Segundo y Tercero del fallo del **a quo** y, en su lugar, CONDENASE A LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, a pagar a la Compañía Granadina de Seguros S. A., el valor de la mercancía a que se refiere el numeral anterior, previa liqui-

dación que se hará como lo prevé el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, y conforme a las bases señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese. Notifíquese y devuélvanse los autos al Tribunal de origen. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día cuatro de agosto de mil novecientos setenta y siete.

PODERES DE POLICIA QUE TIENE LA ADMINISTRACION. Responsabilidad del Estado por los Actos de Policía. Límites. Policía Sanitaria. Competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los Actos de Policía.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Expediente Nº 1582. Actor: Luis Eduardo Quiroga Liévano.

Mediante apoderado idóneo el señor Luis Eduardo Quiroga Liévano solicitó al Tribunal de Cundinamarca la nulidad de la Resolución Nº 005 de 24 de mayo de 1966 y de la sin número de 30 del mismo mes, por la cual se negó la reposición del artículo 3º de aquélla; y consecuencialmente, que se decretara como restablecimiento del derecho de reapertura del consultorio médico que explotaba en esta ciudad y el pago, a cargo del Distrito Especial, de los perjuicios tanto de orden material como moral. Pide, además, que se condene al citado Distrito al pago de los perjuicios de toda índole derivados de la ejecución de la operación administrativa (Arts. 1º y 2º de la Res. Nº 005) los cuales fueron revocados por la Resolución Nº 01 de 18 de octubre de ese mismo año, proferida por el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

1. Que el señor Quiroga Liévano venía ejerciendo la homeopatía en su consultorio o centro médico situado en la carrera 10ª Nº 72-67 y calle 73 Nº 10-09 de esta ciudad, ya que para el efecto poseía licencia expedida por el Ministerio de Salud (Res. 378 J de 12 de julio de 1948) debidamente inscrita el 2 de julio de 1964 en la Secretaría de Salud y bajo el Nº 14.

2. Que por una serie de incidentes, la Secretaría de Salud abrió investigación para establecer si el indicado señor estaba ejerciendo legalmente la homeopatía y si el tratamiento que él seguía —la estimuloterapia— tenía bases serias y científicas.

3. Que como consecuencia de esa investigación se expidió la Resolución 005 de 1966 en la cual se dispuso, en suma: Solicitar

al Ministerio de Salud la revocatoria de la Resolución Nº 378, por la cual se le otorgó la licencia de homeópata; ordenar la cancelación provisional del Registro Nº 014 como homeópata licenciado; ordenar la clausura del consultorio o clínica instalado en la casa Nº 72-67 de la carrera 10ª, por conducto de la Inspección de Salubridad de la misma Secretaría; y formular ante la justicia penal denuncia contra el señor Quiroga por violación de la Ley 14 de 1962 (Art. 13).

4. Que el señor Quiroga interpuso recurso de reposición contra dicha resolución y la apelación en subsidio; resultando adverso aquél, pero no éste, ya que el Consejo Nacional de Profesiones Médicas, mediante Resolución Nº 1 de 18 de octubre de 1966 revocó los artículos 1º y 2º de la Resolución 005; se abstuvo de proveer sobre el 3º por ser la medida de competencia del Distrito; y mantuvo el 4º.

5. Mientras se surtía la apelación, la Secretaría de Salud le dio cumplimiento a la Resolución 005, cancelando el registro Nº 014 y clausurando el consultorio aludido.

Apoya su demanda el actor en los siguientes artículos: 16, 20, 23, 26, 30, 39, 63 y 65 de la Constitución Nacional; 63 y 75 del Código de Policía de Bogotá; 209 del Código de Procedimiento Civil; 67 y 68 del C. C. A.

El Tribunal de Cundinamarca, en la sentencia del 15 de junio de 1973, que es materia de la apelación que aquí se decide, dispuso anular las Resolución 005 y condenar al Distrito Especial de Bogotá al pago de los perjuicios materiales, en abstracto, y a los morales en la suma de $ 2.000.

Cumplido el trámite de esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello se considera:

El señor Fiscal de la Corporación, en su vista de 17 de julio de 1975 (folios 407 a 418), estima que la sentencia debe ser confirmada.

Aunque el proceso estuvo en Sala Plena para dirimir el empate que se presentó en la discusión del proyecto de sentencia elaborado por el doctor Castilla Saiz, al producirse el ingreso a la Corporación del suscrito ponente, por decisión de esta misma Sala Plena tomada en su reunión del día 6 de septiembre del presente año, regresó a esta Sección para su reestudio.

En la controversia propuesta por el señor Luis Eduardo Quiroga Liévano se observan dos pretensiones diferentes: a) una de plena jurisdicción típica que busca la nulidad tanto del artículo 3º de la Resolución 005 expedida por la Secretaría de Salud del Distrito, mediante el cual se ordenó el cierre de la clínica o consultorio que funcionaba en la casa Nº 72-67 de la carrera 10ª, como del auto de 30 de mayo de 1966 que no repuso la anterior; y la reapertura del consultorio, mas el pago de los perjuicios sufridos con tal medida; y b) y otra, de reparación directa, por la ejecución de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la mencionada Resolución 005, los cuales fueron revocados por la Resolución Nº 1 de 18 de octubre de 1966, expedida por el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares.

Aunque a primer golpe de vista podría pensarse en una indebida acumulación de pretensiones, una gobernada por el artículo 67 del C. C. A., y otra por el 68, vista la conexidad que existe entre ellas, la unidad formal del acto administrativo cuestionado, la competencia que tiene esta jurisdicción para conocer de las propuestas, las que tampoco se excluyen entre sí y que todas se tramitan por el mismo procedimiento, la Sección estima, compartiendo así los argumentos dados por el **a quo**, que este fenómeno procesal no se da en el presente litigio y que las pretensiones pueden resolverse en una misma sentencia.

Despejado este primer punto y siguiendo el derrotero iniciado atrás, se considera:

I. Acción de Plena Jurisdicción. Nulidad del artículo 3º de la Resolución 005 de 24 de mayo de 1966 y del auto confirmatorio de la misma, con el restablecimiento consiguiente.

El Distrito, concretamente la Secretaría de Salud Pública, luego de investigación de carácter administrativo, ordenó la clausura de la clínica o consultorio del demandante por considerar, entre otros motivos, que "se ha comprobado la formulación de medicinas alopáticas por el doctor Quiroga Liévano"; que éste, pese a la oportunidad que se le dio para que explicara el alcance del sistema terapéutico denominado la estimuloterapia, eludió toda respuesta al respecto; que la Academia Nacional de Medicina, luego de estudiar el aludido sistema, conceptuó que no era de carácter homeopático y sí hacía parte de prácticas y sistemas alopáticos; que el mencionado señor se extralimitó en las facultades conferidas por la resolución que lo autorizaba para ejercer la medicina homeopática y falseó su ejercicio con actividades no permitidas; y que el vecindario venía protestando reiteradamente por las molestias que le ocasionaba el funcionamiento de dicho consultorio.

Para el Tribunal **a quo** la activación del acto acusado en cuanto a la clausura de la clínica o consultorio prácticamente no existe porque los considerandos se encaminaron quizás a motivar la cancelación de la licencia de homeópata. Esta reflexión le permite concluir "que como el Concejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares, analizó ampliamente con propiedad los cargos, y para revocar los artículos 1º y 2º del acto enjuiciado, este Tribunal encuentra infundada la determinación del cierre del centro de estimuloterapia y por lo tanto considera fundadas las aspiraciones de la demanda".

El debate así resumido toca, como se ve, con la motivación. Mientras el demandante estima que el acto carece de ella en lo que dice relación con el cierre del consultorio y trata de demostrar que no existió razón valedera alguna justificativa de tal medida, tal como lo aceptó el Tribunal, el expediente administrativo muestra otra realidad, como se verá más adelante.

Esta disparidad de criterios hace que en el presente asunto deban resolverse, entre otros, estos interrogantes que tocan con el control de los motivos del acto impugnado. Fue suficiente su motivación? En caso afirmativo, fueron legales los motivos expresados? En caso negativo, existirán dentro del expediente bien probados otros hechos que hubieran igualmente justificado la medida? Para responder, es preciso hacer algunas reflexiones previas.

En principio la administración no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de fundamento a una decisión, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta afirmación no se desprende que los actos puedan carecer de motivo legal, porque éstos tienen que obedecer siempre a la existencia de una situación anterior y determinante, máxime cuando con ellos se afecten situaciones jurídicas de terceros o ciertos derechos individuales.

La carencia de motivos justificativos muestra, o que obró la administración por razones ocultas, extrañas al interés de la comunidad, que no quiere confesar: o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.

Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de los motivos se convierte en elemento formal, cuya omisión constituye un defecto de forma que lo hace anulable por la expedición en forma irregular.

Pero fuera de la exigencia expresa de la ley, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la mención de los motivos se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que dicha mención le permite al juez constatar con mayor facilidad si el acto se ajusta al ordenamiento jurídico general o desenmascarar una posible desviación de poder. Estas posibilidades dejan ver cómo la verificación de los motivos conduce a un control de legalidad, tal como lo afirma el profesor Stassinopoulos.

No es tarea fácil saber cuándo un acto debe ser motivado. Pero la doctrina ha sentado ciertas pautas al respecto. Así, deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que sustituya una práctica administrativa por otra sin que medie cambio en la ley; el que se separe de documentos o actuaciones que formen parte de sus antecedentes; el que se dicta con sujeción a ciertos presupuestos determinados limitativamente en la ley; el que cree situaciones desfavorables para el administrado, etc., etc.

Visto lo anterior, se anota:

Si los motivos se refieren a la interpretación de la ley aplicada, a la constatación de los hechos o a su calificación jurídica, el control es de legalidad y se extiende hasta la verificación de la exactitud de los motivos expuestos. En esta hipótesis la causal de impugnación no es otra que la de violación de la regla de derecho de fondo.

Si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de estos constituye un defecto de carácter extrínseco que lo hace anulable por expedición en forma irregular.

La carga de la prueba del vicio en el motivo incumbe al actor cuando invoca un error de hecho, una desviación de poder o la inexactitud material de los motivos justificativos dados por la administración.

Si la administración motiva espontáneamente, no estando obligada a ello, los motivos expuestos son susceptibles de control jurisdiccional y en caso de falsedad o inexactitud podrá ser anulado el acto que los contiene.

Pero la motivación ante todo debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la medida que se pretende; rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín, o 'passe partout' de la doctrina francesa, posibles de ser aplicadas en todos los casos. Estas fórmulas se consideran insuficientes y el acto así expedido carente de motivación.

Cuando una decisión está fundada sobre un motivo ilegal, tal como lo sostiene Waline, o insuficiente su anulación no se impone necesariamente porque la jurisdicción administrativa se reserva el derecho de sustituir el motivo alegado por otro real que respalde legalmente la decisión. En estas hipótesis podrá darse la sustitución de la base legal o la de los motivos. En aquélla el juzgador decide que si bien la norma que le sirve de apoyo a la administración no justifica la medida, existe otra que la respalda plenamente. En el caso de sustitución de motivos, el mismo juzgador acepta que aunque los motivos alegados son insuficientes para justificar la medida, existen otros plenamente probados dentro del expediente que de haber sido invocados la hubieran apoyado satisfactoriamente (Circunstancia que, se anota, se presentó aquí).

Visto lo anterior, se expone frente al caso concreto:

a) Que el señor Quiroga Liévano poseía licencia para el ejercicio de la homeopatía, tal como lo da a entender la Resolución Nº 378 J de 12 de julio de 1948, debidamente inscrita con el Nº 14 en la Secretaría de Salud Distrital;

b) Que apoyado en dicho permiso organizó un consultorio o clínica conocido con el nombre de Centro Médico de Estimuloterapia;

c) Que habiendo tenido noticias de las actividades desarrolladas por el mencionado señor, la Secretaría de Salud Pública del Distrito Especial adelantó una investigación que culminó con la expedición de la Resolución 005 de 1966 y en la cual ordena, entre otras cosas, el cierre del indicado centro asistencial;

d) Que de esa investigación se concluye que el procedimiento seguido por el señor Quiroga y que fue objeto de un gran despliegue propagandístico, no corresponde al ejercicio de la homeopatía, sino a la isoterapia.

Aunque si bien es cierto la administración no es muy explícita en la expresión de los motivos que le sirvieron de fundamento para decretar el cierre del mencionado establecimiento, ya que parece dedicarle todo su empeño a lo relacionado con la licencia para ejercer la homeopatía, estima esta Sección que los móviles de la clausura están implícitos en el acto impugnado y explícitos en el expediente que se le siguió al señor Quiroga Liévano y que culminó con la medida en cuestión.

Y se dice que están implícitos, porque al concluir la administración que el señor Quiroga estaba ejerciendo ilegalmente la profesión y que debía, por tanto, cancelarle el registro de Homeópata Licenciado, era de simple lógica y prudencia que ordenara, como consecuencia de esa declaración, que se clausurara el consultorio o clínica donde se estaba cumpliendo ese ejercicio ilegal. La naturaleza misma de la me-

dida (la cancelación provisional del Registro Nº 014 de 29 de julio de 1964) implicaba, por razones de orden público, el cierre del establecimiento de salud, ya que de otra manera no habría sido fácil controlar el cumplimiento de la orden dada. Y esa orden no sólo podía darse y ejecutarse como se dio y se ejecutó, sino que las autoridades no tenían otro camino ante el mandato del artículo 16 de la Carta, en armonía con el 20 de la misma.

Aquí el tema toca, como se infiere, con los poderes de policía que tiene la administración y que ejerció en la hipótesis aquí estudiada. Frente a este poder, se estima:

1º La policía administrativa busca la prevención de los atentados contra el orden público en cualquiera de sus facetas: tranquilidad, salubridad y seguridad. En otras palabras, esta policía busca evitar que ciertas dificultades o perturbaciones en la vida de la sociedad se produzcan o se agraven.

2º Busca la policía evitar desórdenes visibles, vale decir, que su intervención sólo se justifica ante la presencia de manifestaciones exteriores de perturbación.

3º Al lado de la policía general, que posee un conjunto de competencias y medios para el mantenimiento del orden público sobre un determinado territorio, se dan las policías especiales que previenen los desórdenes en esferas bien definidas, con medios más precisos y rigurosos que se aplican, sea a una categoría de personas (policía de extranjería o inmigrantes) o a una rama de la actividad social; (policía de caza y pesca, de circulación y tránsito, de pesas y medidas, de asuntos laborales, de salubridad en general —drogas, alimentos, centros asistenciales, campañas sanitarias, etc., etc.).

4º Como lo dice el profesor Jean Rivero, el ejercicio del poder de policía está sometido, como toda actividad administrativa, al principio de la legalidad y al control jurisdiccional.

Pero los límites de esa legalidad han sido definidos más por la doctrina y la jurisprudencia que por la misma ley. La jurisprudencia, por ejemplo, ha sentado como premisa, derivada del principio liberal que ve en la libertad la regla y en la intervención policiva la excepción, la siguiente: una medida de policía no es legal, sino en cuanto sea necesaria para el mantenimiento del orden público. El profesor Waline es de idéntico parecer cuando escribe: "En fin, cada vez que haya habido una restricción, no exigida por el interés público, de una libertad pública consagrada por la ley o la Constitución, el Consejo de Estado ha anulado la medida de policía".

La aceptación de las ideas precedentes muestra cómo la responsabilidad del Estado por los actos de policía se puede ver comprometida cuando la administración se excede en el ejercicio del mencionado poder y como consecuencia de tal conducta perjudica o daña a alguien. Cabe recordar aquí que, como en otras hipótesis que tocan con los actos administrativos, sólo se compromete la responsabilidad del Estado cuando éstos sean ilegales.

5º Acepta igualmente la doctrina que la impugnación de los actos de policía puede hacerse, ordinariamente, o bien por ilegalidad o bien por desviación de poder (la incompetencia y la expedición en forma

irregular son de escasa ocurrencia en este campo) reconociendo además la importancia que sobre el asunto tiene el control de los motivos en los casos en que la medida de policía haya sido motivada. En esta hipótesis, el juez debe estudiar la situación fáctica porque en este control cabe evaluar si la medida se adecúa o no a las razones tenidas en cuenta como fundamento. En otras palabras, el juzgador tiene facultades para verificar si tales motivos existen, si son exactos o no y si tienen o no entidad para justificar la medida.

6º Es cierto que este poder tiene sus límites, entre los cuales está precisamente la protección que las autoridades deben brindarle a las libertades públicas o garantías sociales de que son titulares los administrados. Pero esa titularidad, así tenga origen constitucional, no las hace intocables, ya que en ciertas y especiales circunstancias en las que está en juego el interés público, esas mismas garantías pueden y deben ser restringidas; patentizándose así un conflicto de intereses jurídicos que debe resolver el funcionario entre el deber que se le ha encomendado de salvaguardar esas libertades, y la obligación que tiene de mantener el orden por todos los medios apropiados dentro del territorio de su jurisdicción; es decir, debe elegir entre dos deberes, en principio contradictorios, impuestos por la ley, pero no en forma arbitraria porque sólo podrá afectar una garantía pública cuando la restricción sea necesaria para el mantenimiento del orden público.

7º Las Secretarías de Salud Pública por mandato legal son competentes para tomar medidas de policía sanitaria. Por tal razón podrán dictar y aplicar las medidas y sanciones a que hubiere lugar en desarrollo de la higiene pública en el territorio de su jurisdicción, de conformidad con el procedimiento establecido para el efecto. (Decreto 3117 de 1953, artículo 5º, en armonía con el 16 del Decreto 0072 de 1950).

Aplicando estos puntos de vista, resulta:

La Secretaría de Salud Pública del Distrito, mediante los actos impugnados, ordenó el cierre del consultorio del señor Quiroga Liévano. Para tomar ésta medida tuvo en cuenta un conjunto de razones serias, unas expuestas genéricamente en el cuerpo del acto y otras evaluadas en el expediente administrativo que se le siguió. Razones estas que justifican plenamente la medida y que, dada su gravedad, no le dejaban a la mencionada Secretaría otra alternativa para salvaguardar así el orden público en su jurisdicción.

Y sea que esas razones o motivos se tomen como vinculados al acto mismo o que se enfoquen como una sustitución de motivos, la solución será la misma: la decisión fue legal y la administración tenía justificación para tomarla.

Deja ver el expediente que el cargo de mayor entidad que se le hizo al señor Quiroga Liévano fue el de que en su consultorio o centro médico denominado de Estimuloterapia, él formulaba y aplicaba, especialmente a la niñez atacada de 'poliomielitis', una sustancia llamada Estimulina, preparada por el mismo, que no tenía autorización para su expendio y uso ni estaba inscrita en las Oficinas de Salud Pública encargadas de llevar este registro. De las pruebas que obran en el proceso, vale la pena destacar el oficio Nº 12079 de fecha 21 de agosto de 1967 dirigido por el Secretario General del Ministerio de Salud

Pública al Secretario de Salud Pública del Distrito Especial de Bogotá, que obra a folio 42 del c. p. y cuyo texto es el siguiente: "Este Ministerio tiene información de que en la carrera 10ª con calle 73 de esta ciudad, viene funcionando un establecimiento denominado 'Centro Médico de Estimuloterapia', en donde se explota el producto Estimulina de composición desconocida y que **no ha tenido ni tiene** (se subraya) actualmente licencia del Ministerio de Salud, conforme a lo prescrito en el Decreto 1528 de 1964. Como tal situación contraviene disposiciones legales vigentes, solicito a usted que por el despacho a su cargo se adopten las medidas correspondientes". Obsérvese cómo este señor, no obstante las prevenciones que le hizo el Concejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares en la resolución que desató el recurso de apelación contra la Resolución Nº 005, persistía en continuar una actividad ilícita.

Otra evidencia de trascendental importancia la aporta el propio Quiroga Liévano y que por sí sólo sería suficiente para decidir este proceso. Es su propia confesión que aparece a folio 148 vlt. del c. p. en la que sin vacilaciones dice "que no he solicitado licencia para su producto porque está en EXPERIMENTACION", lo cual quiere decir, lisa y llanamente, que este señor tenía a los enfermos de "poliomielitis" de "conejos de laboratorio", pero no sólo a éstos sino a todos los que acudían a él en virtud de la propaganda que le hacía a su tratamiento de "Estimuloterapia" en el sentido de que curaba decenas de enfermedades. Este punto, dada su gravedad, no resiste mayores comentarios.

La Sala considera también necesario relievar otra prueba, cual es la declaración del doctor Hernando Guerrero Villota, quien por aquella época ocupaba el cargo de Director Encargado del Instituto Colombiano de Ortopedia y Rehabilitación FRANKLIN D. ROOSEVELT. Afirma este profesional: "A diario concurren a nuestra consulta pacientes con numerosas enfermedades, y principalmente con parálisis de tipo poliomielitis, o parálisis cerebral. Muchos de estos pacientes han sido tratados previamente según lo manifiestan las personas que los llevan, por el método de la 'Estimuloterapia' que practica un homeópata de nombre Luis Quiroga Liévano. Nos ha llamado la atención este sistema de tratamiento, y por lo tanto a este tipo de pacientes los hemos mantenido en observación más cercana, con el fin de ver si en realidad han recibido algún beneficio por ese tratamiento. En general, podemos asegurar que la mayoría de estos pacientes, quienes han sido tratados desde sus comienzos por el método de la estimuloterapia, han llegado a nuestra consulta en muy malas condiciones, y hablando especialmente de los que han sufrido poliomielitis hemos encontrado que cuando consultan en el Instituto lo hacen con un grado avanzado de la invalidez, por la misma enfermedad que ha evolucionado y por las complicaciones debidas a un tratamiento oportuno. Igualmente, hemos visto pacientes antiguos del Instituto que, atraídos por la novedad y la propaganda, han dejado de asistir a los controles sistemáticos para buscar curación en otra parte. Al comparar el estado de los pacientes cuando dejaron de asistir al Instituto al que presentaban cuando resolvieron volver nuevamente a continuar el tratamiento, despues de haber asistido durante, dos, tres meses o más al

tratamiento del doctor Quiroga; hemos comprobado que estos pacientes no han demostrado ningún progreso, ni clínicamente ni por medio de los exámenes musculares hechos sistemáticamente. Tenemos una lista de pacientes de este tipo, que podremos suministrar en caso de que nos sea solicitada, con lo que se podría comprobar lo que acabo de decir. Igualmente podría citar casos de pacientes con artritis infecciosas o sépticas, que han sido tratadas con el mismo método de la estimuloterapia, y que han acudido de nuevo a requerir nuestros servicios en estados muy precarios de salud general, y que han requerido hospitalización de urgencia por las mismas condiciones y necesidades de estos pacientes. Nos duele ver a diario gentes de las más lamentables condiciones económicas, que despues de haber agotado sus pocos recursos en esos novedosos tratamientos, y de pagar sin saber de dónde cantidades de cientos y miles de pesos, llegan a nosotros con enfermedades de los tipos enunciados, en estado bastante avanzado de evolución, y con la merma o agotamiento de los pocos o ningunos recursos que tenían, los cuales les servirían por lo menos para transportar a una institución donde con un tratamiento bien dirigido podrían beneficiarse. En repetidas ocasiones y con ideas no egoistas, sino más bien humanitarias, nos hemos dirigido a las distintas seccionales de salud, con el fin de que se investiguen estos hechos para comprobar si en verdad se trata de una droga de eficiencia comprobada, y que se analice en la sección de Drogas del Ministerio de Salud Pública. Si esta droga debe o no tener licencia para su aplicación. Nosotros seríamos los primeros en usarla y recomendarla si se nos demuestra su eficacia, pero por el mismo conocimiento que tenemos del tipo de lesiones que se presentan por la poliomielitis, nos atrevemos a dudar de su eficacia. Preguntado: En su concepto la estimuloterapia es un medicamento que se ciñe a las condiciones propias de la homeopatía, o a qué género de drogas pertenece? Contestó: Precisamente mi anterior manifestación se encamina a expresar el deseo de que esa droga se analice para saber cuál es su composición y su mecanismo de acción".

También la Academia Nacional de Medicina en oficio de fecha 21 de abril de 1966 dirigido al jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Salud Pública, y como respuesta a una consulta sobre si "el señor Luis E. Quiroga Liévano ha invadido el campo reservado por la ley a la Medicina Alopática, y si el procedimiento denominado 'Estimuloterapia' es o no es homeopático", se expresó así:

"Nº 109. — "REPUBLICA DE COLOMBIA. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA. SECRETARIA. Carrera 9ª Nº 20-13. Teléfono 415553. Apartado Nacional 7083 Bogotá - Colombia. — Bogotá, abril 21 de 1966. Señor Doctor ALFONSO CIFUENTES Y GUTIERREZ. JEFE OFICINA JURIDICA. SECRETARIA DE SALUD PUBLICA. E. S. C. — Con mucho gusto contestamos a usted sus oficios de 26 de enero y 11 de marzo acerca de la consulta que usted ha tenido a bien hacer a la Academia Nacional de Medicina. Esta en su sesión del 14 del presente mes ha aprobado la siguiente proposición que con gusto transcribo. 'La Academia Nacional de Medicina considera que los procedimientos empleados para tratar enfermos, relatados en el expediente, enviado a nuestra consideración por el doctor Cifuentes y Gutiérrez en sus oficios Nos. 045, 046, y 125 del corriente año, por los individuos anotados en dichos expedientes, no son de carácter homeopático y sí hacen

parte de prácticas y sistemas alopáticos". Aprovecho esta oportunidad para reiterarle los sentimientos de aprecio y consideración de su servidor, (FIRMA) J. CAMACHO GAMBA, SECRETARIO. 'Hay un sello que dice: REPUBLICA DE COLOMBIA. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA". (fol. 257 c. Nº 1).

Todo lo anterior muestra que el señor Quiroga Liévano sí estaba ejerciendo ilegalmente la HOMEOPATIA. Y esta ilegalidad no la borra el hecho de que en algunos casos su tratamiento haya tenido éxito (esto no está suficientemente comprobado). Ninguna ley le permitía al mencionado señor utilizar seres humanos como conejillos de laboratorio y tampoco podía ejercer la alopatía.

En cuanto a la otra pretensión o sea, la de reparación directa por la "operación administrativa que se cumplió como ejecución de los artículos 1º y 2º de la Resolución 005, los cuales fueron revocados el 18 de octubre de 1966 por el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares, se considera:

Debe anotarse, en primer término, que no corresponde a la realidad procesal la afirmación hecha por el Tribunal de Cundinamarca en el sentido de que la apelación concedida contra la Resolución 005 no expresó su efecto y menos de que lo fuera en el devolutivo.

El efecto de este recurso está plenamente establecido en el expediente. Baste leer el siguiente aparte que concede la apelación, en el cual no se repuso la mencionada Resolución 005. Allí se lee: "En el efecto **devolutivo**, según lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 605 de 1963 reglamentario de la Ley 14 de 1962 y en consonancia con el artículo 4º de la Ley 45 de 1946. concédese el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Nº 005 de 24 de mayo de 1966, de esta secretaría" (fols. 43 vlto. del c. Nº 2).

Y aún en la hipótesis de que la administración no hubiera dispuesto nada a ese respecto, el efecto sería el mismo por mandato del artículo 4º de la Ley 45 de 1946 que establece el devolutivo para la alzada de la providencia en el ramo de la salubridad. Ante esta disposición no cabría pensar que en los casos de silencio la apelación deba entenderse en el suspensivo, porque este principio, repetido en el artículo 16 del Decreto 2733 de 1959, indica que este es el efecto, salvo disposición legal que señale lo contrario.

La apelación en el efecto devolutivo le permitía a la administración ejecutar de inmediato la Resolución 005, ya que para estos efectos el inferior no perdía la competencia. Y la índole de medida de policía y la decisión ejecutoria imponían igualmente su ejecución inmediata, fuera de que cuando se cumplió estaba aún amparada por la presunción de legalidad que le servía de fundamento plausible.

Teniendo en cuenta que la Resolución 005 se ejecutó el día 6 de junio de 1966 (fols. 50 vto. c. Nº 2) y que sus artículos 1º y 2º fueron revocados el día 18 de octubre de ese mismo año, resulta que el señor Quiroga Liévano estuvo privado de su licencia por espacio de varios meses.

Pero resulta que el restablecimiento pretendido por esta vía no puede ser el producto de una acción de reparación directa, ya que los

posibles perjuicios tendrían como única causa el acto administrativo supuestamente ilegal.

Cuando a alguien se le cancela una licencia para ejercer una profesión, si el acto no se ajusta al ordenamiento, los perjuicios, en principio, nacen de éste y no de las medidas que como consecuencia se deben tomar por la administración para hacerlo efectivo.

Parece que el actor confundió la ejecución del artículo 2º con el cierre ordenado en el 3º y por eso cae en el equívoco al pretender una responsabilidad derivada de una operación administrativa, cuando lo que debió pedir fue el restablecimiento del derecho por perjuicios derivados del artículo 2º de la Resolución 005, durante su vigencia, o sea, hasta su revocatoria por el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares. De allí que para los efectos de una decisión sobre plena jurisdicción no quepa hablar, en principio, de sustracción de materia, porque en estos eventos aunque el acto haya sido revocado, el restablecimiento del derecho tendrá que partir del supuesto de que éste durante su vigencia era nulo por ilegal y produjo los efectos dañinos cuyo resarcimiento se impetra.

Por lo demás, el actor no razona en esa forma y se contenta con afirmar que los perjuicios se derivaron de su ejecución y no de la injuricidad misma del acto. Con todo, cabe anotar que tampoco así le habría prosperado la acción, porque los supuestos de la responsabilidad por este motivo no fueron bien acreditados. Baste observar que todo el debate se orientó a demostrar que la práctica de la estimuloterapia no era de carácter alopático: extremo este que no pudo desvirtuarse y que no mostró otro ejercicio homeopático.

Finalmente, no es del todo cierto que sea la jurisdicción administrativa la única competente para cancelar provisionalmente o en forma definitiva una licencia de ejercicio profesional (médico o auxiliar) otorgada por un organismo de la administración activa, tal como lo afirma en su Resolución el Consejo Nacional de Profesiones Médicas y Auxiliares, ya que por disposición de la Ley 14 de 1962, (Art. 11) este organismo a petición de los cuerpos médicos gremiales o de oficio, por falta grave comprobada contra la ética profesional en el ejercicio de la medicina, podrá sancionar con la suspensión temporal o definitiva de la autorización para el ejercicio de la profesión ha quienes fueren hallados culpables.

Y no se diga que la declaratoria de nulidad de un acto creador de una situación individual y concreta que ya fue derogado no tendría ni lógica ni ningún efecto práctico, porque sólo con la decisión de ilegalidad del mismo podría decretarse el restablecimiento. No puede olvidarse que la nulidad de un acto administrativo produce, en principio, tanto efectos **ex tunc como ex nunc** y que en el campo de los actos jurídicos, por regla general, no hay responsabilidad sin ilegalidad.

Por consiguiente, tal como tuvo oportunidad de sostenerlo esta Corporación con ponencia del doctor Mora Osejo en asunto que guarda similitud con el aquí tratado, si el acto fue derogado, dejó de regir o sus efectos se cumplieron, como entidad jurídica persiste y regula las situaciones producidas durante su vigencia, por lo que no puede sostenerse, jurídicamente, que no existe en tales hipótesis materia sobre la cual pronunciar decisión de fondo.

En suma, en las sentencias de plena jurisdicción no cabrá hablar de sustracción de materia por derogatoria o revocatoria del acto administrativo que produjo la lesión del derecho, porque sólo podrá decretarse el restablecimiento de éste, luego de la declaratoria de que durante su vigencia fue nulo. Esto hace que en estos eventos en lugar de decretarse la nulidad de un acto vigente, la resolutiva debe tomar una forma igual o similar a ésta: Declárase que el acto tal durante su vigencia fue nulo o declárase la nulidad del acto que rigió durante el período que va de x mes a y.

Para la Sala no existe duda de la competencia que tiene para resolver el presente asunto, así esté cuestionado en el proceso un acto de policía. A este respecto, comparte la tesis expuesta por la Sección I en sentencia de 31 de agosto de 1976 con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, en la cual brillantemente se analiza el alcance del ordinal 2º del artículo 73 del C. C. A. y la actitud de esta jurisdicción para conocer de asuntos policivos. Allí, en síntesis, se sostuvo:

1) Que la policía, orgánica y materialmente entendida, es parte de la administración y los actos expedidos con base en su poder, son administrativos, porque no sólo realizan el orden público sino porque participan directamente en la satisfacción de las necesidades colectivas.

2) Que la jurisdicción contencioso administrativa desde sus albores ha sido la competente para conocer de las acciones que se han promovido contra los actos administrativos proferidos en ejercicio del poder de policía, como sucede en la actualidad, conforme a claras e inequívocas competencias dadas por la ley (Arts. 34, 35, 52, 54 y 56 de la Ley 167 de 1941) y a reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

3) Que en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativos, aún los discrecionales que se dictan con base en una competencia y observando la jerarquía normativa, son susceptibles de control jurisdiccional.

4) Que la aceptación de la teoría tradicional que distingue entre controversias de policía y simples infracciones administrativas, para sustraer a aquéllas del control jurisdiccional de conformidad con el ordinal 2º del artículo 73 del C. C. A., daría carta blanca a los regímenes policivos, lesivos de las libertades jurídicas, en los cuales una legalidad **ad hoc** reemplaza frecuente y ordinariamente el orden jurídico, sin posibilidad alguna de infirmar las decisiones administrativas así tomadas.

5) Que no cabe hacer esa distinción, en suma, porque unas y otras tienen la misma naturaleza, y se caracterizan por ser la aplicación de estatutos prescriptivos que determinan los medios y fines de policía, para salvaguardar el orden público en sus distintas modalidades.

6) Que la norma contenida en el ordinal 2º del citado artículo 73 es de carácter excepcional, no puede dársele una significación extensiva sino la restrictiva que le corresponde según los principios que informan esta jurisdicción, la historia fidedigna de su establecimiento y otras normas de la legislación actual: porque: a) La competencia de los órganos de la jurisdicción administrativa está expresamente se-

ñalada en la Constitución y la Ley; y aquella norma al hablar de los perjuicios de policía obviamente se refería a los existentes a la sazón y a los que posteriormente se crearan por la Ley sin que pueda pensarse que otros ordenamientos inferiores están habilitados igualmente para hacerlo; b) La historia del artículo 73, ordinal 2º, corrobora lo dicho, ya que no es más que la reproducción textual del artículo 1º de la Ley 99 de 1919 modificatorio en este extremo del artículo 38, literales b) y g), de la Ley 130 de 1913. De donde se colige que la excepción se fundamenta en el hecho de que en los juicios de policía la administración ejerce función jurisdiccional, la que dada nuestra organización política, no puede ser regulada sino por la Constitución y la Ley en idéntica forma para todos los órganos de esta jurisdicción y para todo el territorio nacional; y c) El Código Penal a pesar de dividir las infracciones de la Ley Penal en delitos y contravenciones no tipificó las controversias penales, lo que tampoco hizo el artículo 73, el cual sólo excluyó del conocimiento de la jurisdicción administrativa las decisiones policivas que tuvieron carácter jurisdiccional. De allí la diferencia que se observa en el tratamiento que se les da a las controversias en los Decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971. Mientras en aquél se instituyen las controversias comunes, susceptibles de control ante la jurisdicción administrativa, en el segundo se regulan las especiales y se les dota de un tratamiento legal parajurisdiccional.

En el caso **sub judice** los actos acusados, por los cuales se cerró un consultorio médico y se toman otras medidas relacionadas con la homeopatía, proferidas por autoridades sanitarias del Distrito Especial, mediante un procedimiento de carácter local, son estrictamente administrativos, y, en cuanto no están comprendidos en la norma de excepción del artículo 73 del C. C. A., ordinal 2º, eran posibles de las acciones contencioso administrativas propuestas. Debe anotarse, en honor a la verdad, que la sentencia cuya síntesis se deja hecha presentó un salvamento de voto por conducto del doctor Carlos Galindo Pinilla. Aunque no menos brillante que el fallo en cuestión, la Sala en gracia a la brevedad, se abstiene de sintetizarlo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado —Sección III— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

Revócase en todas sus partes la sentencia de 15 de junio de 1973, dictada en el presente proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Revalídese papel común empleado.

Discutido y aprobado en reunión efectuada el día 28 de octubre de 1977.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Elementos de ésta. Desarrollo de Proceso Aduanero. Responsabilidad de los Agentes de la Aduana y de los Jueces Penales de Aduanas. Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., septiembre dieciséis de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 2168. Actor: BERNARDO ORTIZ MEJIA.

En demanda presentada ante esta Corporación el día 14 de octubre de 1976, por medio de apoderado, el ciudadano BERNARDO ORTIZ MEJIA, solicita de esta Corporación, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Que el estado colombiano es administrativamente responsable de que BERNARDO ORTIZ MEJIA durante el lapso de 14 meses y diez días dejase de percibir los beneficios propios de su profesión de transportador.

"SEGUNDA. Que los perjuicios materiales ocasionados al señor BERNARDO ORTIZ MEJIA deben indemnizarse mediante la suma de CINCO MILLONES DE PESOS ($ 5.000.000.00) que el Estado colombiano debe pagarle, o por la suma que se demuestre en la peritación practicada en este juicio, o posteriormente mediante los trámites del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

"TERCERA. Que el Estado colombiano debe pagar la indemnización correspondiente de los perjuicios morales, subjetivos y objetivos que sufrió BERNARDO ORTIZ MEJIA dentro del término fijado por la Ley".

Como HECHOS, la demanda expresa los siguientes:

"1º El señor BERNARDO ORTIZ MEJIA es dueño poseedor inscrito y material del automotor de placas XX-06-95, Marca Ford F-900 Modelo 1950, tipo estacas (camión).

"2º El día 27 de enero de 1975, aproximadamente a las 15.00 horas, en la carretera central del Norte, a la altura del sitio denominado 'Alto del Sisga', municipio de Chocontá, departamento de

Cundinamarca, fue decomisado el precitado camión, por una patrulla de la Aduana, cuando transportaba 185 bultos de café.

"3º Que en la misma fecha anteriormente citada y como consecuencia del decomiso se hicieron las siguientes retenciones, por cuenta de las autoridades aduaneras: a) De Bernardo Ortiz Mejía, quien posteriormente a la indagatoria fue dado en libertad; b) El camión y los siguientes implementos: Carga que transportaba o sean los ciento ochenta bultos de café y los implementos propios del vehículo tal como se relacionan en el ingreso Nº 150 del Almacén de depósito de la Aduana (Dirección General).

"4º La base o fundamento que tuvieron los agentes para detener el camión y aprehenderlo, y como presunta prueba de la comisión de un delito, según el informe, es que llevaba unos bultos de café, no empacados en costal de fique, sino en polietileno y que daba el típico caso del camuflaje.

"5º El Juzgado Segundo Superior de Aduanas del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha febrero nueve (9) de 1976 declaró la inexistencia del delito y le dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, providencia esta que fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Aduanas.

"6º Como consecuencia de la retención arbitraria del vehículo, Bernardo Ortiz Mejía hubo de paralizar su actividad durante 14 meses y diez días, tiempo éste suficiente para el desmejoramiento del automotor y de la carga que transportaba.

"7º Siendo el estado responsable de la acción u omisión de los funcionarios que se encuentran investidos como tal, y siendo la Dirección General de Aduanas una dependencia estatal, y el Sargento Gustavo A. Jáuregui, eragente (sic) de la patrulla Terrestre de Aduanas, es que invoco la presente acción".

Como normas violadas expresó las siguientes: Decretos 1228 de 1959 y 3286 de 1961, "que establecen que el transporte del café es libre en Cundinamarca, Tolima, Boyacá, Huila y otros departamentos y regla el transporte del mismo producto en los departamentos costeros".

Como el negocio ha recibido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolverle previas las siguientes consideraciones:

El concepto Fiscal

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, doctor Gilberto Gartner Posada, en su vista de fondo conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda. Dice así su vista de fondo:

"Sabido es que para el éxito de la pretensión resarcitoria en contra del Estado, deben aparecer plenamente demostrados en el expediente la existencia de los siguientes elementos axiológicos:

"1º El hecho generador de la falla o falta del servicio o de la administración;

"2º El daño cierto, determinado o determinable, que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho; y

"3º La relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"En el negocio objeto del presente concepto, la parte actora aun cuando expresamente no lo afirma, hace consistir la falla del servicio en la retención del camión y la mercancía que transportaba y que fue decomisada por las autoridades de la Aduana Nacional, el día 27 de enero de 1975, en la carretera central del Norte, a la altura del sitio denominado 'Alto del Sisga', municipio de Chocontá Departamento de Cundinamarca: que como consecuencia de esa operación se hicieron las siguientes retenciones por cuenta de las autoridades aduaneras: a) de Bernardo Ortiz Mejía, quien posteriormente a la indagatoria fue dado en libertad; b) El camión y los siguientes implementos: Carga que transportaba o sean los ciento ochenta bultos de café y los implementos propios del vehículo tal como se relacionan en el ingreso Nº 150 del Almacén de depósito de la Aduana.

"Al expediente se arrimó copia del proceso seguido por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas. Allí consta que a las 15.00 horas del día 27 de enero de 1975, una patrulla al mando del Sargento IV-15 GUSTAVO A. JAUREGUI RIVERA, en cumplimiento de órdenes superiores ejecutó un patrullaje y que como consecuencia el camión marca FORD, Modelo 1960, placas XK-06-95, fue retenido en las Bodegas del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas y que el 29 de enero del mismo año, es decir, cuando apenas había transcurrido un día de por medio, fue puesto a órdenes del Juez quien en la misma fecha, dictó auto abriendo la correspondiente investigación, con miras a establecer si se había infringido la Ley Penal Aduanera, ordenando a su vez la retención de las mercancías aprehendidas.

"El proceso penal aduanero culminó con sentencia declarando la inexistencia de violación de la Ley Penal Aduanera y la cesación de todo procedimiento respecto al señor BERNARDO ORTIZ MEJIA. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas.

"Como consecuencia de lo anterior, según la demanda, Bernardo Ortiz Mejía hubo de paralizar su actividad durante 14 meses y diez días, tiempo éste suficiente para el desmejoramiento del automotor y de la carga que transportaba.

"Ahora bien: El Decreto 3286 de 1961, citado por el actor como disposición violada con la actuación de las autoridades aduaneras, dispone en su artículo 4º lo siguiente: 'El Transporte, almacenamiento y distribución de café en grano no destinado a la exportación, sólo podrá realizarse con la intervención de la Federación Nacional de Cafeteros en los siguientes Departamentos: Nariño, Cauca, Córdoba, Atlántico, Bolívar, Magdalena, Norte de Santander, en el Departamento de Antioquia, en la zona comprendida entre Pavarendocito y la Costa Atlántica, en el Departamento del Valle del Cauca en la zona comprendida entre Cali y la Costa del Pacífico, y en las intendencias de la Guajira y Arauca'.

"Lo que indica que el sitio denominado 'Alto del Sisga', Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca, donde fue decomisado el camión con la mercancía, no está comprendida den-

tro de las zonas para las cuales la ley exige la intervención de la Federación Nacional de Cafeteros, para el transporte, almacenamiento y distribución de café en grano no destinado a exportación. Por esta razón la patrulla de Aduana no ha debido proceder a su decomiso. Con esta sola premisa habría que concluir que en el proceso se encuentra demostrada la falla del servicio.

"Sin embargo, no puede olvidarse que la patrulla de la Aduana puso a disposición de las autoridades aduaneras, y concretamente a órdenes del Juzgado Segundo Penal de Aduanas, el producto del decomiso, transcurrido tan sólo un día después de su aprehensión y que el funcionario de la jurisdicción fue quien dictó la providencia ordenando la apertura de investigación y la retención de la mercancía.

"Así las cosas, correspondía al Juzgado Penal de Aduanas, como organismo que ejerce de modo permanente la administración de justicia (Art. 1º Decreto 1265 de 1970), abstenerse de abrir la investigación, si contaba con los elementos propios y necesarios para llegar a esta clase de conclusión, ordenando la devolución de las cosas decomisadas. Si erróneamente abrió la investigación y ordenó la retención del vehículo causando con ello perjuicios al señor ORTIZ MEJIA, no es la Administración la que debe responder de los mismos, sino personalmente el funcionario que dictó el acto jurisdiccional causante del daño, de acuerdo con el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente dice:

"'Artículo 40. **Responsabilidad del Juez:** Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los Magistrados y Jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

"'1º Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.

"'2º Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.

"'3º Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer.

"'La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1º y 3º no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En casos de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos'.

"No hay duda que los perjuicios que el actor dice haber sufrido se fundamentan en el hecho de haber permanecido, por más de 14 meses, el camión de su propiedad a órdenes de la justicia penal aduanera y esa retención si bien en un principio la efectuaron autoridades administrativas de la Aduana, lo cierto es que la permanencia y duración de dicha retención fue producto de una decisión jurisdiccional proferida por funcionario competente. Es

decir, que no puede desvincularse, para reclamar los perjuicios a la administración, la actividad de los Agentes de la Aduana con el acto jurisdiccional que dispuso abrir la investigación y la retención del vehículo. La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, necesaria para inferir la responsabilidad del Estado, no es posible hallarla sin la existencia del acto jurisdiccional, que está íntimamente ligado al daño.

"Lo anterior sin tener en cuenta que en la aprehensión del camión la patrulla de la Aduana contó con indicios para presumir que se trataba de un contrabando, como son: a) La diferencia de empaque, pues algunos bultos de café se hallaban empacados en polietileno color negro y con la leyenda de un abono de nombre 'UREA' lo que indujo a creer que se ocultaban algunos; b) El automotor no tenía licencia para transportar café. Solamente en la indagatoria se presentó la licencia y la factura de la compra del café. Ya con estos elementos de juicio y el dictamen de los peritos sobre la calidad del café, el Juzgado dictó el fallo declarando la inexistencia de la infracción penal que motivó la investigación. Lo que descarta la posible arbitrariedad o abuso por parte de los Agentes de Aduana.

"Conclusión de lo anterior es que las súplicas de la demanda no pueden prosperar. En consecuencia debe absolverse a la Nación de los cargos formulados en el libelo".

Para resolver se considera

La Sala acoge los razonamientos de su colaborador Fiscal por encontrarlas ajustadas a las probanzas del expediente y a las normas legales pertinentes.

En efecto, el demandante alega como **causa petendi** de su pretención indemnizatoria, la retención del camión y la mercancía, por parte de agentes de la aduana, es decir de la Administración Nacional, situación que duró 14 meses y 10 días.

Empero, la retención hecha por los Agentes de Aduana el 27 de enero de 1975, ante circunstancias que **prima facie** hacían presumir un contrabando, cesó como acto de la administración el día 29 de los mismos mes y año, un día después del decomiso, al entregar lo retenido, con el informe de rigor, a los jueces de la República. De allí en adelante, la retención no puede imputarse a la administración, sino a la jurisdicción.

Ahora bien, el cuaderno Nº 3 contiene toda la actuación sumarial adelantada por el Juzgado 2º Penal Aduanero, en donde se observa que la investigación se complicó por la comparecencia de dos ciudadanos de apellido Ardila, como presuntos compradores del café retenido y que indudablemente uno de ellos, por lo menos, mintió ante la justicia y pretendió burlarse de ella. La aclaración de tal circunstancia, jugó en la demora en decidir definitivamente sobre la presunción de contrabando.

Pero lo cierto es, que el libelista no imputa falla a la administración de justicia aduanera, por el contrario, encomia su actuación, lo

que hace inútil cualquier investigación doctrinaria sobre la presunta responsabilidad del Estado por los actos o hechos de los jueces de la República.

Y la presunta falla de la Administración Aduanera, retención del camión y de la mercancía, duró un día, sin que pueda reconocerse relación de causalidad necesaria con la duración de 14 meses y diez días de la retención de tales efectos, por cuenta de los jueces aduaneros.

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:

DENIEGANSE todas las peticiones de la demanda que dio origen al presente litigio.

Cópiese. Notifíquese y cúmplase. Revalídese el papel común utilizado.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Indemnización de perjuicios en el accidente (de Quebrada Blanca). Sería deseable que el Estado cumpliera con sus obligaciones y deberes; mas hay muchas ocasiones en que ello no ocurre: en algunos casos por la imposibilidad de los órganos estatales de cumplir con los fines establecidos, prestando los servicios necesarios por carencia de medios, generalmente económicos, adecuados.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., diciembre siete (7) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis**)

Referencia: Expediente 1564. Actor: Flota La Macarena. Indemnizaciones.

Fallo discutido y aprobado en sesión del día 7 de diciembre de 1977.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 y actuando por intermedio de apoderado especial, la sociedad "FLOTA LA MACARENA S. A.", demanda a la Nación colombiana para que, previo el trámite de rigor y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se hagan las siguientes o similares

Declaraciones y condenas

"**Primera.** Que la Nación Estado Colombiano es responsable civil o administrativamente de los perjuicios ocasionados a FLOTA LA MACARENA S. A. con motivo del accidente de tránsito o siniestro ocurrido el día 27 de septiembre de 1973, a consecuencia de lo cual un automotor de su propiedad quedó casi totalmente destruido.

"**Segunda.** Que se condene a la Nación Estado Colombiano a pagar a la Sociedad que represento las indemnizaciones por los perjuicios recibidos, como daño emergente y lucro cesante con motivo a que hubo falla en el servicio de la policía y autoridades respectivas de Tránsito y Transportes al no controlar el paso de los automotores en la zona donde ocurrió el siniestro por lo cual ocurrió el accidente de tránsito a que se contrae esta demanda. Esta condena debe hacerse en cantidad superior a $ 250.000.00 más los intereses por mora en el pago".

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción los expresa así la demanda:

"1º El día 27 de septiembre de 1973, el señor Jaime Vanegas acompañado del ayudante viajó de Bogotá a Villavicencio, con línea de 12.30 A. M., conduciendo (sic) el bus de propiedad de FLOTA LA MACARENA S. A., Modelo 1971, con Placas D-71466 y distinguido con el número 114 de orden de la Empresa.

"2º El viaje se desarrolló normalmente hasta llegar al sitio de Quebrada Blanca a eso de las 3.00 A. M., donde estaba llovisnando (sic) y como la visibilidad lo requiriera el conductor del Bus puso luz plena para verificar el estado del trayecto y no encontrando obstáculo siguió la marcha hasta llegar como a 200 metros aproximadamente, del puente nuevo sobre Quebrada Blanca, cuando de repente un alud de tierra se deslizó de la loma y le tapó el paso por delante. Inmediatamente trató de retroceder, cuando sintió un fuerte ruido al desprenderse otro alud de tierra que fue a caer en la parte trasera del vehículo automotor.

"3º Con motivo de lo narrado en el hecho anterior el bus en referencia quedó cerrado el paso (sic), por lo cual el chofer trató de sacarlo hacia adelante acelerándolo fuertemente y sólo alcanzó a sacar las ruedas delanteras del vehículo; siendo imposible sacarlo hacia atrás, procedió a bajar los pasajeros y abandonó el vehículo, pues los deslizamientos de la loma crecían y a cada paso era más y más difícil rescatar la máquina o bus (sic).

"4º Se dirigió el señor Vanegas al campamento de la Zona de Carreteras a pedir ayuda, llamó a Guayabetal sin ningún resultado. Sólo hasta las 5.30 A. M. del mismo día llegaron los obreros de las carreteras.

"5º Como a las 3.30 A. M. la tierra y piedras que continuaban deslizándose (sic) atravesaron el vehículo sobre la vía y finalmente destrozada la carrocería totalmente y con otros daños lo llevaron al borde de la quebrada mencionada, habiéndole causado además otros daños a saber: doblamiento del chasís y resortes: le destruyó conjunto en general (torpedo), guardabarros y capó, persiana, radiador, ventabiola, carburador, taimer, instalaciones de alta y baja corriente destrucción de kardans (sic) y parte de rodamientos como tres rines: extravío de repuesto y porta repuesto: se estallaron dos llantas traseras: se destruyó la dirección por lo cual hubo que organizarlo como en un día para poderlo traer a Bogotá, después de haber utilizado dos gruas de "Auto Gruas la Sexta", que trabajaron dos días y medio en labores y rescate y transporte (Sic).

"6º En los días anteriores y posteriores al siniestro de que trata esta demanda, la Nación mantuvo (sic) permanentemente maquinaria y obreros para descubrir, en ese lugar del accidente, la vía carreteable, pues los deslizamientos se producían de un momento a otros, con seria y ostensible amenaza para las personas y los bienes.

"7º Las autoridades de Tránsito y Transportes en vista del peligro que presentaban los deslizamientos en dicho lugar del sinies-

tro (sic), organizaron el tránsito automotor; en efecto no permitió (sic) el paso de vehículos y es así como en el retén de Villavicencio no dejaban salir vía a Bogotá antes de las 5.00 a las 6.00 A. M. todos los días. De Bogotá al Departamento del Meta se detenían los automotores en Puente Quetame por la Policía Vial y la Policía Nacional. Inclusive faltando más o menos 500 metros para llegar al sitio afectado por los derrumbes o deslizamientos en mención, se destacó una patrulla de tránsito que controlaba el paso de los carros, patrulla esta que el día del siniestro no prestó servicio no obstante que el invierno continuaba a consecuencia de lo cual y de un manantial de agua en esa loma los deslizamientos continuaban y nada hacía prever que no continuaran, pues esa zona es sumanente deslenable (sic) y se encontraba muy húmeda y como ya se dijo en ella había un manantial.

"8º No obstante el serio peligro que presentaba ese trayecto, el día del siniestro, por las circunstancias relatadas anteriormente, ni siquiera las autoridades correspondientes cumplieron con su deber elemental, como es el de colocar señales indicativas de peligro, haber cerrado la vía o por lo menos haber dispuesto de una o más máquinas, como tractores para rescatar los vehículos en peligro por los deslizamientos, como en veces lo hicieron.

"9º El vehículo de propiedad de mi representada, tenía una capacidad para treinta pasajeros: era de silletería reclinable, carrocería Marca Superior, Tipo Vitrina de lujo, Modelo 1971, lo mismo que el bus: el cual se encontraba en perfectas condiciones.

"10º Los arreglos mecánicos del vehículo los hizo Daniel Maldonado con la ayuda de sus obreros, luego de lo cual el chasís fue llevado a Carrocerías Superior donde le montaron una nueva carrocería y solamente volvió a prestar servicio, desde el accidente hasta el 22 de diciembre de 1973, fecha en la cual quedó en condiciones de hacerlo.

"11º Los reglamentos de Tránsito y Transportes obligan a la Policía Vial, como a la Policía Nacional y demás autoridades correspondientes a vigilar permanentemente el tráfico automotor para la efectiva seguridad de las personas y sus bienes.

"12º El accidente o siniestro relatado causó a la sociedad que represento perjuicios materiales que las leyes protejen y ordenan reparar".

Como normas violadas se citan los artículos 16 de la Constitución Nacional, 2º del Decreto 2170 de 1970, 867, 684, 688 de la Ordenanza Nº 84 de 1963 (no se dice cual Asamblea Departamental), y el artículo 3º del Decreto Extraordinario Nº 1344 de 1970, tal como quedó con la modificación a él introducida por el artículo 2º del Decreto Ley 2169 de 1970.

Admitida la demanda se constituyó como parte impugnadora el señor Ministro de Obras Públicas. Practicadas las pruebas y corridos los traslados a las partes para alegar, en su oportunidad, el señor Fiscal 2º de la Corporación emitió su concepto en el sentido de pedir se absolviera a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

No hallándose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a dictar la sentencia del caso, previas las siguientes,

Consideraciones

El Estado ha sido creado para cumplir unos fines determinados, que bien pueden resumirse en aquel aforismo según el cual "el estado existe para el hombre y para la sociedad".

El logro de esos fines constituye la principal obligación estatal. Para ello, dispone el Estado de una serie de poderes e instrumentos, que deben orientarse y ser utilizados para cumplir con los objetivos de servicio al hombre y a la sociedad, en otras palabras, para contribuir al logro del bien común.

Pero aunque es indiscutible que los objetivos de todos los Estados son los mismos, las obligaciones específicas cuyo cumplimiento pueden exigir a cada uno de ellos los asociados varía según sean las circunstancias dentro de las cuales se encuentren, de acuerdo con las necesidades que tienen los ciudadanos de la ayuda estatal para lograr el objetivo antes mencionado, y también según sean las posibilidades que el conglomerado social les brinde para asegurar una buena prestación de los servicios y en la medida que gocen de los privilegios necesarios para arbitrar recursos que permitan un buen funcionamiento de los servicios mediante los cuales pueden garantizar el logro a sus asociados del bien común.

La responsabilidad del Estado es la obligación que nace para él de reparar o indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad cuando quiera que incumple total o parcialmente, o cumple defectuosamente con los deberes fundamentales que han sido consagrados en la Constitución y las leyes; especialmente en el artículo 16 de nuestra Carta que reza "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 los particulares".

Esta obligación constituye, sin lugar a dudas, el fundamento o razón de ser de la mayoría de las actividades que realiza el Estado; justifica su existencia, así como la de las autoridades que lo conforman, y de los poderes y medios de que disponen, y también explica la obediencia y respeto que a las autoridades deben todos los asociados.

"No basta, por ejemplo, reconocer al hombre el derecho a las cosas necesarias para la vida, sino se procura, en la medida de lo posible, que todas esas cosas las tenga con suficiencia. El Estado tiene el deber de garantizar a los individuos miembros de la sociedad, la vida, el sustento y las posibilidades de trabajo. Pero es además una exigencia del bien común la de que los poderes públicos contribuyan positivamente a la creación de un ambiente humano en él a todos los miembros del cuerpo social se les haga posible y se les facilite el efectivo ejercicio de los derechos mencionados, como también el cumplimiento de sus respectivos deberes. De hecho la experiencia atestigua que, donde quiera que falte una apropiada acción de los poderes públicos, los desequilibrios económicos, sociales y culturales de los seres humanos tienden, sobre todo en nuestra época acentuarse más que a

reducirse, y se llega por lo mismo a hacer que 'derechos y deberes' del hombre no sean más que vocablos desprovistos de toda eficacia", (Encíclica "Pacem in Terris").

En varias ocasiones ha dicho el Consejo de Estado que las obligaciones del Estado estatuidas, entre otros, en los artículos 16, 17, 18, 19, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 38, 41, 42, 45, 46, y 53 de la Constitución Nacional, se cumplen a través de la creación y organización de medios de prevención, protección, y defensa y de organismos encargados de prestar y regular los servicios encaminados a satisfacer las necesidades de los asociados.

Sería deseable que el Estado cumpliera con sus obligaciones y deberes; mas hay muchas ocasiones en que ello no ocurre; en algunos casos por la imposibilidad de los órganos estatales de cumplir con los fines establecidos, prestando los servicios necesarios por carencia de medios, generalmente económicos, adecuados. En otras ocasiones el incumplimiento de las obligaciones estatales obedece a fallas de la administración; omisiones, actuaciones, extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas, etc.

Lógicamente, solo podrá deducirse la responsabilidad estatal en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio.

Ya en otras ocasiones la Sala ha estudiado los límites de la responsabilidad estatal, entre las cuales basta citar los fallos de 17 de noviembre de 1967, que aparece publicado en las páginas 257 a 283 del Tomo LXXIII de los Anales del Consejo de Estado, y el fallo de 4 de noviembre de 1975 (Expediente Nº 1494).

En la primera de esas oportunidades dijo el Consejo:

"La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional —bello artículo, lo llama el señor Samper—, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familias, de grupos, de clases o de partidos.

"Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquéllos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado Francés se

decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia.

"No obstante, sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría ésto una nueva versión del Estado-Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Existen autoridades e instituciones para prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos, conforme al discurrir ordinario de la vida social. Dentro de este orden de cosas que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

"Pero cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución.

"Aquella doble situación administrativa estaba contemplada muy bien en el primitivo artículo de la Constitución, correspondiente al 16 de la Codificación actual, disposición ella que se decía 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 respeto recíproco de los derechos,previniendo y castigando los delitos. Se perfilaban allí la protección continua que proporciona el Estado a través de determinados organismos, y la protección que se pudiera llamar transeunte por lo circunstancial. Ambas obligan a los poderes públicos; pero es la última la que corresponde especialmente a la llamada administración activa".

Y en la sentencia de, 4 de noviembre de 1975, expresó:

"Toda la estructuración de la responsabilidad estatal permite aseverar que los entes públicos no se pueden exonerar de la imputabilidad de sus hechos en la misma forma como lo hacen los particulares, expresando que no incurrieron en culpa o que la víctima tenía muchos medios para defenderse.

Cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residente en Colombia y, por ende, ha incumplido con los deberes sociales impuestos en la Constitución y las leyes (artículos 17, 18, 19, 22, 23, 26, 30, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 44, 45 y 46 entre otros de la Constitución Nacional), debe declararse su responsabilidad y condenársele al pago de los perjuicios sufridos por la víctima.

Si habiéndosele solicitado amparo o encontrándose en la posibilidad de hacerlo —y en este último evento aunque no se hubie-

re en forma expresa pedido la protección— las autoridades estatales dejaran de actuar como es su deber y por ello no protegieren la vida de una persona residente en el país o permitiesen que otra destruya sus bienes o la despoje de los mismos, o en el caso de que sean ellas quienes se los destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que con esa conducta violan el artículo 16 de la Constitución Nacional, imponiéndose por esa razón, sin necesidad de entrar a averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que pudiera tener el particular lesionado, la declaratoria de la responsabilidad pública.

Claro está que esta responsabilidad consagrada en forma tan lata en la Constitución está atemperada primero por el mismo poder del Estado que limita los derechos del ciudadano, creando reglamentaciones en la medida que él pueda prestar los servicios 'entre otros pueden citarse las relacionadas con urbanizaciones, reuniones públicas, porte de armas, comercios etc., es decir permite el ejercicio de los derechos que está en capacidad de garantizar y proteger y prohíbe aquéllos cuyo ejercicio no podría garantizar, y en segundo lugar, la misma jurisprudencia ha limitado esta noción al expresar que al Estado no se le puede responsabilizar de hechos que materialmente no tuvo el poder de controlar, como aquellos que se suceden dentro de un recinto privado completamente cerrado —en el hogar por ejemplo— o en sitios despoblados, en ausencia de las autoridades públicas, siempre y cuando éstas no estuvieren en la obligación de estar en tales lugares.

"Pero, se repite, la responsabilidad estatal surgirá siempre que las autoridades pudiendo y debiendo hacerlo para el caso específico dejen que se desconozcan los derechos a la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país por parte de otras personas, o cuando el mismo Estado vulnere tales derechos".

Según la demanda las fallas administrativas que dieron lugar al ejercicio de la acción indemnizatoria establecida en el artículo 68 del C. C. A., consisten en la inexistencia de señales indicativas del peligro en el sitio denominado "Quebradablanca", no haber cerrado la vía o por lo menos haber dispuesto de una o más máquinas, como tractores para rescatar los vehículos en peligro por los deslizamientos" y en la no prestación del servicio de vigilancia y control del paso de vehículos por la quebrada antes citada.

Y de acuerdo con el libelo estas fallas son imputables al "servicio de la policía y autoridades respectivas de tránsito".

Para demostrar el primer presupuesto de la falla o falta del servicio... Un hecho dañoso imputable a un ente público, el apoderado de la actora solicitó el testimonio de varias personas, las cuales manifestaron:

JAIME VANEGAS HERRERA, conductor del vehículo que se dice se accidentó en el sitio denominado Quebradablanca;

"Me consta personalmente, que en este mes de septiembre del año de 1973, es el mes del invierno más fuerte de la región por lo cual los deslizamientos son constantes en el sitio de Quebradablanca, me consta por lo que yo viajo continuamente y viajo en la

actualidad Bogotá, Villavicencio. Al Punto c) Contestó: Me consta personalmente que en el mes de septiembre de 1973, destapaban en la vía el personal del Ministerio de Obras Públicas el paso de Quebradablanca para hacerla transitable a los vehículos automotores. Me consta por lo que yo viajaba más o menos cuatro veces semanales con líneas de la Empresa. Al Punto d). Me consta personalmente que en el año de 1973 en el término de 15 días anteriores murieron atrapados dos compañeros y amigos en el sitio de Quebradablanca por el derrumbe los señores Lauriano Guatavita y Marcos Moreno propietarios ambos de sus camiones. Al Punto e). Contestó: Me consta personalmente que en el año de 1973 septiembre pasado el siniestro de los camiones controlaron como de costumbre cuatro a ocho días enseguida del accidente en la salida de Villavicencio Bogotá daban paso a las cinco (5) de la mañana o en Puente Quetame Villavicencio a las cinco de la mañana para estar en el promedio de una hora en el sitio de Quebradablanca en ambas direcciones. La Policía Vial controlaba en Quebradablanca y la Policía Nacional, en el Retén o Puentequetame, en el sitio de Quebradablanca las máquinas del Ministerio daban paso la Policía Vial organizaban el paso en ambas direcciones. Al punto f) Contestó: El día 27 de 1973, me consta en forma personal, que saliendo de Bogotá a Villavicencio entregando con línea de doce y treinta P. M. con destino a Vistahermosa, saliendo por el Retén salida Bogotá Villavicencio entregando mi conduce rutinario y dirigiéndome sin ningún obstáculo de Policía Vial ni del Retén en ninguno de los sitios acostumbrados del Retén, se encontró Guadua atravesada por la policía o señales que impidieran el paso. Al punto g) Contestó: Ya esta pregunta la contesté. h) Contesto: El 27 de septiembre no se encontraba nadie controlando el paso, por lo cual las Unidades de la Policía Vial llegaron al sitio de Quebradablanca el día 27 de septiembre de 1973 a las 7 A. M., hora en la cual tuvieron conocimiento de lo ocurrido de ese día 27. Al punto i) Contestó: El día 27 de septiembre de 1973 constándome personalmente no se encontró ninguna señal por parte del Ministerio de Obras Públicas, Policía Vial o Policía Nacional que indicara peligro en mecheros, flechas o señales, ni a cinco kilómetros ni a 200 metros ni en ningunas direcciones de Quebradablanca, como no lo acostumbran. Al punto j) Contestó: Me consta personalmente el 27 de septiembre del año de 1973 llevando el cargo personalmente como conductor del mismo y encontrándome a 500 metros del sitio de Quebradablanca otro vehículo de la Empresa y llegando al sitio que es de bastante cuidado, paré, puse (sic) luz plena, observé el paso como de costumbre, procedí a pasarlo en segunda doble, ya que no había ningún rastro de deslizamiento ni lodo que me impidiera el paso, ya que al estar dentro del paso de Quebradablanca de repente baió derrumbe me obstruyó la vía, procedí a retroceder en forma inmediata, pero un fuerte alud de tierra me impidió totalmente la salida a uno de los dos lados, abandonando el vehículo por los ocupantes pasajeros procedí a buscar ayuda, saliendo hacia atrás de pie por encima del vehículo con todas sus luces prendidas para que los pasajeros pudieran salir hacia adelante donde se encontraba bien la carretera. De inmediato encontrándome a 20 metros un camión por el cual su conductor me impulsó a recorrer unos 200 metros donde se encuen-

tra el campamento del Ministerio de Obras Públicas para solicitar ayuda, encontrando al celador le pedimos el favor de llamar a Guayabetal al Jefe de la Zona para que nos jalara el vehículo hacia adelante, ya que se encontraba en fáciles condiciones para ser jalado, estando descubierta la parte delantera estando enterrado el carro de la parte de atrás, solicitado el servicio se negaron definitivamente a venir ya que estaba comenzando a lloviznar la volqueta del Ministerio de Obras o los Maquinistas que se encontraban aproximadamente a cien metros de donde se encontraba el Bus de la Flota Macarena distinguidos con placas Nos. D-1462 número de orden 114. Vehículo que yo manejé ese día y que fue el del accidente. El vehículo demoró en el sitio de Quebradablanca aproximadamente una hora, para ser arrastrado y botado al abismo por alud de tierra que seguía bajando continuamente, quedando aproximadamente a 250 metros de profundidad destrozado por el fuerte peso de las piedras y el impulso del alud de tierra, para efectos de esta versión tengo fotografías que adjuntaré a esta declaración".

NELSON VASQUEZ, propietario de un bus afiliado a la empresa demandante:

..."Me consta que en el mes de septiembre de 1973, por ese entonces hubo un fuerte invierno y a conscuencia de ese invierno permanecía ese **sitio derrumbándose día y noche de Quebradablanca.** Al punto c) Si me consta permanecían obreros de la Zona de Carreteras dando paso a los vehículos. Al punto d) Sí me consta que en el mes de febrero se llevó tres camiones, uno de una señora que vive en Chipaque se llama doña Tránsito; los otros señores no se los nombres, esos siniestros ocurrieron en Quebradablanca que queda arriba de Guayabetal carretera que conduce de Bogotá a Villavicencio. Al punto e) Contestó: Si me consta, por lo qué yo manejo un carro de mi propiedad y a los anteriores días de este accidente de la Flota Macarena estuve viajando a las líneas que tiene establecidas Flota Macarena a los Llanos Orientales. Y por eso puedo certificar de que en Villavicencio había control de la Policía para no dejar salir los Buses y vehículos sino hasta las cinco de la tarde. Y también me consta que en el sitio de Quebradablanca tenían un destacamento de Policía Vial que era la que nos daban la vía subiendo o bajando en el sitio de Quebradablanca; también había control de Bogotá a Villavicencio, también me consta que los Buldozeer del Ministerio o de la Zona de Carreteras que despejaban la vía de Quebradablanca cuando se quedaba un carro pegado en dicho derrumbe de Quebradablanca empujaban al vehículo que se quedaba pegado o lo jalaban con un cable. Al punto f). Contestó: Me consta que hasta el día 26 de septiembre de 1973 que subía yo despachado de Granada hacia Bogotá, el día 26 nos dieron vía la Policía Vial o sea la que estaba destacada para ese servicio en Quebradablanca. Al punto g) Contestó: "Me consta por lo que hace 14 años que estoy transitando dicha carretera o sea la que conduce de Bogotá a Villavicencio y todos los años por el mes de febrero se presentan esos deslizamientos en Quebradablanca y en el 90 y demás sitios. Al punto h) Contestó: Me consta por lo que después bajé con mi carro y allí encontré en el sitio

de Quebradablanca el mismo destacamento de la Policía Vial. Al punto i) Contestó: Me consta en esa distancia de Quebradablanca hacia Villavicencio no hay absolutamente ninguna señal que indique peligro y de Quebradablanca hacia Bogotá tampoco hay ninguna señal. Aclaro de que en esa época no la había señales que ordena Circulación y Tránsito".

CARLOS ENRIQUE ROJAS, conductor el día de los acontecimientos del Bus 315 de la Flota Macarena:

"...durante todo el mes de septiembre y después se presentó invierno en el año de 1973 y esto ocurre casi todos los años. Al punto c). Me consta personalmente que en el sitio de Quebradablanca, allí tenían personal del Ministerio de Obras Públicas y Maquinaria para despejar la vía cuando se venía el derrumbe, cada vez que se venía el derrumbe daban paso a los vehículos o los jalaban. Al punto e). Me consta de que con los derrumbes se llevó dos camiones en septiembre de 1973, inclusive un camión es de propiedad de una señora Tránsito. Al punto e). Contestó: Tanto de aquí de Bogotá no lo dejaban salir a uno después de las cuatro o cinco de la tarde y en el Retén de Servitá tampoco lo dejaban pasar a uno hacia Bogotá, durante el mes de septiembre de 1973; en los alrededores del Puente de Quebradablanca mantenía la Policía Vial y la Policía Nacional controlando el paso de los vehículos, me consta por lo que muchas veces no me dejaron pasar con el bus que yo manejaba, en ninguno de los dos sitios. Al punto f). Contestó: Yo viajé ese día a las dos de la tarde y cuarenta y cinco minutos de Bogotá a Villavicencio manejando el Bus 315 de Flota Macarena, aquí no me atajaron en el retén ni en ninguna parte hasta que llegué a Quebradablanca y me atajaron por lo que había dos grúas sacando un Bus, Nº 114, de Flota Macarena. Al punto g) Contestó: Me consta personalmente que duarten (sic) el mes de septiembre se tapa la vía continuamente con motivo del invierno y no pueden pasar los automotores. Al punto h). Contestó: Me consta que después del siniestro se encontraban unidades de la Policía Nacional. Al punto i). Como primero nunca ha existido señales de peligro ni flechas en el sitio de Quebradablanca, ni a este lado del Puente ni al otro lado y durante el día del accidente tampoco se encontraron señales por lo que ese día bajé yo".

PEDRO CARDENAS DIAZ, trabajador de la Flota Macarena, quien viajaba con el señor Jaime Vanegas el día del accidente:

"En el mes de septiembre de 1973, se presentó un fuerte invierno y se presentó el deslizamiento de la montaña en el sitio de Quebradablanca en Cundinamarca, me consta por lo que en el mes de septiembre siempre se provoca ese invierno por lo que yo viajo con frecuencia a Villavicencio. Al punto c) Contestó: "En el mes de septiembre de 1973, había maquinaria para dar vía y obreros del Ministerio de Obras Públicas en el sitio de Quebradablanca. Al punto d). Contestó: Me consta que en el mes de septiembre de 1973, como dos meses antes ya había destruido unos vehículos la montaña de Quebradablanca, me consta todo esto por lo que yo viajo constantemente y los vi los vehículos en el agosto (sic) de 1973). Y al punto e). Contestó: En el mes de septiembre unos días controlaron el tránsito la Policía Vial tanto de día co-

mo de noche, en el Retén de Juan Rey y en la salida de Villavicencio y en Servitá, lo anterior me consta por lo que viajé en esa época. Al f). Contestó: El día 27 de septiembre de 1973 no hubo control de Policía Vial en el Retén de Juan Rey salida de Bogotá ni en Puentequetame, me consta lo anterior por lo que yo ese día viajaba con don Jaime Vanegas. Al g). Me consta personalmente que en el mes de septiembre de 1973 o todos los años se presentan deslizamientos de la montaña en el sitio de Quebradablanca. Al punto h). Contestó: Después del accidente si pusieron control de la Policía Vial para los automotores en el sitio de Quebradablanca. Al punto i). En esos días no habían puesto señales de ninguna clase en los sitios de Quebradablanca, ni antes ni después, en la actualidad si se encuentran las señales. Al punto j). Contestó: El día del siniestro la Vía estaba despejada y de repente bajó el deslizamiento de tierra y nos trancó la vía hacia adelante, nosotros quisimos sacar el carro atrás y bajó otro deslizamiento de tierra que nos trancó la vía atrás también: con tal motivo nos tocó abandonar la máquina fuimos al campamento del Ministerio de Obras Públicas, hicimos una llamada a Guayabetal para que vinieran con el cargador para destapar la vía y no llegó el cargador. Todo lo anterior me consta por lo que yo iba en el carro del señor Vanegas".

JOSE DOMINGO GOMEZ VILLALOBOS, comerciante y conductor de un camión:

"...Sí me consta que durante el mes de septiembre de 1973, se presentó un fuerte invierno que son los que hacen provocar los deslizamientos (sic) que ocurre casi todos los años. Lo anterior me consta por lo que yo vivo en Guayabetal. Al punto c). Contestó: Me consta que es bastante la maquinaria que llevan maquinaria el Ministerio de Obras Públicas y Obreros para despejar la vía y poder transitar los vehículos automotores. Al punto d). Me consta de dos (2) camiones que fueron arrastrados por el derrumbe, uno de esos camiones era de propiedad de una señora Tránsito de Chipaque en el cual perecieron un hijo de ella y dos personas más; me consta por lo que yo estuve sacando ese carro el día del accidente me parece que fue en septiembre de 1973. Al punto e). Contestó: Si, yo recuerdo que en la vía tenían una patrulla de la Policía Vial y de la Policía Nacional, arriba del derrumbe había dos o tres agentes de la Policía, en cada orilla del derrumbe de Quebradablanca; cuando uno pasaba de Bogotá a Villavicencio no permitían el paso en las horas de la noche. Al punto f). Contestó: El día 27 de septiembre de 1973 no se encontraba control de Policía, lo digo por lo que esa noche bajaba yo con el camión y no me pararon en ningún Retén, de Bogotá Villavicencio ni en Bogotá ni en Cáqueza. Al punto g). Contestó: Me consta directamente que en el mes de septiembre se producen bastantes deslizamientos debido al invierno y hay bastante peligro los el asunto de que (sic) cae mucha piedra a la Carretera y por consiguiente constituyen mucho peligro para el tráfico automotor. Lo anterior me consta por lo que yo manejo un camión y he afrontado con ese problema. Al punto h). Contestó: Después del siniestro si hubo control de Policía Nacional, por lo cual volvieron a controlar el paso de Quebradablanca. Lo anterior me consta por lo que yo es-

toy transitando todos los días por factor de negocio subiendo y bajando con mi vehículo. Ese día no habían luces en Quebradablanca los mecheros no se encontraban prendidos, por señales de deslizamiento no existían en ese tiempo los hay pero actualmente, como es el de pasar bajo su responsabilidad, no se colocaron en día". (Cuaderno Nº 2. fls. 60 vto. a 61).

Con las declaraciones anteriores se demuestra que en el mes de septiembre de 1973, época de invierno en la región de "Quebradablanca" se produjeron permanentes deslizamientos por erosión, y que el día 27 de septiembre de ese año, el señor José Domingo Gómez Villalobos vio que el bus que manejaba 'don Jaime' dentró al derrumbe y ya al terminarlo paró, yo paré el camión y le puse las luces plenas para mirar qué pasaba y me dí cuenta y observé que el bus estaba enterrado de la parte trasera, di bastante máquina para poderlo sacar sin obtener ese resultado, fue entonces cuando bajó un derrumbe a la parte trasera del bus".

Es decir las declaraciones de los señores Jaime Vanegas, conductor del bus de propiedad de la demandante, Pedro José Cárdenas, ayudante del conductor, y del señor José Domingo Gómez Villalobos, demuestran la existencia del accidente, aunque mientras los empleados de la demandante aseguran que la vía estaba despejada, el deponente Gómez afirma que el bus entró "al derrumbe" y que en ese momento estaba "lloviznando" y que se presentó un nuevo deslizamiento cuando el bus ya se encontraba enterrado dentro del material que había colocado en la carretera el derrumbe anterior al paso del bus.

Igualmente, a esos testigos les consta que el bus fue arrastrado por el lodo "hasta llegar a la orilla que fue cuando dio el bote y se nos perdió de vista debido a la oscuridad que reinaba".

Finalmente, de las declaraciones antes transcritas se desprende que no puede sostenerse que los deslizamientos ocurridos en el sitio de Quebradablanca, puedan encuadrar dentro de la definición legislativa de caso fortuito o fuerza mayor que trae la Ley 95 de 1890, por cuanto su previsibilidad por la frecuencia con que se sucedieron desde años atrás, no podrían asimilarse a terremotos, naufragios, etc. No. Los derrumbes en el sitio de "Quebradablanca" eran previsibles por la naturaleza geológica del terreno, las condiciones climáticas de la región, entre otras.

Por lo anterior, no puede aceptar la Sala lo dicho por el señor Agente del Ministerio Público, cuando expresa:

"El negocio a estudio se hace consistir la falla del servicio en que "siendo una obligación de índole constitucional de las autoridades de la República en general, y en especial de las que pertenecen a la Policía Vial y a la Policía Nacional, la primeramente mencionada como cuerpo especializado de ésta o sea de la Policía Nacional, prestar su colaboración y concurso eficaz al cumplimiento de las obligaciones legales en beneficio de la sociedad y de las personas que en ella conviven, así sea de tránsito dentro de su jurisdicción, en orden a darles protección en sus vidas, honra y bienes a efecto de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado Colombiano y de los particulares, no obstante todo lo anterior, en este caso no se prestó por negligencia y omisión de los funcionarios públicos obligados a ello".

"Según los hechos de la demanda, "El viaje se desarrolló normalmente hasta llegar al sitio de Quebradablanca a eso de las 3.00 A. M., donde estaba lloviznando y como la visibilidad lo requiriera el conductor del Bus puso luz plena para verificar el estado del trayecto y no encontrando obstáculo siguió la marcha hasta llegar como a 200 metros aproximadamente, del puente nuevo sobre Quebradablanca, cuando DE REPENTE UN ALUD DE TIERRA SE DESLIZO DE LA LOMA y le tapó el paso por delante. Inmediatamente trató de retroceder, cuando sintió un fuerte ruido al desprenderse otro alud de tierra que fue a caer en la parte trasera del vehículo automotor".

Como se ve de los hechos expuestos como fundamento de la pretensión, el actor pretende derivar la falla del servicio de la negligencia y omisión que le imputa a los funcionarios públicos obligados al mantenimiento de la carretera. Sin embargo, no cumplió con la carga probatoria de acreditar que en verdad, tal como lo afirma en su demanda, tanto el derrumbe, como los perjuicios que se afirma sufrió el propietario del Bus, lo fueron por causa imputable a la administración. Correspondía demostrar al actor, que dicho deslizamiento se derivó por falta de mantenimiento de la vía y que además, los perjuicios que sufrió fue por falta de la colaboración y ayuda de las autoridades encargadas de velar por la seguridad de las personas.

"Por el contrario, lo que se ha demostrado es que el lamentable siniestro en Quebradablanca en el año de 1973, fue catástrofe nacional, constituyéndose en un hecho notorio, exento de prueba que bien puede catalogarse como un caso fortuito, de acuerdo con la definición que del mismo da el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, ya que puede asimilarse a un naufragio, o un terremoto, que como ejemplos trae esta norma.

"Por este motivo no puede decirse que el culpable de dicho acontecimiento es el Estado, o más concretamente, las autoridades encargadas del mantenimiento de dicha carretera y que como consecuencia, se le debe condenar al pago de los perjuicios que el actor afirma haber sufrido".

Igualmente, a los declarantes Vanegas, Cárdenas y Gómez V. les consta que no existían ni señales de peligro, ni hubo destacamento de policía para impedir el tránsito por el sitio de "Quebradablanca".

Para la Sala dentro de una concepción ideal del cumplimiento de las obligaciones estatales, habría de concluirse que la Nación falla cuando permite el tránsito de automotores por una vía en donde frecuentemente se producen deslizamientos que bien pueden producir daños no sólo a los vehículos que transitan por ella sino también a las personas que viajen en aquéllos. Teóricamente, la obligación del Estado es la de construir vías seguras que permitan la comunicación de los ciudadanos entre los distintos lugares del territorio nacional y, además, hagan posible el abastecimiento de víveres, combustibles, etc. a todos los colombianos. Igualmente, sería deseable que en todas las carreteras, sitios de reunión, etc., existieran permanentemente unidades policiales que velaran por la seguridad no sólo de las personas sino también de sus bienes; y también sería de desear que en todos los sitios existieran señales de prevención de posibles accidentes, de advertencia de peligros, etc., que a cada persona se le suministrara al entrar

a una carretera planos, memorandos de advertencia, etc. Finalmente, dentro de esa "civitas solei" habría que exigir del Estado que pudiera PREVENIR los más mínimos riesgos para los asociados.

Pero si no se puede exigir que el Estado únicamente construya vías seguras y elimine los peligros potenciales de los transeuntes, si es obligación actual del Estado colombiano ACTUAR ante los peligros reales a que se encuentran sometidos los residentes en el país. Y debe actuar en primer término evitando que las personas se sometan al peligro, proporcionando soluciones que logren no tener que sortear situaciones peligrosas, vigilando que las personas no pasen por aquellos sitios y en fin asumiendo una actitud positiva ante hechos reales que pueden hacer perder la vida o los bienes de los asociados. Si como se ha dicho, el Estado posee una serie de poderes administrativos y policivos que le permiten delimitar el campo de la prestación de sus servicios, lógicamente ante verdaderas situaciones de peligro debe utilizar estos poderes, pues no debe olvidar que su primerísima obligación es la de garantizar y proteger la vida y los bienes de sus miembros. En estos casos, si no podrá exonerarse de la obligación contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, aduciendo imposibilidad física de prevenir un daño o de evitarlo.

Lo anterior lleva a concluir que el solo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios potencialmente peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, más si esa tolerancia se realiza en sitios realmente peligrosos, sí existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro.

No debe perderse de vista que el peligro que ofrecía el sitio denominado "QUEBRADABLANCA", en la carretera que de Bogotá conduce a la ciudad de Villavicencio, no era **potencial** sino una verdadera realidad: continuamente desde muchos años, se producían grandes deslizamientos en ese lugar de la carretera, y permanentemente accidentes o siniestros que dejaban numerosas víctimas. Bien puede decirse que solo la temeridad estatal mantenía libre el tránsito por esa vía, a pesar de que las autoridades no desconocían que en cualquier momento podría sucederse no ya deslizamientos sino una gran catástrofe, como se produjo meses después del evento dañoso que relata la demanda que se desata mediante esta providencia.

Permitir el tránsito por el sitio de "Quebradablanca", no era simplemente una falla administrativa de las autoridades, era incurrir en una conducta muy cercana al dolo de que habla el derecho privado; era un acto inexcusable desde todos los puntos de vista que contrariaba tajantemente el objetivo estatal de lograr el bien común.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que como el Estado, por medio de las autoridades del Ministerio de Obras Públicas —hoy de Obras Públicas y Transporte—, no cerró la vía en el sitio de "Quebradablanca", ni tampoco procuró una variante que permitiera evitar el paso por el mismo, y además, está demostrado que ese día 27 de septiembre de 1973, no controló siquiera el paso por el mismo, incurrió en una falla administrativa que compromete su responsabilidad.

Pero como de la declaración precisa, desprevenida y desinteresada del señor José Domingo Gómez Villalobos se colige que el accidente del bus número 114 de la Flota La Macarena S. A. no sólo se debió a las fallas administrativas que antes se ha estudiado, sino también a culpa del conductor del automotor, quien imprudentemente trató de sobrepasar el deslizamiento que en ese momento ocurría en el sitio de "Quebradablanca" cuando debió echar marcha hacia atrás o detener la marcha más no entrar en el área del derrumbe, la Sala ante ese hecho de la víctima deberá considerar la coexistencia de responsabilidades.

Como el hecho de la víctima por ser el trabajador dependiente de la demandante en el presente caso, por si solo no hubiera ocasionado, seguramente, los daños del automotor, ni era causa eficiente del accidente, la Sala considera que dada la calidad de la falla y de la culpa, y la gravedad de la actitud del Ministerio de Obras Públicas en permitir el tránsito por esa vía, solo puede atribuir la autoría del accidente en un treinta por ciento (30%) a la víctima, es decir, que se exonerará de responsabilidad a la Nación en ese porcentaje, correspondiéndole entonces responder del setenta por ciento (70%) de los daños a la misma.

En cuanto al daño, se tiene que aunque no se logró demostrar el quantum del mismo, de las declaraciones que obran en el proceso, así como de las facturas que aparecen en el mismo, se puede lograr establecer que con ocasión del hecho imputable al Estado colombiano y por el siniestro sufrido al vehículo automotor de propiedad de la sociedad actora, se produjeron daños en los bienes de la demandante.

La relación de causalidad entre el hecho dañoso imputable a la Nación colombiana y el daño sufrido en sus bienes por la actora es consecuencia lógica que se desprende del estudio de los dos primeros presupuestos de la falla administrativa.

Por lo anterior deberá accederse a declarar la responsabilidad estatal por el accidente ocurrido al bus número 114 de la Flota La Macarena S. A.

En cuanto al monto de los perjuicios se tiene que como no se demostró su cuantía por cuanto aunque obran en el expediente facturas de gastos ellas no fueron reconocidas por sus signatarios, deberá la condenación hacerse en abstracto, para lo cual se seguirán las siguientes pautas:

a) Se tomarán como daños los relacionados con las piezas que aparecen en las facturas que obran en autos (fl. 4 a 10 Cdno. Nº 2);

b) Por medios idóneos se establecerán los gastos de mano de obra para la reparación del vehículo 114;

c) Se establecerá el término de duración de la reparación del vehículo, sin que pueda exceder el mismo del lapso comprendido entre el 27 de septiembre de 1973 y el 22 de diciembre del mismo año;

d) Se establecerá el lucro cesante por la paralización de la actividad del vehículo automotor 114, teniendo en cuenta el documento que obra a folio 95, Cdno. Nº 2, y los datos de movilización de pasajeros de empresas similares, la frecuencia de viajes a Villavicencio u los Lla-

nos en esa época y en la anterior al acaecimiento del siniestro, los libros de contabilidad de la Empresa, etc. Igualmente se tendrán en consideración los tiempos muertos de trabajo del bus, por mantenimiento, reparaciones ordinarias, etc.

e) Los intereses del daño emergente se calcularán con base en los porcentajes señalados por la Superintendencia Bancaria (Art. 191 del Código de Procedimiento Civil).

f) Los daños (lucro cesante y daño emergente) serán de cargo de la Nación Colombiana en un setenta por ciento (70%) de su cuantía.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera del Consejo de Estado, oído el concepto del señor Fiscal 2º de la Corporación y en desacuerdo con el mismo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

PRIMERO. La Nación colombiana es responsable del setenta por ciento (70%) de los daños causados al automotor número 114 de la Flota La Macarena S. A. el día 27 de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en el sitio denominado "Quebradablanca" de la carretera que de Bogotá conduce a la ciudad de Villavicencio.

SEGUNDO. CONDENASE a la Nación colombiana a pagar a la sociedad "FLOTA LA MACARENA S. A." el monto de los perjuicios materiales por ella sufridos en el vehículo automotor número 114, en un setenta por ciento (70%) de su cuantía.

Los daños se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y teniendo en cuenta las pautas dadas en la parte motiva de este fallo.

Habilítese el papel común.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

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

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PROPIEDAD INTELECTUAL. — En qué consiste, qu'énes son los titulares. Normas legales que la establecen. Derechos, inscripciones o registros, obras pictóricas, responsabilidad del Banco de la República.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., octubre trece (13) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis**)

Referencia: Expediente 1478. Actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo. Indemnizaciones.

(Fallo discutido y aprobado en sesión del día trece (13) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977).

En ejercicio de la acción indemnizatoria que consagra el artículo 68 del C. C. A., la señora MARGARITA VILLÁ DE GOMEZ JARAMILLO, por medio de apoderado solicitó que previos los trámites de rigor y con citación y audiencia del señor Fiscal de la Corporación se hicieran las siguientes,

Declaraciones y condenas

"PRIMERO. Declarar que el Banco de la República y/o la Nación Colombiana, son administrativamente responsables de la lesión de los derechos de mi poderdante, y en general, de los perjuicios de todo orden que se causaron a mi mandante al efectuar la operación administrativa de acuñación y distribución de monedas de oro de las denominaciones de $ 300.00 y $ 500,00 conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos de Cali, monedas en las que, sin derecho y en forma irregular, se reprodujo parte de un tríptico que el maestro IGNACIO GOMEZ JARAMILLO había realizado para el Banco de la República.

SEGUNDO. Que el Banco de la República y/o la Nación Colombiana deben pagar a mi poderdante las sumas de dinero correspondientes a la participación de la que se privó en las utilidades o ganancias obtenidas en la acuñación de las monedas ya mencionadas, como las correspondientes a los perjuicios que se le causaron con la reproducción irregular, mutilada y anónima en las mismas monedas del citado tríptico, y en general, de los per-

juicios de todo orden; materiales y morales, que le ocasionaron al realizar la ya citada operación administrativa de acuñación de monedas de oro conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos.

TERCERO. Que por concepto de lucro cesante, el Banco de la República y/o la Nación Colombiana deben pagar a mi poderdante el interés mensual comercial o corriente, fijado con relación a la ciudad de Bogotá, de la suma de dinero que como valor total del daño emergente deba pagarse desde la fecha de realización de la operación administrativa hasta el día en que se haga efectivo el pago total de la suma a que se condene".

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción los narra la demanda así:

"1º Por medio de la Resolución Nº 50 de agosto 5 de 1970, la Junta Monetaria, en ejerricio de las facultades que le conferían el Decreto Ley 444 de 1967 y la Ley 22 de 1968, autorizó al Banco de la República para contratar la acuñación de monedas de oro conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos, que se celebrarían y se celebraron en la ciudad de Cali en el año de 1971.

"2º En la misma Resolución se indicaron las pautas a las que debía ceñirse el Banco de la República para tal acuñación de monedas: se determinaron los tamaños, pesos y denominaciones, y se determinó que en el anverso llevarían el emblema oficialmente escogido para los citados juegos... y en el reverso un grabado alusivo al evento deportivo, objeto de la acuñación. Por último se consignó que 'El Banco de la República definirá los demás detalles técnicos y numismáticos usuales en esta clase de acuñaciones'.

Los demás artículos de la señalada providencia mencionaban pautas sobre la venta interior y exterior de las citadas monedas, y sobre la destinación que debía dársele a las utilidades originadas en tal acuñación de monedas.

3º Al efectuar la operación administrativa de acuñación de monedas conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos celebrados en la ciudad de Cali, ordenada por la ya citada Resolución Nº 50, el Banco de la República consideró del caso reproducir y reprodujo en el reverso de las monedas de oro de las denominaciones de $ 300.00 y $ 500.00 las figuras de los dioses indígenas Bochica y Bachué, aunque no aludieran al citado evento deportivo.

4º Tales figuras fueron tomadas de un tríptico que para el Banco de la República realizó en el año de 1968, el connotado pintor colombiano Ignacio Gómez Jaramillo, tríptico basado a su vez en un fresco que para el mismo Banco había realizado en el año de 1958 el mismo maestro Gómez Jaramillo. Tal tríptico y tal fresco representaban la vida y los mitos de los indios precolombinos de Colombia.

5º Al ejecutar dichas obras para el Banco de la República, y al recibir los honorarios o derechos convenidos, el maestro Gómez Jaramillo no enajenó todos sus derechos de autor en general, ni mucho menos, el derecho de reproducir tal obra.

6º El maestro Gómez Jaramillo falleció el 18 de julio de 1970. En su sucesión, el derecho de propiedad intelectual sobre tal obra pictórica fue adjudicado a mi poderdante, doña Margarita (Margoth) Villa de Gómez Jaramillo.

7º A pesar de los hechos anteriores, el Banco de la República ni obtuvo ni solicitó autorización especial y expresa del maestro Gómez Jaramillo, ni de sus causahabientes, y actuó como si la ejecución para él de la citada obra, le hubiera conferido el pleno derecho de reproducción en la forma que más conveniente estimare.

Hay que señalar así mismo que en la acuñación mencionada, el Banco de la República no indicó el autor de la obra reproducida, ni la reprodujo completa y guardando fidelidad a la misma (un tríptico es una unidad pictórica y no tres obras diferentes, y el Banco la mutiló al reproducirla, pues solo tomó como motivos las figuras ya aludidas de los dioses Bochica y Bachué), con lo que también vulneró los derechos de mi poderdante.

8º De las monedas de $ 400.00 se acuñaron cinco mil (5.000) unidades, mientras de las monedas de $ 500.00 se acuñaron tres mil (3.000) unidades. Tales monedas se vendieron en el mercado a un precio de $ 540.00 la unidad de las primeras y a un precio de $ 1.100 la unidad de las segundas. La distribución y venta de las especies acuñadas se encomendó parcialmente al Banco Popular y en la actualidad, según los informes que se suministran al público tanto en este último Banco, como en el de la República, se encuentran completamente agotadas. Y parece que también se encuentran completamente agotada la cantidad colocada en el exterior.

9º Hasta la fecha, el Banco de la República no ha cancelado a mi poderdante, ni a ningún otro de los causahabientes del Maestro Gómez Jaramillo, suma alguna de dinero por concepto de participación en las utilidades y ganancias obtenidas con la acuñación y enajenación de las mencionadas monedas. Tampoco ha accedido a reconocer y a pagar suma alguna por concepto de cualquier otro perjuicio, o de los demás perjuicios causados a mi poderdante al reproducir las citadas figuras en la forma consignada en el numeral 7º".

Como normas violadas cita la demanda los artículos 16 y 20 de la Carta; 3º , 6º y 7º, 49 y 50 de la Ley 86 de 1946.

Admitida la demanda y notificada su admisión al señor Gerente del Banco de la República éste por medio de apoderado aceptó los hechos 1º, 4º y 6º y negó el 7º y 9º, se opuso a las pretensiones de la actora y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, caducidad, falta de inscripción y la genérica.

Practicadas las pruebas, en la oportunidad legal el señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en el sentido de que debe accederse a la súplica de la demanda y condenarse a la Nación al pago de los perjuicios.

Así mismo se realizó audiencia pública en la cual las partes expusieron ampliamente sus puntos de vista.

Para resolver se considera

Aunque como antes se dijo el señor apoderado de la parte demandada propuso una serie de excepciones, para la Sala no se aprobaron las de prescripción y caducidad ya que si el libelo se presentó el día 15 de junio de 1973 y los hechos sucedieron en el año de 1971, es lógico que lo fue dentro del término establecido en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

Por lo que hace a las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de inscripción, no pueden estudiarse como tales sino como razones para denegar o no las pretensiones del libelo. Estudiado el expediente y las alegaciones tanto del apoderado de la demandante, como del apoderado del Banco de la República se llega a la conclusión de que en el presente caso no se discute la existencia de los hechos narrados en el libelo, los cuales se encuentran debidamente comprobados y el mismo Banco los acepta.

El problema radica en saber si el Banco de la República tenía derecho a reproducir parcial o totalmente el tríptico que le había vendido el pintor Ignacio Gómez Jaramillo y si la señora Margarita Villa de Gómez Jaramillo, como heredera del citado pintor, debió percibir las regalías correspondientes a esa reproducción, a pesar de que el pintor no hizo el registro dentro del témino establecido por el artículo 87 de la Ley 86 de 1946.

Lo anterior obliga al Consejo a hacer un breve estudio sobre los denominados derechos intelectuales, su transferencia, efectos de la misma, registro y necesidad del mismo.

Se conocen con el nombre de derechos de autor o de propiedad intelectual a todos aquellos que se tienen sobre obras artísticas, científicas y literarias como las composiciones musicales, las obras cinematográficas, pinturas, fotografías, litografías, esculturas, grabados, libros, folletos, y en general toda producción del dominio artístico, científico o literario que pueda reproducirse por cualquier medio de impresión o reproducción conocido o por conocer.

Se reconoce como titular de la propiedad intelectual al autor de la obra, a sus causahabientes singulares o universales, según el artículo 3º de la Ley 86.

Es claro que los autores no pueden transferir sino la facultad de goce y de reproducción; conservan sobre la obra un derecho inalienable de control que les permite exigir la fidelidad en el texto y en el título, la mención de sus nombres y la de oponerse a toda reproducción o exhibición pública de la obra cuando se altere, mutile o modifique (Artículo 49).

Según el artículo 35 de la Constitución Nacional el derecho a la propiedad literaria y artística corresponde al autor durante su vida, y después de su fallecimiento a quienes lo hayan adquirido legítimamente por un período de 80 años (Artículo 90).

De acuerdo con el precepto constitucional citado la propiedad intelectual puede ser transferida a título gratuito u oneroso e igualmente aprovecharla con o sin fines de lucro por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión. (Artículo 6º).

De los derechos antes enunciados se desprende la facultad exclusiva que tiene el autor o sus causahabientes, de autorizar la publicación, modificación, compendio, transporte, ejecución, representación de la obra artística, científica o literaria, autorizar su adaptación a la cinematografía o a instrumentos que sirvan para reproducirla mecánicamente así mismo autorizar su ejecución pública.

Según el artículo 50 de la Ley "salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes análogos no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el cual pertenece al autor o a sus causahabientes universales".

La Ley exige la inscripción en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual hoy en la Sección de Propiedad Intelectual y Publicaciones del Ministerio de Gobierno. Se encuentran sujetas al registro las obras científicas, artísticas y literarias de dominio privado y todos los actos de enajenación, edición, traducción, etcétera, vinculados con el derecho de propiedad intelectual sobre obras que se hayan publicado (Artículo 73).

La inscripción debe hacerse dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de "el día en que terminó la impresión de la obra o fue publicada", período durante el cual la obra es protegida aunque no esté inscrita. Expirado ese plazo la protección cesa y solo puede recuperarse con la inscripción, y la reproducción, adaptación o traducción de una obra mientras no se encuentra protegida" son actos válidos y no posibles.

Señala el Decreto número 1258 de 1949 que el registro de inscripción de las obras artísticas, científicas o literarias, tiene como fines principales los de:

"A) Dar publicidad al derecho de los autores o a sus causahabientes, y a los actos y contratos que trasladan o mudan esa especie de dominio amparado por la Ley.

"B) Dar mayor garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de propiedad intelectual, y a los actos y documentos que a ellos se refieren".

Según la doctrina en la enajenación de una obra escultórica, pictórica, o de otras análogas, bien puede venderse la obra en sí o el derecho de autor. Si ocurre lo primero es claro que se trata de la venta de una propiedad corporal y "no confiere al adquirente el derecho de reproducción el cual pertenece al autor o a sus causahabientes a título universal (Art. 50)"; si se trata de lo segundo se presentará en este caso la venta del derecho de propiedad intelectual que le otorga al comprador el derecho de reproducción en forma indefinida, es decir si se trata de una obra científica o literaria podrá hacer todas las ediciones posibles, si se trata de una obra pictórica, escultórica o de artes semejantes efectuar todas las reproducciones del caso, si se trata de croquis, planos, etc., podrá hacer todas las obras que él quiera.

Para la Sala es evidente que el Banco de la República en virtud del contrato celebrado el 18 de julio de 1957 por la firma "Cuéllar Serrano Gómez Ltda", en su nombre, que obra de folio 52 a 53 del cuaderno número dos adquirió una propiedad corporal: la obra en sí, mas no la facultad de goce y reproducción que siguió en cabeza del autor.

Así mismo según consta en la Escritura número 2614 de 25 de mayo de 1973 de la Notaría 4ª de Bogotá, "el derecho de propiedad intelectual que conlleva el derecho de reproducción sobre un trabajo pictórico consiste en un tríptico (tres cuadros) hechos para el Banco de la República y tomado a su vez de un fresco realizado por la misma persona también para dicha entidad", está radicado actualmente en la señora Margarita Villa de Gómez Jaramillo.

Según las pruebas que obran a folios 22 a 23 del cuaderno número 2; 21 y 22 del cuaderno número 3, sólo el día 22 de noviembre de 1972 aparece registrado en el Libro "Pinturas, Dibujos, fotos y diseños" la partida número 146 del libro 5º Tomo II que dice: "la obra tríptico (tres cuadros) hechos para el Banco de la República. Autor Ignacio Gómez Jaramillo, heredera: Margarita (Margot) Villa de Gómez Jaramillo".

Como se ha visto en otra parte de esta providencia la obra del Maestro Gómez Jaramillo estaba sujeta a registro que debía hacerse en la forma ordenada por los artículos 74 y 78 de la Ley.

Tanto el señor apoderado de la demandante como el señor Agente del Ministerio Público sostienen que "el plazo para efectuar tal registro no se había vencido en el momento de realizar la operación administrativa y el tríptico gozaba por lo mismo de la protección de la ley" a su turno el apoderado del Banco de la República alega que el plazo se encontraba más que vencido.

Dice el abogado de la demandante: "El artículo 87 de la Ley 86 incluido en el Capítulo VI sobre Registro Nacional de Propiedad Intelectual, acápite 5, "Plazo para hacer el registro y consecuencias de su omisión", que regula la materia en relación con todo tipo de obras, establece que el registro deberá hacerse dentro de cuatro meses desde que se terminó de imprimir la obra o fue publicada.

"Como bien se ha dicho, los términos impresión y publicación en estas materias, son casi sinónimos, pues desde la Convención de Berna, se ha considerado que la publicación no es sino la difusión de la obra mediante la edición o impresión de ejemplares, con tal que sean puestos en cantidad suficiente a disposición del público (v. Enciclopedia Jurídica Omeba, T. VIII, pág. 305). En forma similar se expresa la Convención Universal en su artículo VII.

"Estos dos mismos elementos son aceptados claramente por nuestro Código de Comercio, el cual, como lo dijo la Corte Suprema en fallo de junio 11 de 1974 citando en el alegato de conclusión. Es guía para desatar materia semejante a la luz del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, Código que en su artículo 1354 al regular el contrato de edición, refiriéndose a obras literarias o artísticas, señala como elementos de la publicación la impresión gráfica y la propagación.

"Dentro del concepto de publicación, en el sentido técnico que le asigna la Ley, no puede incluirse la exposición o exhibición pública (tal

pretensión en el fondo no es más que un intento por aplicar la analogía, para configurar como sanción o pena, la pérdida de su derecho por el autor, olvidando que las normas penales son de interpretación restrictiva). El artículo 2º de la Convención Interamericana de Washington aprobada por la Ley 6ª de 1970, distingue muy claramente entre publicar y representar, recibir, exponer o ejecutar públicamente una obra.

"Pero sin ir muy lejos, esta distinción también está consagrada por la Ley 86 de 1946. Tanto el artículo 7º como el artículo 11 de la citada ley es mucho más claro cuando señala: 'Esta prohibición (la de publicar y usar de una obra) comprende **las obras no publicadas**, ni registradas, que se hayan estenografiado o **copiado durante su lectura**, ejecución o **exposición pública** o privada'. (Las subrayas no son del texto).

"En este artículo se distinguen claramente entre publicar y leer, ejecutar o exponer públicamente, y se consagra que para las obras no publicadas la exposición pública no implica publicación, ni autoriza su utilización o reproducción.

"La experiencia común por otra parte ratificada en el curso de la audiencia enseña que el margen de su exposición pública o privada, las obras pictóricas si se imprimen y se publican.

El tríptico (que se encuentra y se ha encontrado en un piso de oficinas, con acceso reservado, y no en una sala de exposición pública), como el fresco mencionado, no se había publicado en los años 1970 y 1971, y por tanto, **no estaba vencido el plazo de cuatro meses del artículo 87, y por tanto, se encontraba plenamente protegido por la Ley**".

Por su parte el señor Fiscal de la Corporación sostiene:

"Pero el artículo 87 estatuye que el registro debe hacerse dentro de los cuatro meses a contar desde el día en que terminó la impresión de la obra o fue publicada y, textualmente, expresa que 'Antes de expirar el citado término de cuatro meses el autor o sus causahabientes disfrutarán del derecho de propiedad intelectual, lo mismo que si la obra estuviera registrada'. En conclusión, puede decirse que al momento en que el Banco de la República reprodujo la pintura del Maestro Gómez Jaramillo, el derecho de propiedad intelectual sobre esta obra amparado por la Ley como si la obra se hubiera registrado, puesto que no habiéndose publicado anteriormente no había vencido el plazo para efectuar el registro".

El señor apoderado del Banco de la República refuta esa opinión así:

"Los artículos 87, 88 y 89 de la Ley (aunque de su contexto puramente literal se dedujera que, en rigor, sólo son aplicables a la propiedad intelectual de las obras literarias), también son aplicables a las obras plásticas (pintura, escultura, ornamentación), pues siendo dicha ley protectora de la propiedad intelectual genéricamente considerada, no se ve por qué el legislador hubiera otorgado una mejor protección a las obras de la literatura, y una

menor a las de la música y plástica. Pero entonces la ley hay que interpretarla racionalmente, de acuerdo con la realidad de los hechos a los cuales se aplica, y en consecuencia debe tenerse en cuenta que las expresiones **imprimir** o **publicar** que corresponden al proceso de impresión y emisión a la luz pública de las obras literarias (libros, folletos, cuadernos, revistas, etc.), no corresponden precisamente a la operación de elaborar, dar a la luz y poner al alcance de la admiración del público las obras pictóricas y en general las obras plásticas.

En suma: mientras el origen o nacimiento de las obras literarias se produce por la impresión o publicación, el nacimiento u origen de las obras pictóricas, escultóricas y ornamentales (es decir de las obras plásticas) se produce por la inauguración, la presentación, la exhibición, la exposición, la desvelación (correr el velo) o el descubrimiento. En resumen puede decirse que publicar (dar a luz pública) un cuadro consiste en realizar su primera y definitiva entrega a la contemplación del público mediante la operación consistente en presentarlo, exhibirlo, exponerlo, desvelarlo o descubrirlo. A diario vemos estas operaciones en las salas y galerías de arte, lo mismo que la desvelación o descubrimiento de cuadros, murales, estatuas, bustos, etc., por altas personalidades.

"Tal es la interpretación que la lógica jurídica reclama y que el sentido común respalda cuando se aplican los artículos 87 y siguientes a las obras plásticas, pues sería contrario a la naturaleza de las cosas entender que un mural, una pintura, una estatua, nacieran a la vida de la contemplación estética del público que va a admitirlas mediante el proceso mecánico de las dos prensas inventado por Guttemberg en 1640, proceso que consiste en la impresión o publicación de los libros".

La Sala estima que sí existe una obligación de registro para las obras artísticas, al igual que las científicas y literarias no puede darse a la expresión "desde el día en que terminó la impresión de la obra o fue publicada" la interpretación que le atribuyen tanto el apoderado de la actora como el señor Fiscal de la Corporación.

Si publicación según el diccionario de la Real Academia Española es "Acción y efecto de publicar. 2. Obra literaria o artística publicada". Y publicar es "Hacer notoria o patente por voz de pregonero o por otros medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos. 2. Hacer patente y manifiesta al público una cosa. Publicar la sentencia. 3. Revelar o decir lo que estaba secreto u oculta y se debía callar... 5. Difundir por medio de la imprenta u otro procedimiento cualquiera, un escrito, estampa, etc.",. tiene que concluirse que es sinónimo de exhibición, acción y efecto de exhibir, que según el mismo Diccionario es "Manifestar, mostrar en público" y de exposición que es "Manifestación pública de artículos de industria o de artes y ciencias, para estimular la producción, el comercio o la cultura" y exponer no es nada diferente a "presentar una cosa para que sea vista, ponerla de manifiesto".

Luego debe concluirse que las obras de arte se publican cuando se exhiben o se exponen. Por ello el término de cuatro meses de que habla el artículo 87 debe contarse a partir de la realización de esos actos.

Si no se aceptare que las obras artísticas se publican cuando se exponen o exhiben, y sucede que en muy pocas ocasiones ellas se publican en el sentido material de editarse o imprimirse en folletos, libros, etc., se llegaría a una conclusión: que el legislador consagra la obligación de registrarla, sanciona el no registro, pero no determina plazo para efectuarlo en tratándose de pinturas, esculturas, etc., lo que conduciría más bien a sostener que la obligación de registrar la obra nace desde el mismo momento en que se termina su confección.

Indiscutiblemente, como consta en la carta que en fotocopia obra a folio 35 del cuaderno número 2 el fresco que ejecutó inicialmente el maestro Gómez Jaramillo de una obra situado "en el vestíbulo del Museo de Oro del nuevo edificio para el Banco de la República", y así mismo se consagra en el contrato celebrado en junio de 1957. Siendo un museo "un lugar donde con fines exclusivamente culturales se guardan y exponen objetos notables, pertenecientes a las ciencias y artes; como pinturas, medallas, máquinas, armas, etc.", al estar la pintura a la entrada del edificio y ser el mismo un lugar abierto al público, tiene que concluirse que debió ser registrado dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la inauguración, bien del museo o bien del fresco.

Mas como el tríptico realizado en 1958 fue destruido en 1968, y en este año el pintor realizó uno nuevo, en las nuevas instalaciones que resulta ser una nueva obra del artista, debe indagarse si ella fue publicada es decir expuesta al público. En la diligencia de inspección judicial realizada el día 9 de septiembre de 1974, el Consejo observó:

> "Al efecto en el cuarto piso de esta edificación del Museo del Oro —Patio Central— en la zona de oficinas se encuentra recostado sobre el muro oriental un tríptico al óleo sobre lienzo que coincide exactamente con la fotografía que obra en el expediente al folio 33 del cuaderno número 2. En el extremo de mayor extensión o cuadro mayor del tríptico se encuentra la figura de Bochica y en el menor la figura de Bachué. En la figura o cuadro central en donde se representa la fundición de oro aparece la firma del Maestro Ignacio Gómez Jaramillo y entre guiones el número '68'. Se comparó así mismo con el folleto que obra a folio 7º de este cuaderno sobre reproducción litográfica autenticada y pudo observarse que la figura de Bachué que aparece en el tríptico es la misma figura que se encuentra en dicho folleto y que corresponde a la moneda de $ 500.00 pesos y que la figura de Bochica es la misma que aparece en el reverso de la moneda de $ 300.00 pesos. También pudo observarse que el tríptico esta colocado en el cuarto piso del Museo del Oro destinado a oficinas y en donde **normalmente no tiene acceso el público pues no se trata de una Sala de exhibición**".

No obra en autos pruebas que permitan deducir que la obra durante los años comprendidos entre 1968 y 1971, cuando se realizó la exornación de parte de ella en las monedas para los Juegos Panamericanos hubiera sido expuesta o exhibida.

De ahí que bien puede sostenerse que no encontrándose el tríptico en un lugar abierto al público ni haberse expuesto o exhibido, los cuatro meses de que trata el artículo 87 no habían comenzado a correr.

En otras palabras cuando una obra de arte es confeccionada, aunque se enajene, solo nace la obligación de registrarla a partir del momento en que ella se publique, es decir, se exponga o exhiba. Antes, la propiedad intelectual es de su autor, como lo es siempre aunque no se haya cumplido con la obligación del registro siendo ya pública, y ninguna persona puede válidamente reproducirla o aprovecharse de ella.

Pero sí como se reconoce en el artículo 7º del Decreto 1258 el registro sólo tiene como fines principales de dar publicidad al derecho de los autores y a los actos y contratos que cambien su dominio, sólo los terceros podrán alegar el no registro como causa válida para exonerarse de responsabilidad por reproducciones o adaptaciones que hayan hecho. En efecto la misma Ley 86 en su artículo 88 expresa: que "pero las ediciones, adaptaciones, traducciones, compendios, etc., que de la obra HAYAN HECHO TERCEROS después de haber transcurrido cuatro meses de su impresión o publicación, sin ser competentemente inscrita en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, son actos válidos y no punibles".

De ahí que quienes hayan adquirido la obra por acto traslaticio del autor no pueden alegar el hecho de la no inscripción para reproducciones, traducciones, copilaciones, etc., que no tenían derecho a hacer.

Y si esto se dice de las relaciones entre particulares, qué podrá afirmarse cuando quien ha adquirido la obra es una persona de derecho público, que como principal obligación tiene la de proteger la vida y bienes de las personas que residen en el país?

Lo anterior lleva a la conclusión de que el Banco de la República, como carecía de derecho de reproducción del tríptico del pintor Gómez Jaramillo ,no podía legalmente acuñar las monedas conmemorativas de los Juegos Panamericanos exornando la figura de la Diosa Bachué y del Dios Bochica que hacían parte del tríptico, ni podía alegar que esa obra era del dominio público, pues no había vencido el plazo para su registro. Pero aún en el supuesto de que dicho plazo se hallare más que vencido, el Banco no podría alegar el desconocimiento de la autoría del tríptico cuando reprodujo parcialmente las figuras de los dioses antes citados.

Por ello, si el Banco de la República utilizó un derecho de propiedad intelectual que no le había sido concedido por su titular, y de ahí derivó ventajas económicas, no puede concluirse nada distinto a que debe indemnizar por esa conducta al propietario del citado derecho intelectual de los perjuicios que le irrogó.

Por tanto en la parte resolutiva de esta providencia se declarará la responsabilidad del citado Banco, y no de la Nación como lo pide el señor Agente del Ministerio Público, ya que aunque la Nación se pudo beneficiar de las utilidades del hecho dañoso, el autor del daño fue exclusivamente el Banco de la República, que entre otras cosas violó el artículo 2º de la Resolución Nº 50 de 1970 de la Junta Monetaria, que le ordenaba acuñar en el reverso de las monedas de oro "un grabado alusivo al evento deportivo, objeto de la acuñación".

Establecida la responsabilidad del ente estatal se pasa a estudiar el monto de los perjuicios, que por razón del hecho dañoso sufrió la demandante.

Los Perjuicios

En casos de responsabilidad por hechos de la Administración deben distinguirse dos clases de perjuicios, los perjuicios morales y los materiales.

Los primeros están constituidos por el dolor que representa para una persona la producción de un hecho ilícito, el desconocimiento de un derecho que ella tiene, etcétera.

Los daños materiales, según constante jurisprudencia del Consejo de Estado, están constituidos no solo por la privación de la suma de dinero que hubiera podido recibir la demandante (daño emergente) sino también por las utilidades que hubiese reportado de dicha suma (lucro cesante).

En cuanto a los perjuicios morales la Sala estima que no se produjeron, ya que la reproducción, si bien se hizo sin la aquiescencia de la parte actora, se efectuó con todo el cuidado y la precisión necesarios para guardar la fidelidad de algunas de las figuras pintadas en el tríptico original. Cosa distinta hubiera sido que la reproducción se hubiera hecho toscamente o en edición infamante o sobre material vil. De allí que en lugar de un perjuicio o afección moral podría hablarse de un beneficio de esta misma índole, por la reproducción de tales figuras en monedas intrínseca y extrínsecamente superiores a las ordinarias y de circulación no sólo nacional sino extranjera, dado su carácter conmemorativo de unos juegos deportivos de trascendencia continental como fueron los Panamericanos de Cali.

Es claro que la demandante con la conducta asumida por el Banco de acuñar las monedas de $ 300.00 y $ 500.00, con reproducciones parciales del tríptico, de cuya propiedad intelectual es titular, dejó de percibir las regalías correspondientes y las utilidades que ese capital le reportaría.

Mas como en los autos no obran las pruebas que permitan hacer una condena en concreto por este aspecto, se condenará en abstracto al pago de los daños materiales, para que ellos se liquiden dentro del incidente de que tratan los artículos 308 y ss. del Código de Procedimiento Civil para lo cual se seguirán entre otras las siguientes pautas:

a) Se tomarán las pruebas que obran en el expediente sobre número de monedas acuñadas y número de monedas vendidas;

b) Se buscarán los precios reales de venta de las monedas tanto en Colombia como en el extranjero;

c) Se tendrá en cuenta la Resolución número 50 de agosto 5 de 1978, para el cálculo de la regalía;

d) Igualmente se tendrán en cuenta las certificaciones expedidas por el Banco de la República que obran a folios 30 a 32 y 75 a 77 del cuaderno número 2;

e) El lucro cesante no podrá exceder del monto de los intereses corrientes.

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

Falla:

PRIMERO. No hay lugar a declarar probadas las excepciones propuestas por el apoderado del Banco de la República.

SEGUNDO. El Banco de la República es responsable de los daños sufridos por la señora MARGARITA (MARGOTH) VILLA DE GOMEZ JARAMILLO, con ocasión de la acuñación de las monedas de $ 300.00 y $ 500.00 de oro, conmemorativas de los VI Juegos Panamericanos de 1971, monedas en las que se reprodujo parcialmente el tríptico elaborado por el señor Ignacio Gómez Jaramillo para el Banco de la República.

En consecuencia, condénase al BANCO DE LA REPUBLICA a pagar a la citada señora, o a quien sus derechos represente, el monto total de los perjuicios materiales por ella sufridos.

La tasación de los mismos se hará mediante incidente posterior de liquidación de que trata el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil la cual deberá presentarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, siguiendo las pautas expresadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO. Deniéganse las pretensiones del libelo en cuanto se refiere a la Nación Colombiana.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

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

Víctor M Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR FALLA DEL SERVICIO. — Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. Al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. No cabe la suspensión del proceso mientras se decide la cuestión penal.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E. noviembre veintinueve (29) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Exp. Nº 2207. Actor: Luis Hernando Herrera Silva.

Contra el auto de 2 de agosto del presente año el señor apoderado de la parte actora interpone recurso de súplica. En el mencionado proveído el señor Consejero ponente ordena la suspensión del proceso con base en los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil y por razones de prejudicialidad.

Para el suplicante el fenómeno no se presenta, porque: a) Aquella norma exige una incidencia necesaria del fallo penal sobre el civil o el administrativo; b) La tesis de la falla del servicio está basada en la culpa anónima de la administración no imputable a persona en particular; c) La responsabilidad estatal derivada de la pérdida, entrega equivocada o avería de la mercancía depositada en las bodegas oficiales, tiene su apoyo en la ley, concretamente en el artículo 2º del Decreto 630 de 1942.

Para la Sala, la suspensión no es procedente y estima que la razón está de parte de la demandante, como pasa a explicarse:

Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un

funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración; desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos. De allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima).

El hecho de que el daño en ciertos casos se pueda imputar a un agente determinado, no desvirtúa lo aquí expuesto, sino que establece una relación de solidaridad entre dicho agente y la administración.

La jurisprudencia del Consejo a ese respecto tampoco deja lugar a dudas. En sentencia de julio 16 de 1966 con ponencia del doctor Carlos Portocarrero Mutis sostuvo la Corporación:

"No obstante que la redacción del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal vincula la suspensión del proceso que ordena el inciso 2º, a la hipótesis contemplada en el 1º, de que en el curso de un proceso civil o administrativo se presente un ilícito, la jurisprudencia ha aceptado que se pueda decretar aquella suspensión aún en los casos de la existencia de un proceso penal previo al civil, relacionando, sin duda, el citado artículo 11 con el 28 **ibídem**. Y ello está bien, pues que milita la misma razón de evitar el 'desmedro de la autoridad' que podría derivar de la producción de decisiones contradictorias sobre un mismo hecho. Pero es por demás obvio que la contradicción de las decisiones tiene como supuesto necesario la identidad de las personas que en uno y otro proceso figuran como sujetos pasivos de las respectivas acciones. Ahora bien, en el presente juicio no aparecen como demandados los soldados que hirieron al demandante, sino la Nación, y, ésta, dentro de la actual jurisprudencia de la Sala, respondería directamente por una supuesta 'culpa del servicio', y no como un tercero de quien dependieran los soldados. En la aludida noción de culpa, por cierto, no es necesario precisar las personas concretas por cuya obra se produce el daño, sino basta la comprobación de un proceder genérico culposo en la administración como tal frente al perjuicio de cuya indemnización se trata. No existiendo, pues, identidad de sujetos pasivos en la acción penal y la civil, no hay posibilidad de que se produzcan decisiones contradictorias. Por tanto, no hay necesidad de supeditar este proceso a lo que se decida en el penal que cursa contra los soldados, y por ende, no debe ser suspendido".

Tampoco cabe la cuestión prejudicial, y con mayor razón, cuando el fundamento de la acción indemnizatoria sea el rompimiento del principio de la igualdad frente a los cargos públicos; extremo este que compromete la responsabilidad de la administración con prescindencia del concepto de la culpa. En estas hipótesis la responsabilidad es objetiva y para nada incide la decisión final que se tome frente a la persona

que directamente produjo el daño.De allí que sea indiferente que la justicia penal decida si un determinado agente actuó correctamente o si, por el contrario, lo hizo en forma culposa o intencional.

Pero si claros los anteriores conceptos ellos se vuelven diáfanos frente a la responsabilidad estatal por el incumplimiento de los deberes que le incumben frente a la mercancía depositada (depósito necesario) en bodegas oficiales. Esta responsabilidad es objetiva, prescinde de la noción de culpa personal del agente como de la administración y ésta deberá responder por la pérdida, entrega equivocada o deterioro, pudiéndose exonerar sólo por fuerza mayor, evaporación y deterioro natural o culpa de la víctima nacida del empaque defectuoso, inadecuado, poca consistencia o mal confeccionado. Esta calificación se deriva del artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que subroga el artículo 55 de la Ley 79 de 1931. En este tipo de responsabilidad se descuenta como elemento exculpativo **el hecho de tercero.** Sobra, pues, pensar en que cabe la suspensión del proceso mientras se decida cuestión penal que no tiene nada que ver con la presente controversia.

Por lo expuesto, la Sala de decisión,

Resuelve:

Revócase el auto de 2 de agosto del presente año. En su lugar, se ordena que continúe el trámite del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Discutido y aprobado en reunión efectuada el día 17 de noviembre de 1977.

Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango. —No asistió con excusa—.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — Por la índole de las actividades cumplidas por la entidad pública. Competencia del Consejo de Estado para conocer de controversias que se susciten con las Empresas Comerciales e Industriales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, según la cuantía.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Expediente Nº 2200. Actor: La Previsora, Compañía de Seguros.

Contra el auto de 17 de septiembre del presente año, mediante el cual no se decreta la nulidad por falta de jurisdicción interpone el señor Fiscal colaborador el recurso de súplica.

Sostiene en el escrito correspondiente que el Decreto 561 de 1975 al convertir a Puertos de Colombia en Empresa Comercial del Estado, adscribió el conocimiento de sus controversias a la justicia ordinaria, cualquiera hubiera sido la fecha de ocurrencia de los hechos.

Para resolver, se considera

a) Aunque la Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959 fue organizada como establecimiento público mediante el Decreto 3160 de 1968, el Decreto 561 de 25 de marzo de 1975 la reestructuró como Empresa comercial del Estado (Art. 1º);

b) Este mismo carácter se reafirma en el Decreto 972 de mayo 26 de ese mismo año, mediante el cual se aprueban sus estatutos (Art. 2º). Allí mismo se dispone que la reorganización de la entidad se hace con fundamento en lo que disponen los Decretos 2050 y 3130 de 1968 y 561 de 1975;

c) La calificación como empresa comercial hace que Puertos de Colombia tenga un régimen jurídico especial, fluctuante entre el derecho público y el privado, que no es otro que el contemplado en los artículos 43, 44 y 45 del Decreto 972;

d) Este régimen, fundamentalmente, coincide con el general establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado en los artículos 31, 34 y 36 del Decreto 3130 de 1968;

e) Para los efectos del proceso de la referencia interesa el artículo 29 del Decreto 561, ya que allí se dispone que "los actos que realice la empresa para el desarrollo de sus actividades comerciales están sujetos a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Los que realice para el cumplimiento de sus funciones administrativas que le confió la Ley, son actos administrativos".

De conformidad con el decreto antecitado Puertos de Colombia tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación y vigilancia de los terminales marítimos (Art. 2º, inc. 2º). Y para el cumplimiento de tales objetivos podrá, entre otras funciones, **prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga;**

f) Aunque el suscrito ponente tuvo sus dudas iniciales sobre la jurisdicción adecuada para conocer de este tipo de controversias, ellas se despejaron no sólo después de armonizar los artículos 30 y 32 del Decreto 528 de 1964 con los Decretos 3130 de 1968 y 561 de 1975, sino del reestudio de las juiciosas observaciones expuestas por la Sala de decisión del doctor Portocarrero en asuntos similares relacionados con Puertos de Colombia.

De este análisis resulta que si bien el Decreto 528 fijó la competencia para las acciones de responsabilidad extracontractual con base en el factor subjetivo (sólo eran demandables ante esta jurisdicción los entes territoriales y los establecimientos públicos), los últimos decretos ampliaron el criterio con la introducción del factor objetivo (por la índole de las actividades cumplidas por el ente público) hasta el punto que, en ciertos eventos, las empresas comerciales e industriales del Estado (tal el caso de Puertos de Colombia a partir del Decreto 561 de 1975) y las sociedades de economía mixta puedan ser demandadas ante los Tribunales administrativos o el Consejo de Estado, según la cuantía.

La responsabilidad por las averías que sufre la mercancía depositada en terminal marítimo adscrito a Puertos de Colombia o por la pérdida de la misma, es imputable a esta entidad, ya que por ley le compete la administración de las bodegas de los puertos, sobre los cuales tiene la responsabilidad total del manejo de la carga.

La actividad cumplida por Puertos de Colombia en la etapa de nacionalización de la mercancía y de liquidación y cobro de los derechos de aduana es pura y simplemente administrativa. De allí que las controversias que se desprendan de ese depósito obligado y de los trámites de nacionalización y aforo sean del recorte de esta jurisdicción. Esto, con prescindencia de la fecha de los acontecimientos.

Se refuerza aún más lo dicho con lo que disponen los artículos 55 de la Ley 79 de 1931 y 2º del Decreto 630 de 1942, sobre responsabilidad objetiva del Estado por pérdida, deterioro o entrega equivocada de la mercancía depositada en bodegas oficiales.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

Resuelve:

Confírmase el auto de 17 de septiembre del presente año, dictado por el doctor Osvaldo Abello Noguera, en su carácter de sustanciador

del proceso de la referencia, y por el cual no se decretó nulidad por falta de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango. —No asistió con excusa—.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

ELECTORALES. — Objeto, sentido y alcance de la acción electoral. La acción electoral es objetiva, pública y popular. No hay norma legal que limite ese derecho o que exija un interés jurídico especial concreto, en la persona que lo ejercita. Caducidad de la acción. El auto admisorio de la demanda se notifica personalmente sólo al demandante y al agente del Ministerio Público (Ley 167 de 1941 Artículo 217). En los negocios electorales en primera y segunda instancia, no son admisibles las articulaciones comunes y los impedimentos y recusaciones podrán promoverse desde que se fija en lista el negocio hasta la ejecutoria del auto de citación para sentencia (Art. 241 ibídem). El juez tiene la facultad y el deber de citar personalmente al sujeto cuyas calidades se discuten, no para darle oportunidad de defender derecho individual alguno, sino para asegurar la idoneidad de la elección que en tales eventos significa la legalidad del elegido para con el elector, (cuando la prueba dependa de una afirmación o una negación indefinidas).

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado)**

Referencia: Radicación Nº 276. Electoral. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros.

Por medio de providencia del 19 de abril de 1975, se dispuso poner en conocimiento de las partes, por el término legal, la causal de nulidad prescrita por el artículo 113, ordinal 3º, del Código Contencioso Administrativo, pues en concepto de la Sala se debió citar a la señora María Cristina Leyva de Pugnilue posible afectada con la sentencia que ponga fin al proceso, mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda.

Como consta en el expediente, la señora Leyva de Pugnilue fue notificada de la determinación de la Sala y en el auto de la notificación solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado.

Como el proyecto de auto presentado por el consejero ponente resultó negado por la Sala Plena, ha pasado a despacho del suscrito consejero para nuevo proyecto.

Se considera

El objeto primordial, quizás exclusivo que se propuso el Legislador al instituir una acción como la que aquí se adelanta, fue la preservación de la legalidad en el proceso electoral, ya que la manifestación de voluntad de la comunidad en un régimen democrático como el nuestro, es el derecho más sagrado.

La acción electoral es objetiva, pública, es un contencioso popular abierto a todas las personas que quieran ejercitarlo, sin que exista norma legal alguna que limite ese derecho o que exija un interés jurídico especial, concreto, en la persona que lo ejercita.

Cuando la ley estableció que la acción pública electoral caduca en el breve lapso de diez días, lo hizo por tratarse precisamente de la conformación de los organismos del Estado cuyo funcionamiento no puede quedar sometido a una situación de indefinida incertidumbre, lo que sucedería si no se estableciera ese término perentorio de caducidad. Por lo mismo, en el artículo 217 de la Ley 167 de 1941 se dice expresamente que el auto admisorio de la demanda se notifica personalmente al demandante y al Agente del Ministerio Público, no dice que deba hacerse a otras partes, y en el artículo 241 se expresa con toda claridad que en los negocios electorales, así en primera como en segunda instancia, no son admisibles las articulaciones comunes y que los impedimentos y recusaciones podrán promoverse desde que se fije en lista el negocio hasta la ejecutoria del auto de citación para sentencia.

Los preceptos citados y la doctrina brevemente expuesta no impiden que si no comparece espontáneamente sea llamada al proceso la persona cuyas calidades individuales, exigidas por la Constitución o por la Ley, sean el motivo de la impugnación electoral y siempre que la prueba dependa de una afirmación o una negación indefinida como si el sujeto no ha sido profesor o no ha ejercido alguna profesión con título universitario. En esos casos el juez tiene la facultad y el deber de citar personalmente al sujeto cuyas calidades se discuten no para darle oportunidad de defender derecho individual alguno sino para asegurar la idoneidad de la elección que en tales eventos significa la lealtad del elegido para con el elector que es uno de los elementos de la fidelidad que merece y necesita la protección judicial. En otras palabras, la pureza del sufragio también está vinculada a la defensa del elector respecto de la honestidad del elegido cuando al aceptar la inscripción de su candidatura afirmó implícitamente cumplir con todas las condiciones constitucionales y legales para merecer el voto de sus conciudadanos.

Por consiguiente, en sentir de la Sala, no es necesaria la comparecencia al juicio de la señora María Cristina Leyva de Pugnilue, posible afectada con las resultas del presente juicio, por cuanto la ley no la establece y, de otra parte, se haría en verdad nugatorio el sentido y alcance de la acción electoral, pues el proceso podría someterse a una inútil dilación y no ser tramitado ni fallado en la oportunidad debida.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sesión Plena,

Resuelve:

NO DECLARAR LA NULIDAD PROPUESTA.

Cópiese, notifíquese y continúe el juicio su normal tramitación.

Constar que el anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sesión celebrada el día 23 de agosto de 1977.

Miguel Lleras Pizarro, Samuel Buitrago Hurtado, Alfonso Arango Henao, —No asistió (excusa)—; *Osvaldo Abello Noguera,* (Salvó Voto); *Carlos Betancur Jaramillo,* (Salvó Voto); *Nemesio Camacho Rodríguez, Francisco Zuleta Holguín,* —Conjuez—; *Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla,* (Salvó Voto); *Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya,* (Salvó Voto); *Carlos Portocarrero Mutis,* (Salvó Voto); *Carlos Aníbal Restrepo S.,* —No asistió (excusa); *Gustavo Salazar Tapiero,* (Salvó Voto); *Alvaro Pérez Vives,* (Salvó Voto); *Jorge Valencia Arango.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario General Encargado.

ELECTORALES. — SALVAMENTO DE VOTO. — No puede exigirse la notificación de la demanda a todas las posibles e hipotéticamente afectadas, en los procesos electorales en los que se controvierte la legalidad del acto respectivo en acción pública de nulidad, por cuanto no es posible, saber con exactitud, de manera previa quién o quiénes serán los afectados con el nuevo escrutinio ordenado por la sentencia.

Expediente Nº 276. Actor: Gerardo Bernal Castaño.

Comparto las tesis expuestas por los doctores Nemesio Camacho, Miguel Lleras y Bernardo Ortiz Amaya, las cuales se complementan unas a otras, y demuestran que en el presente caso no es de rigor citar a los concejales elegidos al Concejo de Bogotá, ni a determinado concejal, en particular, por cuanto no es posible saber con exactitud, de manera previa, quién o quiénes serán los afectados con el nuevo escrutinio ordenado por la sentencia recurrida.

En estos procesos electorales, en los que se controvierte la legalidad del acto respectivo en acción pública de nulidad, aunque se indique a determinado candidato de los elegidos como destinado a perder su curul, el resultado del escrutinio que debe practicarse en ejecución de la sentencia que lo ordena es impredecible, por lo cual no puede exigirse la notificación de la demanda a todos los posible e hipotéticamente afectados.

Otra es la situación cuando a determinado candidato se le niegan las calidades constitucionales para ser elegido o cuando se pide que se declare que determinada lista de candidatos no fue legalmente inscrita, que es a lo que se refiere la jurisprudencia invocada por el fallo, porque entonces sí se ataca de manera cierta la credencial de determinada persona.

Alvaro Pérez Vives, Consejero de Estado.

ELECTORALES. — SALVAMENTO DE VOTO. — Los procesos electorales relacionados con la elección de miembros de corporaciones, tienen como finalidad impugnar el acto electoral en sí, con su escrutinio correspondiente.

Referencia: Expediente Nº 276. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros. Electoral.

El suscrito Consejero entiende que los procesos electorales relacionados con la elección de miembros de corporaciones, tienen como finalidad impugnar el acto electoral en sí, con su escrutinio correspondiente.

No interesa que la demanda esté enderezada a discutir la credencial de determinada persona, por cuanto que la pretensión se dirige a obtener la modificación del escrutinio y de los resultados del acto electoral.

Por esa razón y porque así lo dice además expresamente la ley, el suscrito considera que este tipo de acción es pública y la puede ejercer cualquier ciudadano, con interés jurídico directo o sin él en las resultas del proceso.

Cualquier acción que se ejercite con el objeto de modificar los escrutinios en las elecciones de los miembros de cualquier tipo de corporación, ataca el acto independientemente de quienes se perjudiquen o se favorezcan con su resultado; y por lo tanto, no puede sostenerse que existe legítimo contradictor a quien sea necesario notificarle la admisión de la demanda para establecer la relación procesal correspondiente. No importa si en la misma demanda se señalan las personas que pueden ser afectadas por el fallo.

Por el contrario cuando se solicita la nulidad de un acto electoral o de un nombramiento, en atención a las calidades constitucionales o legales del nombrado o del elegido, no es propiamente al acto electoral al que se ataca sino el título otorgado a persona que no puede desempeñar el cargo por disposición legal. Sólo en ese caso se entiende que deba ser notificado el interesado, para establecer la relación procesal necesaria.

Por las anteriores razones, aun cuando el auto aprobado por la mayoría de la Sala es de simple trámite está abriendo un incidente

de nulidad por falta de notificación, que nó se compadece con el criterio fijado anteriormente y con el objetivo de rapidez y eficacia en la administración de justicia en materia electoral.

Por ello con el mayor respeto ante el criterio de la mayoría salvo el voto.

Bogotá, D. E., mayo 2 de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya

ELECTORALES. — SALVAMENTO DE VOTO. — NULIDAD PROCESAL. — En el proceso administrativo existen dos salidas para decretar una nulidad procesal. La una contemplada en el artículo 118 del C. C. A. que se refiere a la declaratoria oficiosa y la otra, o incidental, regulada en el artículo 119.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Expediente Nº 276. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros.

Me separo con todo respeto de la decisión mayoritaria ya que estimo que la nulidad debió decretarse.

En el proceso administrativo existen fundamentalmente dos salidas para decretar una nulidad procesal. La una, contemplada en el artículo 118 del C. C. A., que se refiere a la declaratoria oficiosa; y la otra, o incidental, regulada en el artículo siguiente.

Estas hipótesis varían en su tratamiento.

Mientras en la oficiosa, el juzgador parte de la existencia de la nulidad (la declara) y ordena ponerla en conocimiento de las partes, no para que estimen si hay o no nulidad sino para que manifiesten si la allanan o no; en el incidente, las partes o el Ministerio Público estiman que hay nulidad y le piden al juez que la declare previa la tramitación de ley. En otros términos, en los casos del 118 el trámite se inicia con la declaratoria judicial de nulidad, ya existe ésta. En cambio, en el evento contemplado en el 119 la nulidad, de existir, sólo será declarada al final del incidente.

Se dirá que la declaratoria oficiosa tiene entonces un doble pronunciamiento: el inicial cuando el juez pone en conocimiento de la parte la causal de nulidad y el final luego de que la parte notificada personalmente guarde silencio o manifieste expresamente su voluntad de allanar. La respuesta es afirmativa, pero las dos decisiones tienen alcance diferente. El primero califica la nulidad, la afirma o declara. El segundo, por el silencio o el no allanamiento expreso, no hace sino reafirmarla porque la parte no quiso sanearla, mejor, quiso que se mantuviera. En otros términos, en el caso del 118 el juez razona así: Existe nulidad, pero como es allanable la pongo en conocimiento de la parte para que manifieste si la sanea o no. En caso afirmativo, declara que la nulidad que existía fue purgada por quien podía hacerlo y que el proceso puede seguir su curso. En caso negativo, de-

clara que la nulidad subsiste porque la parte no quiso sanear. Aquí no vuelve a estudiar si los hechos configuran la nulidad.

Tan cierto es esto que cuando la causal de nulidad es inallanable, el juez deberá decretarla de plano y no podrá mediante un auto indagar a las partes si se da o no la nulidad.

En el proceso de la referencia la declaratoria de nulidad se produjo mediante el auto de 19 de abril del presente año (fol. 207) y ante la expresa manifestación hecha por la señora Leyva Pugnilue en el sentido de que fuera decretada la nulidad, la Corporación, en principio, no tenía otra alternativa que reafirmar esa nulidad. Tal es el texto del artículo 118, cuyo contenido coincide esencialmente con el 157 del Código de Procedimiento Civil.

Lo afirmado no obsta para que en casos de error en el primer pronunciamiento, la Sala, luego de reestudiar la causal rectifique su posición inicial. Pero esto no sucedió aquí.

Respetuosamente,

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D. E., septiembre dos de mil novecientos setenta y siete.

ELECTORALES. — PARTES. — INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO. — (218 C. C. A.). — Salvamento de Voto.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago**)

Referencia: Expediente Nº 276.

Considero que al no haberse allanado la causal de nulidad, le correspondía a la Sala declararla.

Fundo mi opinión en las siguientes razones:

1ª) La pretensión electoral, que se formula en ejercicio de una acción pública, da lugar a un verdadero proceso que, en nuestro derecho, se denomina **juicio electoral** (Cap. XX C. C. A.).

2ª) La institución del proceso es inconcebible sin uno de sus elementos fundamentales, como son **Las partes.** El C. C. A. reconoce paladinamente la existencia de partes en el artículo 218.

3ª) La concurrencia de partes determina que también el llamado juicio electoral deban aplicarse todos los principios generales del Derecho Procesal relativos a aquéllas, salvo disposición expresa de la Ley, en contrario.

4ª) Uno de esos principios es el que obliga a integrar cabalmente el contradictorio, en el caso del **Litis Consorcio** (artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil).

5ª) Cuando se pide la declaración de nulidad de una elección, es evidente que la pretensión no sólo se dirige de manera principal contra la entidad administrativa que profirió el acto, sino también contra la persona que ostenta la calidad jurídica de elegido, pues entre el acto y la situación personal que de él se deriva, existe una relación de causalidad indisoluble. Esta circunstancia determina que el elegido deba ser también parte principal en el proceso y que sin su citación no sea posible integrar el contradictorio, pues se configura el fenómeno del **Litis Consorcio** pasivo con carácter de necesario.

6ª) El artículo 217 del C. C. A. debe interpretarse en armonía con los principios generales del derecho procesal, como lo preceptúa el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil; por consiguiente, si una regla general del proceso impone la integración del contradictorio con

el titular de la situación jurídica del acto cuya nulidad se pretende, por razón del **litis consorcio** necesario, ha de entenderse que la notificación a las personas que indica el artículo 217, no puede excluir de ninguna manera la notificación a aquél. Entender lo contrario entraña no sólo una contradicción con los principios fundamentales del proceso, sino un desconocimiento de la garantía constitucional contenida en el artículo 26 de la Carta.

Bogotá, D. E., septiembre siete (7) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Carlos Galindo Pinilla

ELECTORALES. — PARTES. — INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO (218 C. C. A.) — Salvamento de Voto.

Referencia: Expediente Nº 276. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros. Electoral.

Las razones que tengo para separarme del auto anterior, coinciden con las expuestas por el Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla, las que doy por reproducidas aquí.

Pero no sobran estas otras:

a) Que el proceso contencioso electoral se inicie con el ejercicio de una acción pública, nada dice ni desdice, de la necesidad de que haya por lo menos, dos partes, demandante y demandada, integrada cada una, en forma simple o compleja, según los casos, pero sin ellas, dejaría de ser contencioso, no habría controversia.

Que la acción sea pública, se repite, nada agrega sobre el particular. La acción pública por excelencia, es la penal y hasta ahora a nadie se le ha ocurrido condenar al reo, sin citarlo al juicio como parte príncipal;

b) Que sea un juicio, breve, con una exigente caducidad de corto término, tampoco sirve como argumento. La caducidad se interrumpe con la presentación de la demanda en debida forma, no con la notificación del auto admisorio;

c) Subordinar la necesidad de la comparecencia al proceso de una persona determinada, a la necesidad de una prueba, es realmente ignorar los más elementales principios de derecho procesal. Con la misma tesis en juicio civil ordinario sobre prevalencia de títulos inscritos de dominio, que represen en oficinas públicas destinadas por la ley a dar fe de los mismos, resultaría posible condenar al demandado, sin citarlo al juicio, pues la facilidad probatoria, entendida como la entiende la providencia, haría inútil su presencia.

No. Los derechos de defensa del demandado son múltiples y sagrados: la negación de los hechos, la afirmación de hechos contrarios constitutivos de excepciones temporales, formales o sustanciales, la discusión de la jurisdicción y de la competencia; la lit's **denuntiation**, contradicción de la prueba, etc., y todos ellos desaparecen en el juicio electoral por obra y gracia de la jurisprudencia acogida en la anterior providencia.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., septiembre 12 de 1977.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., octubre tres (3) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Referencia: Expediente Nº 276.

Por estar en un todo de acuerdo con los conceptos emitidos por los doctores Carlos Galindo Pinilla y Jorge Valencia Arango, me adhiero a sus salvamentos de voto.

Fecha ut supra.

Carlos Portocarrero Mutis

ELECTORALES. — Violencia sobre los jurados de votación, escrutadores. Garantías del ejercicio del derecho del sufragio. Deberes del jurado según el artículo 76 de la Ley 85 de 1916. Escrutinio: artículos 120, 122, 123 y siguientes de la Ley 85 de 1916; artículo 20 del Decreto 3254 de 1963. Nulidad de los registros practicados por los jurados, por causa de la violencia, artículo 195 ordinal 3º del C. C. A.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto diez (10) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero Mutis**)

Referencia: Electoral. Expedientes números 153 Bis y 155. Actores: Alfredo Jiménez Cabrera y Hugo Escobar Sierra. Nulidad del Acuerdo Nº 6 de junio 17 de 1974, proferido por la Corte Electoral en cuanto declara la elección de representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Nariño y Putumayo para el período constitucional de 1974 - 1978.

(Fallo discutido y aprobado en sesión del día 10 de agosto de 1977).

Para ser fallados en una sola sentencia fueron acumulados los expedientes números 153 Bis y 155, previa aplicación de los artículos 224 y siguientes del C. C. A.

En la demanda correspondiente al primero (Nº 153 Bis), el doctor Alfredo Jiménez Cabrera solicita la rectificación del Acuerdo número 6 del 17 de junio de 1974, proferido por la Corte Electoral, en la que se refiere a la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Nariño, para el período constitucional de 1974 a 1978, y "se declare en consecuencia la nulidad de la credencial expedida al señor Carlos Hernando Figueroa, con suplencia del doctor Cástulo Cisneros de la lista encabezada por el señor Samuel Alberto Escrucería del partido liberal y se declare la elección de la señora María Eugenia Santacruz de Erazo con suplencia del doctor Isauro Marino Arturo O. del partido conservador".

El actor concreta su solicitud de nulidad a los siguientes casos, expresando respecto de cada uno el fundamento de la impugnación:

a) "La nulidad de los votos consignados en la mesa Nº 216, instalada en la Inspección de Santa Bárbara, municipio de Pasto, o en su defecto se tengan los sufragios inexistentes;

"Se incurrió en falsedad material y física al alterar la secuencia numérica en el registro general de votantes, con lo que se impidió el voto a más de un centenar de ciudadanos, quienes acudieron con su documento de identidad a sufragar y ante la dolosa alteración del orden en el registro respectivo no pudieron ejercer el derecho constitucional del sufragio.

También se tipifica en esta mesa la falsedad ideológica o intelectual cuando los jurados manifestaron a los potenciales electores que los registros están copados, no siendo verdad, pues como dice el Acuerdo de la Honorable Corte Electoral, solo habían sufragado doscientos (200) ciudadanos.

Si la violación de la Ley constituye todo hecho o acto que vaya contra su mandato u ordenamiento, cuánto más grave será la denegación del sufragio, derecho que emana de la Ley de Leyes.

Si hubo indignación y violencia ante el justo y potísimo reclamo de electores frustrados en sus derechos no puede menos que estarse ante una causal cuya nitidez legal no debe deslindarse de la competencia, sino acogerse con sobrada razón por el Honorable Tribunal, (numeral 3º artículo 193 del C. C. A.)";

b) La nulidad de los votos consignados en la mesa número 98, instalada en el corregimiento de Sualajo, municipio de Tumaco;

"Se configura en la mesa reclamada el caso de la múltiple votación. Se entiende que no todas las actuaciones delictuosas conllevan la sanción de anulación. Pero sí debe entenderse que los actos contrarios al derecho, como aquéllos que por su naturaleza y proyecciones arrojan sospechas fundadas sobre la veracidad del acto o proceso eleccional necesariamente tienen la virtud jurídica suficiente para crear el concepto de falsedad que determina la anulación de los pliegos aquí impugnados.

El acuerdo de la Honorable Corte Electoral claramente concreta esa múltiple votación en la mesa objeto de este reclamo. Se produjo por lo tanto, extralimitación en el uso del derecho acarreando con ello abuso y consecuentemente nulidad. Además el hecho doloso incidió en exceso de votación legal.

Los votos consignados en esta mesa no han debido computarse, como lo preceptúa para las comisiones escrutadoras el numeral cuarto del artículo 4º del Decreto 3254 de 1963. De tal manera que sin mayores esfuerzos dialécticos nos encontramos ante la evidencia de que los registros reclamados están viciados de nulidad decretable en lo que se relaciona a Representantes por esa Corporación";

c) La nulidad de los votos consignados en la mesa número 92, instalada en el Corregimiento de Espriella San Bernardo, municipio de Tumaco.

"En la lista de sufragantes están consignados los nombres de todas las personas con derecho a votar, con especificación del número

de sus cédulas de ciudadanía. Es éste, el elemento de control más eficaz de que disponen los jurados porque limita la esfera del derecho a aquéllos que en realidad lo poseen o excluyen implícitamente a quienes no lo tienen. La existencia de este documento (lista parcial de sufragantes) o su simple falla en el día de las elecciones en la respectiva mesa, conlleva un elemento falso al debate electoral y a los pliegos, apocrifidad que desvirtúa el valor de los registros. En este caso no ha habido propiamente alteración del documento sino algo más grave aún, inexistencia de un elemento esencial. Hay allí falsedad intelectual en el registro porque se fundó sobre documentos oficiales que no existieron.

Y como en el caso que se analiza votaron ciudadanos sin figurar en la lista parcial de sufragantes tal hecho generó, a todas luces nulidad del acto y de los pliegos decretables por esa Corporación";

d) La nulidad de los votos consignados en la mesa Nº 55, instalada en la cabecera municipal de Tumaco;

"Visto el planteamiento expuesto en cuanto al literal b) es fácil colegir igualdad de circunstancias y de razonamientos para demostrar la evidencia de la nulidad de los registros referentes a esta mesa. No existen razones para que justifiquen la demora en cumplir con el ordenamiento legal de introducir los pliegos en el arca triclave en la oportunidad indicada por el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963. Entonces a **fortiori** no se puede concluir por razón de inferencia poderosa, sino en la sospecha innegable y en la duda incontrovertible de que sobre los pliegos impugnados hay serios indicios de veracidad.

De la lectura del acta que registra la introducción de pliegos al arca triclave, se evidencia la extemporaneidad sospechosa y acusadora, tal como ocurrió con los pliegos de que se trata.

Este peligro potencial para la pureza del sufragio, tal como lo constituye la inexplicable extemporaneidad en la introducción de los pliegos en el arca, bien lo tuvo el legislador como protuberante causal de nulidad, la que propongo fundadamente con apoyo en el numeral 3º del artículo 196 de la Ley 167 de 1941";

e) La nulidad del escrutinio de la Honorable Corte Electoral sobre el resultado de la votación en el municipio de Policarpa.

"En cuanto a este punto, podía la Corte Electoral practicar el escrutinio de los votos emitidos en el Municipio de Policarpa? Del acuerdo se deduce que no. Se hizo correcta aplicación del artículo 160 de la Ley 85 de 1916, que sirvió de soporte para cumplir con tal acto?

El ordenamiento jurídico precisa hasta dónde llega la capacidad en el ejercicio del derecho por parte de la Corte Electoral y en qué momento empieza el deslinde que inhibe para cumplir con actos que ya escapan a su conocimiento. La norma citada es aplicable cuando se haya demostrado si al escrutinio llevado a cabo por los delegados de la Corte 'son ilegales en todo o en parte', cosa que no se ha demostrado en ningún momento, por lo que carece de base legal el procedimiento acogido por la Corte y expuesto en su acuerdo;

f) La nulidad de la revisión hecha por los delegados de la Corte Electoral sobre el resultado de la votación para Representantes en el municipio de Ipiales; y

g) Solicito se revise por el Honorable Tribunal la votación consignada en el municipio de Cumbal en las pasadas elecciones y se declaren las nulidades y se hagan las demás declaraciones a que hubiere lugar".

"Literal f)

Dentro del Régimen Electoral el escrutinio es perfecto cuando concluye con la declaratoria de elección y se expiden las credenciales respectivas. Tal cosa ocurrió en el escrutinio de los votos emitidos en el municipio de Ipiales. Retrotraerse a una situación de sí perfecta, para modificar por simple y curiosa revisión a más de ilegal es sospechosa y parcial. Se pregunta: Había que perfeccionar lo ya perfeccionado? Acaso los delegados de la Corte actuaban como escrutadores municipales, respecto de los votos del municipio de Ipiales, para poder entrar en duda y así llegar en el proceso a la revisión que ellos determinaron, apartándose en grado infinito de lo preceptuado en artículo 143 de la Ley 85 de 1962. Nunca fue así porque la Comisión designada por el Tribunal de Pasto ya había cumplido a cabalidad su encargo y entonces el procedimiento legal aquí vulnerado (artículo 36 del Decreto 3254 de 1963) era el de atenerse a las actas y no al recuento físico de los votos, como así lo practicaron los delegados de la Corte incurriendo en tamaña ilegalidad.

Los delegados de la Corte hicieron errónea aplicación del Decreto 3254 de 1963, concordante con el artículo 143 de la Ley 85 de 1916, por cuanto estas normas solo tienen operancia para la práctica del escrutinio municipal por parte de la Comisión respectiva o en su lugar por los delegados de la Corte, cuando aquélla no hubiera perfeccionado el proceso de dicho escrutinio, y deban, por lo tanto, agotar lo pertinente para la declaratoria de elección de Concejales.

Como no existe razón valedera de la conducta de los delegados sobre este punto, la revisión hecha por ellos en base en el recuento físico de papeletas, actuación ya cumplida por la Comisión Municipal, es incuestionablemente irregular e improcedente.

Abundando debo consignar que en la eventualidad de que fuera conducente la revisión sólo podría realizarse con fundamento en las actas de la propia comisión escrutadora municipal, y no con fundamento en el recuento de los votos según lo prescribe el artículo 36 del Decreto 3254 de 1963.

La regulación electoral se refiere al conteo de los votos como función propia y casi exclusiva de los jurados de votación, como el primer paso en la computación de los resultados electorales de un municipio. Luego vienen los datos consignados en las actas, primero las del jurado de votación, segundo las de la Comisión escrutadora municipal y tercero, la extendida por los delegados de la Corte, para finalmente con base en esta última, la Corte poder pronunciarse por acuerdos, agotando la vía gubernativa dispuestos en los procesos de esta índole.

Romper caprichosamente el ordenamiento dispuesto por la legislación electoral en la materia equivaldría a romper el principio supremo de la equidad, el más firme soporte de la paz pública como sabiamente lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado.

Pero si el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo, considera viable el procedimiento aplicado en el caso concreto, entonces, pido respetuosamente, que igual conducta se asuma por los Honorables Magistrados respecto de la votación del municipio de Cumbal a que me refiero en el literal c) de los mismos pedimentos. A iguales circunstancias, igual procedimiento".

Por su parte, el doctor Hugo Escobar Sierra, actor en el proceso Nº 155, demanda "la nulidad del Acuerdo Nº 6 de junio 16 de 1974 proferido por la Corte Electoral de Bogotá y muy concretamente sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º y 13 en cuanto declaró la elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral de Nariño y Putumayo para el período de 1974 - 1978, y... como consecuencia de lo anterior se proceda a la rectificación de los escrutinios de la citada circunscripción electoral de Nariño, se anulen las credenciales que sean de rigor y se expidan las nuevas a quienes correspondan de la aplicación de la Ley".

Concretamente la demanda solicita que sean declaradas las siguientes nulidades, señalando en cada caso el correspondiente fundamento de la impugnación:

a) Son nulas las actas de escrutinio de los jurados de votación números 217 y 218 que funcionaron el 21 de abril de 1974 en la Inspección de Policía de Santa Bárbara en jurisdicción del municipio de Pasto, departamento de Nariño y la votación contabilizada en dichos jurados de votación.

"Allí ocurrieron hechos graves e irregulares que coartaron la libertad del sufragio, desorganizaron el certamen electoral y, lo que es más grave, la elección fue interrumpida. Esta interrupción sirvió para abrir la urna de votación, extraer las papeletas o votos consignados en ella por los ciudadanos, introducirlas de nuevo para, finalmente, hacer el escrutinio de las mesas o jurados de votación antes indicados.

Todo esto creó una situación de grave alteración del orden público que se aprovechó para coaccionar físicamente a los miembros de los jurados de votación, amenazarlos de muerte por lo cual éstos se trasladaron a una residencia particular y allí realizaron el escrutinio, en medio de la presión del tumulto y el interés electoral de los diferentes ciudadanos o grupos políticos".

b) Son nulas las actas de escrutinios de los jurados de votación números 98 del corregimiento de Gualajo, 92 de Tumaco, departamento de Nariño, lo mismo que la del jurado de votación número 55 de la cabecera del mismo Tumaco y los votos consignados en dichas actas, todas relacionadas con las elecciones populares realizadas el 21 de abril del presente año. Idéntica declaración hará esa Corporación respecto de la mesa o jurado de votación número 95 de Tumaco.

"En el corregimiento de Gualajo, municipio de Tumaco se violó la ley de manera manifiesta y ostensible y, por lo mismo, el proceso

electoral está manchado por todo tipo de irregularidades, tales como la doble y triple votación, alteración del registro general de votantes, siendo falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de los registros electorales, actas, etc.

"Como en el corregimiento de Gualajo, aconteció también en la mesa o jurado de votación Nº 92 de Tumaco, en donde sufragaron ciudadanos que no tenían derecho a ejercer el sufragio allí ni tampoco en el municipio de Tumaco, en tal forma que se infringió la ley y se alteró la voluntad popular con la participación de ciudadanos extraños. Los registros electorales igualmente son falsos o apócrifos, tales como el registro general de votantes, las actas parciales, las del escrutinio y, en general, en tales condiciones así sirvieron para la formación de los registros electorales".

"Los pliegos electorales del jurado o mesa de votación, número 55 de Tumaco se introdujeron extemporáneamente al arca triclave por lo cual carecen de la presunción de autenticidad o legitimidad que la ley les atribuye y, por lo mismo, deben estimarse como falsos o apócrifos".

"En la mesa o jurado de votación número 95 de Tumaco según el registro general de votantes sufragaron 16 ciudadanos y sin embargo, aparecen 283 votos, votación que se pretende amparar con formularios 16 A que no son auténticos, ni están firmados por los ciudadanos, o no corresponden a quienes pretende atribuirse pues, en verdad, se cumplió allí una farsa a través de la falsedad de los documentos electorales que son falsos o apócrifos y por lo mismo deben excluirse de los escrutinios del municipio de Tumaco y de la circunscripción electoral de Nariño, para preservar la pureza electoral";

c) "En el municipio de Ipiales es nula el acta de escrutinio del jurado de votación número 57 y también se excluirán del cómputo general de los votos emitidos el 21 de abril de 1974 en el municipio de Ipiales 40 votos que se le computaron al candidato a la Cámara Samuel Alberto Escrucería sin que haya constancia de que se hubiesen emitido a su favor ni en el acta de escrutinio del jurado de votación número 37 en el cual se supone que se emitieron dichos votos, como tampoco en el acta de escrutinio municipal de la Comisión escrutadora que designó el Tribunal Superior de Nariño".

"En el municipio de Ipiales se utilizó sistemáticamente, casi que en forma regular, el sistema de recuento de votos, negándole eficacia a las actas de escrutinio de los jurados de votación, precisamente para hacer valer las papeletas o votos introducidos irregularmente en los sobres forma -1 después del día de las elecciones. En esta forma, resultaban más votos que los emitidos por los ciudadanos en las urnas y se validaron. Pero en Pasto, en el escrutinio departamental se rebasó la medida aplicada porque se computaron para Samuel Alberto Escrucería 40 votos o papeletas que no estaban registrados, ni en el acta del jurado de votación número 37 de Ipiales ni en el acta general de los escrutinios municipales del ya mencionado municipio de Ipiales. Así pues, se alteró, se falsificó la verdad electoral. Igual o cosa parecida aconteció en la mesa Nº 57 de Ipiales en donde, además, votaron ciudadanos que no tenían derecho a ejercer allí el sufragio, pues no se habían inscrito y sus cédulas estaban vigentes en otros municipios";

d) Por haberse incurrido en error aritmético respecto del cómputo general de la votación se procederá a rectificar y verificar los escrutinios con base en las actas de escrutinio de los jurados de votación en los municipios de Tumaco, Ipiales y Cumbal".

"En Cumbal, municipio de Nariño, se incurrió, como en Ipiales y Tumaco en error aritmético respecto del cómputo general o total de la votación por errores consignados en las actas de escrutinio municipal que el Consejo de Estado debe corregir y subsanar en guarda de la pureza del sufragio. Esta rectificación debe hacerse con base en las actas de escrutinio de los jurados de votación, cuya suma total debe ser el más auténtico reflejo de la voluntad popular expresada en las urnas".

Como fundamentos de derecho citan los demandantes las siguientes disposiciones legales: artículos 195 (ordinales 2º y 3º), 196 (ordinales 2º, 3º y 4º), 197 y 205 del C. C. A. artículos 122, 125 y 143 de la Ley 85 de 1916, artículo 51 del Decreto 3335 de 1959 y artículos 26, 32,y 41 del Decreto 3254 de 1963. No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver en el fondo, previas las siguientes,

Consideraciones

Para un mejor entendimiento se estudiarán en primer término las impugnaciones que en ambas demandas se plantean contra las mismas mesas, y en segundo término aquéllas que son exclusivas de cada una de las demandas:

Mesa 218. — Inspección Santa Bárbara - Pasto.

Por comisión del Consejo de Estado el Tribunal Administrativo de Nariño recibió las declaraciones de Fernando Pabón Rosero, Presidente del Juzgado de votación de la mesa 218, Alvaro Pabón Rosero, Vicepresidente, Myriam Dorado Ibarra, Vocal Principal, Héctor Libardo Arciniegas, Lupe Legarda Popayán y Rosa Alba Luna Zarama, vocales suplentes del mismo jurado.

El Presidente del jurado da cuenta de que la votación se terminó a la 1 P. M. por un informe equivocado de la señorita Myriam Dorado Ibarra, según el cual ya habían sufragado las cuatrocientas personas que figuraban en el correspondiente registro de votantes.

Terminada la votación la urna fue abierta por el Presidente con el fin de contar los votos sin abrirlos y durante el recuento no hubo fraude ni alteración del orden. Esta vino después, hacia las 3.30 P. M. cuando el declarante fue agredido por los habitantes de la región, junto con el Vicepresidente, el Delegado del Registrador Municipal del Estado Civil, señor Pizano y el señor Alvaro Luna: la agresión, en su concepto, se desató a consecuencia de haberse suspendido la votación, con base en el informe de la compañera de jurado.

El Vicepresidente del jurado, Alvaro Pabón Rosero destaca en su testimonio (fl. 310 cuaderno 2, expediente 155), la confusión y el desorden en la votación de la mesa 218, el informe equivocado de la señorita Myriam Dorado y los ultrajes y maltratos de que fue víctima. Des-

pués de una hora de haberse terminado la votación, se procedió a abrir la urna y a contabilizar los votos, "...para así librarnos lo más pronto posible de la hostilidad del pueblo... El escrutinio se verificó a eso de las seis y media o siete de la noche, en presencia de la fuerza pública que llegó de Pasto.

Héctor Libardo Arciniegas, miembro del jurado de la mesa 218 corroboró lo declarado por los anteriores, en cuanto a la agresión de que fueron objeto, "...al señor Presidente le rompieron el labio superior, le quebraron las gafas y lo arrastraron unos metros. Al Vicepresidente le pegaron dos puños en la cara y lo sangraron". "...Cuando nos dimos cuenta del error que cometió la señorita Secretaria, que se saltó el orden de numeración, el pueblo oyó eso y por eso fue que se exaltaron y nos agredieron". Atribuye el testigo el origen del desorden a la falta de fuerza pública y a la circunstancia de que la mesa 218 era la única, especial, a donde toda la población se volcó a votar (fls. 312, y 313, Cd. 2, expediente 155).

La Vocal principal, Myriam Dorado Ibarra, confirmó la agresión de que fueron objeto sus compañeros de jurado, habiéndoles obligado a retirarse de la mesa (fl. 307, Cd. 2, expediente 155), y Rosa Alba Luna Zarama, vocal suplente, además de corroborar la agresión de que fueron víctimas los miembros del jurado, precisó la siguiente circunstancia: "Las elecciones de la mesa Nº 218... se interrumpieron poco más o menos a las dos o dos y media de la tarde, porque la Secretaria del Jurado señorita Myriam Dorado informó que la lista ya estaba copada, por cuanto ella creía que estaba exacto el número de cuatrocientos votantes que correspondía a esta mesa. La señorita Myriam Dorado se equivocó en la numeración de la lista de votantes, habiendo informado que eran cuatrocientos, cuando en verdad eran doscientos votos. Lo que se pudo constatar cuando el Presidente de la mesa señor Fernando Pabón, abrió la urna y contó los votos..." (fl. 300, Cd. 2. Exp. 155).

Lupe Legarda Popayán, la otra vocal suplente del jurado de votación, declara cómo los amotinados la obligaron a ella y a los demás miembros del jurado a retirarse del lugar de la mesa, después de agredirlos y señala como origen del disturbio el desacuerdo, evidenciado al abrir la urna, sobre la lista de votantes y el número de votos depositados (fl. 308, Cd. 2, Exp. 155).

Alvaro Luna Zarama, Vicepresidente del jurado de votación de la mesa 217, manifestó que también fue lesionado cuando trató de calmar los ánimos de la gente que acudía en forma aglomerada a la mesa 218 y la había emprendido a puntapiés contra el Presidente y el Vicepresidente de dicha mesa. (Fl. 311 Cd. 2, Exp. 155). Esta declaración está corroborada por las de Martha Fuertes de Andrade y Tarcisio Riascos Tacan, miembros principales del jurado de votación de la mesa 217.

Otros tres testimonios rendidos también ante el Tribunal Administrativo de Nariño figuran en el informativo, cuyos pormenores es conducente destacar:

El de José Elía Basante Tumbe, conforme al cual hacia la 1 P. M. del 21 de abril de 1974, el Presidente del Jurado de Votación de la

mesa 218 manifestó que se había cerrado la votación por estar completo el número de 400 electores; muchísima gente que quería sufragar reclamó, pero el Presidente sostuvo que ya no era posible hacerlo, por lo cual se desató la agresión contra los miembros del jurado. Para constatar la afirmación del Presidente se procedió a abrir la urna y a contabilizar los votos, con el resultado de que, sólo aparecieron doscientos, pues se había alterado la numeración en la lista de sufragantes. Los votos depositados se guardaron en un sobre o chuspa de manila, después de que algunos fueron abiertos y cerrados en el acto (fl. 240, Cd. 1, Exp. 155).

Hermógenes Egas Mora, quien presenció las elecciones en su condición de visitador de mesas de votación, designado por el Registrador Municipal del Estado Civil de Pasto, se refiere a la agresión contra los jurados de votación de las mesas 217 y 218 de Santa Bárbara, por parte de los vecinos de la Inspección, hasta el punto de obligarlos a abandonar los lugares donde funcionaban dichas mesas, para conservar su integridad física. Antes del incidente la urna fue abierta, en desacuerdo con la opinión del testigo, manifestada al delegado del Registrador Municipal del Estado Civil, señor Pizano y contabilizados los votos, con el resultado de que faltaban doscientos.

El propio testigo verificó sobre el registro de votantes que el resultado obedecía a la alteración del orden numérico, ya que del número 121 se había saltado al 222 y del 234 al 335, pero tal explicación no fue aceptada y las gentes prosiguieron en sus arremetidas contra los miembros del jurado de votación. El grupo de exaltados se encontraba en completo estado de embriaguez y quien lo encabezaba llegó a amenazar de muerte al testigo, ya refugiado en la casa donde funcionaba la mesa de votación 217 (fl. 243 Cd. 1, Exp. 155).

El tercer testigo fue José Arturo D'Vries Jurado en comisión en Santa Bárbara el día de elecciones, como Agente del Resguardo de Rentas Departamentales, en su declaración se refiere al error numérico comprobado en el registro de votantes de la mesa 218, a las agresiones consumadas contra los miembros del jurado de votación y a posible cambio de votos cuando la urna fue vaciada sobre la mesa y quedaron aquéllos a disposición del público (fl. 246, Cdno. 1, Exp. 155).

De las declaraciones a que atrás se hace referencia claramente se desprende que sobre los jurados de votación, y como tales, escrutadores en la mesa 218 se ejerció violencia lo que trajo como consecuencia el que los jurados escrutadores tuvieran que refugiarse en lugar distinto, abrieran la urna, manipularan las papeletas y, en fin, realizaran una serie de actos irregulares todos ellos violatorios de la ley, y consagrados como causales de nulidad; pero, se repite, su origen se encuentra en la "violencia" ejercida contra los jurados escrutadores. Es por tanto fundado el cargo formulado: la interrupción de la votación a causa de la violencia ejercida contra los miembros del jurado de votación correspondiente. Suponía el desarrollo normal de los comicios en la mesa 218 de Santa Bárbara, que una vez verificado el error en que se incurrió, la votación se reanudara y concluyera, como lo solicitaron los electores y como se deduce, desde luego, de las previsiones de la ley electoral. Aunque la intención de los jurados no hu-

biera sido la de proseguir cumpliendo regularmente con su función, resulta evidente que de no haberse ejercido violencia contra ellos, hubieran superado su inicial desconcierto y podido continuar recibiendo los votos.

Pero esa pausa reflexiva no podía encauzarse cuando el motín inminente, la grave amenaza y la agresión incontrolable lo impedía y determinaban a los jurados a escapar, en defensa de su integridad física, a buscar refugio seguro, totalmente imposibilitados para atender al cumplimiento de una obligación legal con prelación al ejercicio de su propia defensa.

Sin garantías para ejercer a cabalidad sus funciones, los jurados no podían garantizar, a su turno, el ejercicio normal del derecho del sufragio; es deber del jurado, conforme al artículo 76 de la Ley 85 de 1916, disponer lo conveniente a fin de que la votación principie oportunamente y se verifique con regularidad y con entera libertad. La misma Ley citada ha expresado su celo hasta el punto de no permitir, sino en caso de flagrante delito, el arresto o detención de los miembros de las corporaciones electorales, mientras estén en ejercicio activo de sus funciones, y de no obligarlos a comparecer ante la autoridad para la práctica de diligencias que puedan impedírselo.

Con estas elementales garantías del ejercicio del derecho del sufragio, se compaginan, en últimas, las normas penales tutelares del mismo, aplicable en conexidad con las tutelares de la integridad personal, que hacen parte del Libro II, Título XV del respectivo Código.

Ha de considerarse, por otro aspecto, que la función del jurado de votación culmina con el escrutinio hecho conforme a los artículos 123 y siguientes de la Ley 85 de 1916, previo el cumplimiento de las diligencias previstas en los artículos 120, 121 y 122 de la misma Ley y que para que tal función pueda culminar, ha de desarrollarse "con regularidad y entera libertad", según disposiciones que el jurado de votación adopte. Es obvia, entonces, la consideración de que el jurado no puede desarrollar normalmente la función previa al escrutinio, si se interrumpe la votación y se procede a abrir la urna en que fueron depositadas las papeletas, antes de la hora en que tal votación debe terminar.

En otros términos, cuando no ha sido posible, por la causa expresada, continuar recibiendo los votos de los ciudadanos en la mesa correspondiente y cuando el registro de votantes adolece de inexactitudes que a su vez, confluyen con las amenazas y las agresiones a los jurados en el cierre inconsulto de la votación, es ineludible concluir que el recuento de los votos emitidos en la mesa y el registro de su número, no constituyen culminación normal de la función de escrutadores asignada a los jurados de votación por el artículo 20 del Decreto 3254 de 1963. Así pues, los registros practicados por los jurados, en la mesa 218 de la Inspección de Policía de Santa Bárbara correspondiente a una votación verificada sin regularidad y sin entera libertad por causa de violencia contra dichos jurados, resultan nulos al tenor del artículo 195, ordinal 3º del C. C. A., y es procedente la declaración que en tal sentido han solicitado los demandantes.

Mesa número 55 Tumaco.

De conformidad con el artículo 26 del Decreto Nº 3254 de 1963 las Actas de escrutinio y demás elementos que sirvieron para la votación deben entregarse por el Presidente del Jurado al Registrador Municipal o a sus Delegados en la Cabecera en los Corregimientos o en las Inspecciones de Policía, hasta las diez de la noche del día de las elecciones. Sin embargo, y para aquellas mesas que se hayan instalado con posterioridad a las 8 de la mañana, el término de que trata este artículo se ampliará proporcionalmente.

Según el acta de introducción de pliegos al arca triclave (fl. 42, Cd. 2, Exp. 155) los pliegos electorales y las papeletas de la mesa Nº 55 fueron entregados por el Presidente del Jurado de votación, señor Jesús Chaves, al Registrador Municipal de Tumaco, el 22 de abril de 1974 a las doce y treinta y cinco A. M.

Esta circunstancia la explican Eloísa Arango de Can, Jaime Escrucería Grijalba, Felipe Quiñones Hurtado y Jaime Gerardo Benavides en declaraciones rendidas ante el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Tumaco (fl. 94 a 99, Cd. 3 Exp. 155), en cumplimiento de la comisión dispuesta por el Consejero Sustanciador mediante despacho Nº 080 de 29 de julio de 1974.

Por haberlo presenciado, a los declarantes les consta que la instalación de la mesa Nº 55 se retardó hasta las diez A. M. del día de la elección debido a la ausencia de los jurados y que funcionó normalmente hasta las 6 P. M. hora en que se inició el escrutinio. De otra parte, el cúmulo de listas especialmente para Concejo Municipal, dilató el recuento de votos y preparación de actas, y la falta de alumbrado público determinó que estas labores se prolongaran por más de dos horas, no sólo en la mesa 55 sino también en algunas otras.

Determinada así la causa de la entrega extemporánea de actas y demás elementos de votación de la mesa 55, queda sin respaldo el cargo de nulidad formulado por los demandantes con fundamento en el artículo 196, numeral 3º del C. C. A. y por lo tanto debe desecharse.

Mesa Nº 92. — Tumaco. — Corregimiento Espriella San Bernardo.

De acuerdo con el oficio Nº 1129 del 27 de agosto de 1974, dirigido por el jefe de la División de Censos de la Registraduría Nacional del Estado Civil al Secretario General de la misma (fl. 240 Cd. 2, Exp. 155) del examen del registro general de votantes (formulario 19 A) del Corregimiento Espriella San Bernardo resultaron siete (7) cédulas que no correspondían a las de los ciudadanos registrados; otras tres (3) sin censar o sea sin expedir; una (1) cancelada por doble cedulación, según Resolución Nº 1644 de 1962 y por último la expedida a Félix Antonio Palacio Giral, cuyo número no correspondía a los cupos numéricos del Municipio de Tumaco ni aparecía inscrita en el respectivo formulario.

Mesa Nº 98. — Tumaco. — Corregimiento Gualajo San Agustín.

Como en la mesa Nº 92 del Corregimiento Espriella, del examen del registro general de votantes verificado por el mismo funcionario resultaron treinta y siete (37) cédulas que no correspondían a las de los ciudadanos registrados en el formulario 18 A; diez (10) sin cen-

sar; una cancelada por tentativa de doble cedulación, según Resolución Nº 1868 de 1971 y sesenta y cinco (65) anotadas dos, tres y hasta cuatro veces en el respectivo registro.

Aparece, por otra parte, en el registro general de votantes que Rosaura Arboleda de Segura votó tres veces y dos Isadora Arboleda de Escobar y Dionisia Arboleda de Grueso.

Colegida la identidad de resultados de que da cuenta la Registraduría Nacional del Estado Civil en el caso de las dos mesas antes analizadas resulta fundamental dentro de este proceso el informe del Jefe de la División de Censos sobre el cotejo de las respectivas listas parciales y de registros generales de votantes, para deducir la alteración de que dichas listas fueron objeto, configurándose la causal de nulidad prevista por el numeral 2º del artículo 196 del C. C. A. que debe declararse de conformidad con las peticiones de las demandas.

Mesa Nº 37. — Ipiales.

Según considera la propia Corte Electoral, esta mesa fue reclamada, durante el escrutinio departamental, por haberse computado 40 votos a favor del candidato Samuel Alberto Escrucería, que no figuraban en las actas de los jurados ni en la del escrutinio municipal.

El cargo de nulidad formulado por el demandante en el proceso 153 bis apunta a la revisión hecha por los Delegados de la Corte Electoral sobre el resultado de la votación para Cámara de Representantes en el municipio de Ipiales y se fundamenta en la violación del artículo 36 del Decreto 3254 de 1963.

Y el demandante en el proceso 155 remite la impugnación a la rectificación del escrutinio por haberse incurrido en error aritmético al computar cuarenta votos a favor del candidato Samuel Alberto Escrucería, cuando su emisión no constaba en el acta de escrutinio del jurado de votación en cuya mesa supuestamente se consignaron, ni en la del escrutinio municipal de la comisión escrutadora que designó el Tribunal Superior de Nariño.

Según el texto del Acta de Escrutinio que aparece al (fl. 289, Cd. 6, Exp. 155) entregada por el respectivo jurado de votación, al final del aparte correspondiente a votos emitidos para la Cámara de Representantes aparece el apellido Escrucería seguido del número 40, manuscritos en lápiz de color diferente al empleado en el resto del acta.

Cotejado el ejemplar de acta con el de la remitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, ésta coincide en cuanto al número de votos emitidos por otros candidatos pero ninguno consigna a favor del candidato Samuel Escrucería.

Así, el desmán consumado se explica y no ofrece alternativa proferir como prueba el ejemplar del acta remitido por el Tribunal Administrativo correspondiente, según el cual en la mesa Nº 37 no existió voto alguno por el candidato Escrucería.

En armonía con los cargos formulados se resolverá lo pertinente.

Mesa Nº 57. Ipiales.

Paralelamente a los cargos formulados respecto de la anterior mesa, los que respecto a ésta se formularon se fundan en la irregularidad e improcedencia del recuento físico de papeletas por parte de los delegados de la Corte Electoral en el escrutinio departamental, siendo que debían atenerse a la actuación cumplida por la comisión escrutadora municipal; por eso en esta mesa llegaron a computarse votos de ciudadanos que no tenían derecho de sufragar, pues no se habían inscrito.

En efecto, el Acuerdo de la Corte Electoral considera que "no obstante que en la mesa número 57 votaron nueve (9) ciudadanos con cédula de otro municipio, sin que conste su previa inscripción, tal irregularidad no es materia de cuyo conocimiento pueda ocuparse la Corte (fl. 17, Cd. 1, Exp. 155). Con base en dicha consideración se estima comprobada dentro del proceso la causal de nulidad prevista por el artículo 196, ordinal 2º del C. C. A.

Municipio de Cumbal.

La rectificación del cómputo total de la votación en este municipio se pide en las demandas con base en las actas de escrutinio de los jurados de votación y la razón del cargo aparece clara ya que según el acta de escrutinio departamental (folio 125 del cuaderno número 2, expediente 155), por Samuel A. Escrucería figuran 2.011 votos, pero de las Actas de escrutinio de las mesas de votación aparece que por dicho ciudadano se depositaron tan solo 1.884 votos. Existe por tanto un error aritmético, por exceso de 127 votos a nombre de Samuel A. Escrucería, error que el Consejo de Estado debe rectificar. El cargo está llamado a prosperar.

Expediente 155. Mesa 217. — Pasto.

Afirma el demandante que en esta mesa, lo mismo que en la 218, contra los jurados de votación "se ejerció violencia" y que por lo tanto el Acta de escrutinio está viciada de nulidad. En relación con este cargo, por comisión del Consejo de Estado fueron recibidos varios testimonios de personas que fueron jurados de votación en esta mesa y todos ellos, sin excepción afirmaron que ninguna irregularidad se había presentado allí en el día de las elecciones, y que los miembros del jurado en ningún momento fueron agredidos ni coaccionados. Al no probarse lo dicho por el demandante, el cargo no puede prosperar.

Mesa Nº 95. Tumaco.

Es cierto que la mayoría de los electores votaron con formulario 16-A, pero no se demostró lo afirmado por el demandante, vale decir, que los votos no son auténticos por no estar debidamente firmados los formularios "o no corresponder a quienes pretenden atribuir". Los formularios aparecen firmados e impresa la correspondientes huella digital de quienes no sabían firmar. No se demostró que alguna de las firmas o huellas hubieran sido falsas o apócrifas. El cargo no está llamado a prosperar.

Expediente 153 Bis. Municipio de Policarpa.

La nulidad del escrutinio de la Corte Electoral sobre el resultado de la votación en este municipio se solicita con base en la aplicación errónea, por parte de dicha Corporación, del artículo 160 de la Ley 85 de 1916, puesto que no se había demostrado la ilegalidad del escrutinio llevado a término por los delegados de la misma Corte.

Como dicho fundamento no corresponde a causal alguna de nulidad prevista por el C. C. A., el cargo no está llamado a prosperar.

Por las razones expuestas la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

PRIMERO. Son nulos los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 7º y 13º del Acuerdo número 6 de 1974, proferido por la Corte Electoral mediante el cual se resolvió declarar elegidos Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Nariño y Putumayo para el período de 1974 a 1978, por cuanto se computaron los votos de que dan cuenta los registros correspondientes a las siguientes mesas de votación:

Municipio de Pasto: Mesa número 218.

Municipio de Tumaco: Mesas números 55, 92 y 98.

Municipio de Ipiales: Mesa número 57.

SEGUNDO. Corrígense los errores aritméticos de la mesa 37 del Municipio de Ipiales y de todas las mesas del Municipio de Cumbal.

TERCERO. Ordénese la práctica de un nuevo escrutinio el cual deberá realizarse el segundo día hábil siguiente a la ejecutoria de esta providencia, a las diez antes meridiano (10 A. M.).

CUARTO. Si hay alteración en el resultado de los escrutinios, expídanse las credenciales a quienes correspondan.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Miguel Lleras Pizarro, (Salvamento de Voto); *Osvaldo Abello Noguera*, (Salvamento de Voto); *Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Nemesio Camacho Rodríguez*, (Salvamento de Voto); *Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dávila Hernández*, (Salvamento de Voto); *Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo*, (Salvamento de Voto); *Alvaro Orejuela Gómez*, (Salvamento de Voto); *Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Miguel Antonio Cárdenas*, (Salvamento de Voto); *Carlos Aníbal Restrepo, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.*

Hilda de Agudelo, Secretaria Ad-hoc.

ELECTORALES. — SALVAMENTO DE VOTO. — La violencia, para que pueda configurar causal de nulidad, debe haberse ejercido contra los jurados de votación en el momento de realizar el escrutinio. (Art. 195 Ordinal 3º del C. C. A.).

ELECTORALES. — SALVAMENTO DE VOTO. — Nulidad de los registros de las Corporaciones electorales por falsedad o apócrifos. Artículo 196 Ordinal 2º del C. C. A.

Referencia: Expedientes Nos. 153 Bis y 155. Electoral. Actores: Alfredo Jiménez Cabrera y Hugo Escobar Sierra.

Los suscritos Consejeros disentimos de la sentencia proferida por la mayoría, tanto en su parte motiva como en la parte resolutiva, por las siguientes razones:

1ª) Tumaco: Mesa Nº 55.

La parte considerativa del fallo en cuanto se refiere a esta mesa (págs. 15 y ss.) después de analizar los cargos formulados, concluye así:

"Determinada así la causa de la entrega extemporánea de Acta y demás elementos de votación de la mesa 55, **queda sin respaldo el cargo de nulidad formulado por los demandantes con fundamento en el artículo 196, numeral 3º del C. C. A. y por tanto debe desecharse**". (Se subraya).

No obstante lo anterior, la parte resolutiva de la sentencia declara, en este punto, que el acuerdo número 6 de 1974 de la Corte Electoral es nulo por haber computado los votos consignados en la mesa número 55 de Tumaco, incurriéndose así en patente incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutiva del fallo.

2ª) Ipiales: Mesa Nº 57.

La motivación para anular esta mesa prácticamente es inexistente, toda vez que la sentencia se limita a transcribir lo pertinente del Acuerdo número 6 de la Corte Electoral, para concluir, sin ningún análisis, ni estudio en que deben anularse por una supuesta comprobación de la causal prevista en el ordinal 2º del artículo 196 del C.C.A.

Dice la sentencia:

"En efecto, el Acuerdo de la Corte Electoral considera que 'no obstante que en la mesa número 57 votaron nueve (9) ciudadanos con

cédula de otro municipio, sin que conste su previa inscripción, tal irregularidad no es materia de cuyo conocimiento debe ocuparse la Corte' (fl. 17 Cd. 1, Exp. 155). Con base en dicha consideración se estima comprobada dentro del proceso la causal de nulidad prevista por el artículo 196, ordinal 2º del C. C. A.".

El precepto aplicado reza:

"Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas:

. . . . . .

"2º) Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

Cuál la razón para estimar que un número exiguo de sufragantes que voten con cédula de otro municipio, sin que conste su previa inscripción, determina la falsedad de un registro electoral? La realidad es que tan no es falso el registro general de votantes, que allí se consignó la verdad en cuanto al municipio que correspondía a las cédulas de los 9 ciudadanos y si, de otra parte, no hay prueba que induzca a pensar que tales votos son ficticios, lo más que podría haber ocurrido es que, por un error de los jurados, se permitió que 9 ciudadanos que, al parecer, no se habían inscrito previamente votaran en la mesa 57. Pero tal error constituye una simple irregularidad que mal puede determinar la falsedad del registro, pues por tal ha de entenderse consignar un hecho falso que altere la verdad electoral, y nada de esto aparece en relación con esta mesa.

La nulidad de esta mesa se decretó así, con quebranto del artículo 163 de la Constitución Nacional que ordena que toda sentencia debe ser motivada, pues, repetimos, la sentencia no da ninguna razón que permita concluir que el Acta de escrutinio de la mesa de que se trata, o cualquiera otro registro de la misma, sean falsos o apócrifos.

Pero es más. En reciente fallo, de fecha agosto 23 del año en curso (Exp. Nº 291) con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango, dijo el Consejo, al reiterar la jurisprudencia existente en cuanto a aplicación y alcance de la causal contemplada en el numeral 2º del artículo 196 del C. C. A. lo siguiente:

"Tal criterio, (el de que se requieren un conjunto de factores falsos o apócrifos que contribuyan a la elaboración de los registros, para que estos puedan reputarse como falsos, conforme a sentencia de 17 de diciembre de 1971 y mayo 12 de 1977), **lo reafirma la Corporación** (se subraya) pues el ordinal 2º del artículo 196 del C. C. A. hay que interpretarlo con ayuda del principio teleológico, según el cual la finalidad de toda la legislación electoral es la de proteger la pureza del sufragio, la verdad del resultado electoral, en forma que dicho ordinal al hablar de que el registro electoral es nulo cuando aparezca que 'es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación', hay que entenderlo, racionalmente interpretado en el sentido de que el resultado o registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo, ideológica o materialmente por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación.

"Pero, en todos estos casos, el resultado electoral ha de ser falso o apócrifo, tomado como tal, lo que permite concluir que si tal no es la situación la sola apocrifidad o falsedad de los documentos electorales que concurren a la formación del correspondiente registro, no conllevan (sic) la falsedad o apocrifidad del resultado, por su sola ocurrencia.

"**Lo protegido legalmente es el resultado electoral** (se subraya), si éste es real, verídico, lo que legalmente se presume, no puede caer por la falsedad o apocrifidad de otros documentos simplemente preparatorios del mismo".

Aplicando los anteriores criterios al caso presente, cómo predicar la falsedad de un documento que se diligenció debidamente y en el que se consigna fielmente el hecho de que nueve sufragantes votaron con cédula de ciudadanía de otro municipio? En dónde está la falsedad? Mas aún suponiendo que en el expediente estuviera acreditado, que no lo está, que los nueve votantes no se hubieran inscrito, tal hecho tampoco haría falso o apócrifo el registro de votantes, pues, de acuerdo con la jurisprudencia citada, esto solamente sería una informalidad no prevista como causal de nulidad.

3ª) Tumaco: Mesa Nº 92 (Corregimiento Espriella)

Para anular esta mesa, el fallo se atiene a lo consignado en el oficio número 1129 de 24 de agosto de 1974, dirigido por el Jefe de la División de Censos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Cor. (r) José María Vidal Velasco, al Secretario de la misma (fl. 240 C. 2º Exp. 155), en donde se lee:

"CORREGIMIENTO ESPRIELLA (SAN BERNARDO)

"Los siguientes números de cédula no corresponden a los ciudadanos registrados en el Formulario 18-A:

"NUMERO DE CEDULA	NUMERO ORDEN FORMULARIO 18-A
1'811.425	67
1'894.964	32
2'721.627	44
2'929.131	1
3'038.041	45
5'357.820	12
27'496.070	95

"Los siguientes números de cédula de ciudadanía se encuentran sin Censar o sea sin expedir:

"NUMERO DE CEDULA	NUMERO ORDEN FORMULARIO 18-A
12'121.058	101
14'776.554	53
27'808.072	84

"El número de cédula 2'723.527 expedida a REVELO GRACIA LUCAS, se encuentra cancelada por DOBLE CEDULACION (2-2) según Resolución número 1644 de 1962. (Número de orden Formulario 18-A 51).

"El número de cédula 6'096.497 expedida a PALACIO GIRAL Félix Antonio, no corresponde a los Cupos Numéricos del Municipio de Tumaco y no aparece inscrita en el Corregimiento de la ESPRIELLA (SAN BERNARDO). (Número de orden Formulario 18-A 58)".

Olvidó la mayoría del Consejo de Estado, en forma por demás lamentable, analizar los datos transcritos a la luz de lo que sobre los mismos consignó el propio Registrador Nacional del Estado Civil, General (r) Gerardo Ayerbe Chaux, en su oficio 1437 de 4 de febrero de 1975 (fl. 89 C. Nº 1, Expediente Nº 155), en donde se lee:

"....

"d) Es posible que en algunos casos los jurados de votación se equivoquen al escribir el número de la cédula o el nombre de la persona a quien corresponda. Para establecer si hubo o no esa equivocación, existen varios medios probatorios.

....

"g) Mediante el cotejo de los formularios 37, 39-A, 18-A, 19-A, 16-A y 16, se puede establecer si un ciudadano tenía o no derecho a votar".

Adviértase cómo el cotejo hecho por los funcionarios dependientes del Jefe de Censos, sólo se hizo con el formulario 18-A, o sea, el registro general de votantes que lleva uno de los jurados y en el cual, como lo afirma el señor Registrador, es fácil que se incurra en errores bien al anotar el número de la cédula o el nombre del votante. No se hizo el cotejo en la forma como ha debido hacerse y que señala el propio Registrador, en orden a establecer si se trató de un simple error, o de una maniobra fraudulenta. Pero mientras tal incertidumbre no se esclarezca, no es posible anular una mesa, vulnerando en tal forma el principio cardinal que debe gobernar la aplicación de la legislación electoral, cual es la defensa de la función constitucional del sufragio, sobre la base de reputar que los registros electorales son válidos mientras no haya plena prueba en contrario.

Se anota, por último, que el Coronel (r) José María Vidal Velasco, no indicó en su oficio, como era su deber, cuál es el número real de las cédulas que corresponden a los nombres de los sufragantes, lo cual es lamentable, pues, por lo menos tal información habría permitido verificar, en algún grado, si se trata de simples errores por omisiones o cambio de un número de la cédula al anotarla en el registro 18-A, o si se trata de números supuestos que no guardan ninguna correspondencia con los números reales de las cédulas de los votantes.

En consecuencia, con base en esta deficiente prueba, disminuida en su valor como lo hizo notar el propio Registrador Nacional del Estado Civil, no ha debido anularse la mesa de que se trata.

4ª) Municipio de Pasto: Mesa Nº 218 del Corregimiento de Policarpa.

La sentencia ordenó excluir los votos de esta mesa por la "interrupción de la votación a causa de la violencia ejercida contra los miembros del jurado de votación correspondiente" (fl. 14), tras reconocer que no hubo alteración de la votación, puesto que —como se afirmó en el proyecto original—, "el número de votos depositados coincidió con el número de personas anotadas en el registro general de votantes", tal como lo consigna la Corte Electoral en el acuerdo acusado sin que pueda ser fundamento de la nulidad "el error en que se incurrió con la interrupción de la secuencia numérica en el registro general de votantes", ya que fue oportunamente corregido, hasta el extremo de que —la sentencia lo sostiene— de no haberse ejercido violencia sobre los jurados, "hubieran superado su inicial desconcierto y podido continuar recibiendo los votos" (Pág. 14). No obstante esta fundamentación, la sentencia agrega, en relación con esta misma mesa:

"En otros términos, cuando no ha sido posible, por la causa expresada, continuar recibiendo los votos de los ciudadanos en la mesa correspondiente y cuando el registro de votantes adolece de inexactitudes que a su vez confluyen en las amenazas y las agresiones a los jurados en el cierre inconsulto de la votación, es ineludible concluir que el recuento de los votos emitidos en la mesa y el registro de su número no constituyen culminación normal de la función de escrutadores asignada a los jurados de votación por el artículo 20 del Decreto 3254 de 1963", para concluir en que los registros de la mesa 218, por corresponder "a una votación verificada sin regularidad y sin entera libertad de violencia contra" los jurados, "resultan nulos al tenor del artículo 195, ordinal 3º del C. C. A." (Pág. 15).

No compartimos ni la motivación ni la conclusión a que llegó la mayoría por las siguientes razones:

a) La sentencia, en relación con el estudio de este punto, en si misma es contradictoria: afirma, por una parte, que los votos correspondientes a la mesa Nº 218 deben excluirse del escrutinio por "la interrupción de la votación a causa de la violencia ejercida contra los miembros del jurado de votación" sin que exista para ello otro motivo válido, y, por otra, que "el registro de votantes adolece de inexactitudes que a su vez confluyen con las amenazas y las agresiones a los jurados en el cierre inconsulto de la votación";

b) La sentencia además incurrió en errores de hecho, a saber:

La votación no se interrumpió "a causa de la violencia ejercida contra los miembros del jurado de votación", sino por el error en que incurrió el jurado de votación, inducido por su secretaria señorita Myriam Dorado, consistente en creer que en la mesa Nº 218 ya habían votado cuatrocientas personas, que es el número máximo autorizado por la ley; la verificación que inmediata y públicamente hizo el jurado, le permitió comprender y corregir al instante el error, toda vez que encontró que solo se habían depositado 200 votos.

El registro de votantes no adolece, como afirma la sentencia, "de inexactitudes", porque la que se encontró, consistente en el error de

anotación del número de orden de los votantes, fue inmediatamente corregida, sin que nadie, ni siquiera los demandantes, hubieran reclamado contra esta rectificación; por el contrario, la protesta airada de los votantes se debió a que, con base en el error de considerar que ya habían sufragado cuatrocientas personas, mientras éste no fuera rectificado, no se les permitiría votar a los que aún no habían ejercido su derecho. De manera que el error se enmendó, hasta el punto que la misma sentencia afirma en uno de sus motivos, que contradice claramente al que glosamos, que de no mediar la violencia contra los jurados de votación "hubieran superado su inicial desconcierto y podido continuar recibiendo los votos" (fl. 16). Además, esto sucedió ante la rectificación que tuvo que hacer el jurado de votación del mencionado error, mediante la pública apertura de la urna, que no tuvo, por lo mismo, como se sugiere, una finalidad fraudulenta o dolosa, sino la exclusiva de enmendar el yerro, como la sentencia contradictoriamente lo reconoce.

No se ejerció violencia contra los jurados de votación **al efectuar el escrutinio, que se realizó en presencia de la fuerza pública**, sino en el curso de las votaciones a causa del error que se cometió y que hizo, contra la ostensible protesta de los numerosos ciudadanos que querían votar, que las elecciones se interrumpieran.

La actitud de los electores, por lo mismo fue de protesta porque la interrupción de las elecciones no les permitía votar, **mas no para torcer o desquiciar, en el momento del escrutinio, el resultado electoral**; por el contrario, éste se efectuó regularmente, en presencia de la fuerza pública, sin que nadie, ni siquiera los demandantes, hubieran reclamado de su resultado intrínseco, hasta el punto, que, como afirmó el proyecto original de la sentencia, "el número de votos depositados coincidió con el número de personas anotadas en el registro general de votantes"; si tal es el resultado normal de las elecciones, la sentencia erró al considerarlo irregular;

c) La sentencia incurrió en error de derecho, a saber:

Se pidió que se ordene excluir los votos depositados en la mesa 218 del Corregimiento de Policarpa, en el municipio de Pasto, con fundamento en el artículo 195, Ord. 3º del C. C. A. que tipifica, entre las causales de nulidad de los registros de los jurados de votación, "cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación o se hayan destruido o perdido éstas por causa de la violencia". En el caso específico, se afirmó que se ejerció violencia contra los escrutadores. En relación con el sentido y la aplicación que la sentencia hizo de esta causal de nulidad, observamos:

Esta causal de nulidad ha sido interpretada por esta Corporación en numerosas sentencias hasta constituir jurisprudencia tradicional, en el sentido, que se deduce de su tenor literal y de su finalidad, cual es que la violencia, para que pueda configurarla, debe haberse ejercido contra los jurados de votación en el momento de realizar el escrutinio, hasta el extremo que la norma los denomina, en atención a su función específica "escrutadores", con la obvia finalidad de obligarlos a hacer constar en los registros un resultado falso.

Así, en sentencia del 20 de septiembre de 1945 el Consejo de Estado expresó:

"Quizá por la violencia, el ultraje o las amenazas que dicen los declarantes sufrieron, quiso el demandante encontrar la causal de nulidad, que busca el numeral 3º del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, antes transcrito, pero perdió de vista que es necesario, para que la nulidad prospere, que la violencia que se ejercite contra los escrutadores sea en el acto en que ellos están practicando el escrutinio, y que, por causa de ella se confundan, mezclen, destruyan o pierdan las papeletas de votación, pues la nulidad está establecida en esa disposición para el registro que practiquen los jurados de votación, lo que significa que la violencia debe ser coetánea con este acto, el que se realiza, de acuerdo con la ley, una vez cerradas las votaciones y no antes. De tal manera que el demandante ha debido adelantar la prueba en este sentido, pues los ultrajes y las amenazas a los jurados de Votación, cuando no están practicando el escrutinio, no son propios para demostrar la nulidad de éste, de acuerdo con la disposición citada..." (Anales, Tomo LV, Pág. 301).

En sentencia del 7 de septiembre de 1950, el Consejo de Estado afirmó:

"Las causales de nulidad son, desde otro punto de vista, como es bien sabido, inherentes a la moción de orden público: por eso son taxativas y en ninguna manera susceptibles de interpretación extensiva o por analogía. Así, por lo demás, lo expresó la Honorable Corte Electoral por unanimidad al decir: 'Según la causal de nulidad, que por serlo no puede interpretarse extensivamente, contemplada en el numeral 3º del artículo 195 de la Ley Contencioso administrativa, la nulidad se produce en los registros practicados por los encargados de las mesas, cuando 'se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras papeletas de votación, o se haya destruido éstas por causa de la violencia'. Por lo visto, fuera de las hipótesis limitadamente previstas, la violencia no constituye causal de nulidad de los registros..." (Anales, Tomo LVIII, Pág. 473).

Y en sentencia del 25 de abril de 1969 el Consejo de Estado, invocando la jurisprudencia expuesta en la sentencia del 20 de septiembre de 1945, que hemos transcrito, prohijó la expuesta interpretación de la Corporación, ya tradicional, sobre el artículo 195, ordinal 3º del C. C. A.

Pero la sentencia proferida por la mayoría, de la cual discrepamos, inexplicablemente, sin desvirtuar los fundamentos de la inveterada jurisprudencia de la Corporación, le dio una interpretación diferente, que contraría su sentido y finalidad, para aplicarla a hechos no regulados por la norma, y pese a que el escrutinio se realizó, como lo reconoce, normalmente, hasta considerar que los resultados que constan en los registros son verdaderos. De este modo la mayoría incurrió en error de derecho, tras haberlo cometido en la interpretación de los hechos, con base en los cuales dedujo equivocadamente que el registro de la mesa 218 del Corregimiento de Policarpa, en el Municipio de Pasto, está afectado de la causal de nulidad prescrita por el artículo 195, ordinal 3º del C. C. A., pese a que no se ejerció violencia sobre

los escrutadores al ejecutar el escrutinio que se cumplió, como consta en los autos, en presencia de la fuerza pública; Si no se produjo el hecho: la violencia sobre los escrutadores al realizar el escrutinio, que es la causa eficiente de la aplicación de ese precepto, lo lógico y jurídico era denegar la pretensión de los demandantes tendiente a que se anule el mencionado registro y no desconocer, como sucedió, un resultado electoral perfectamente válido, cuya veracidad la sentencia reconoce, sin causa legal y con base en la afirmación de hechos que no corresponden a la realidad procesal.

En otros términos, se anulan doscientos votos válidos y regularmente depositados, bajo el supuesto de que se debieron depositar los de otros sufragantes, que si no lo pudieron hacer obedeció al error en que incurrió el jurado de tener como copado el registro, cuando solo habían votado, válidamente, 200 ciudadanos, lo cual, sucedió, sin culpa de éstos y cuyo derecho constitucional al sufragio se ve así flagrantemente vulnerado.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el fallo de que disentimos adolece de contradicciones, de errores de hecho y de derecho y que se pronunció perfunctoriamente, con desconocimiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, por todo lo cual, estimamos que no han debido anularse los registros correspondientes a las siguientes mesas:

Municipio de Pasto: Mesa número 218.

Municipio de Tumaco: Mesas números 55 y 92.

Municipio de Ipiales: Mesa número 57.

Fecha: **ut supra.**

Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Miguel Antonio Cárdenas, Alvaro Orejuela Gómez.

ELECTORALES. — POSESION DEL CARGO. — No es acto administrativo, ni de carácter electoral cuya constitucionalidad y legalidad pueda discutirse mediante el procedimiento especial del juicio del mismo nombre. Existencia y prueba por copia auténtica del acto acusado o un presupuesto procesal específico especial para que se constituya válidamente el juicio.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 10 de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 286. Actor: Leonor de Angel de Casallas

Se decide el juicio promovido por la señora Leonor de Angel de Casallas para que se declare la nulidad de la elección, la confirmación y la posesión del doctor Juan Hernández Sáenz como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Los fundamentos de hecho de la acción

La demandante funda la acción en los siguientes hechos:

"a) El doctor José Hernández A. (q.e.p.d.) fue Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia más o menos hasta el año de 1967, cargo que estaba desempeñando cuando falleció;

"b) El doctor José Hernández A., como miembro de la Corte Suprema de Justicia, participó en la elección que la corporación hizo por el sistema de coptación, de varios de los magistrados que en el año de 1975 eligieron al doctor Juan Hernández Sáenz, también por coptación, magistrado de la Sala de Casación Civil;

"c) Por la época en la cual el doctor José Hernández A., fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia e intervino en la elección de varios de sus colegas, así como en el momento de su muerte, era el padre del doctor Juan Hernández Sáenz, vale decir que estaban ligados en primer grado civil de consanguinidad;

"d) La anterior circunstancia inhabilita al doctor Juan Hernández Sáenz para ser nombrado como magistrado de la Corte Suprema

de Justicia, al menos mientras de la Corporación hiciera parte siquiera uno de quienes habían sido elegidos cuando su progenitor era miembro de la misma, según lo ordenan preceptos constitucionales y legales vigentes".

Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación

La demandante estima que los actos que impugna son violatorios de los artículos 174 de la Constitución, 5º de la Ley 12 de 1945 y 22 del Decreto-Ley 260 de 1970 porque el doctor Juan Hernández Sáenz fue elegido y confirmado como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, integrada, entre otros, por magistrados que fueron elegidos para esa Corporación cuando su padre, el doctor José Hernández Arbeláez, era uno de sus miembros. La demandante, infirma, por esta misma causa, la posesión del doctor Hernández Sáenz como magistrado de la Corte.

El concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal 2º del Consejo de Estado conceptúa que es preciso denegar las peticiones de la demanda, porque la parte demandante no demostró los hechos en que fundamentó la acción.

Las consideraciones de la Sala

Surtida normalmente la tramitación del juicio, la Sala procede a decidir mediante las siguientes consideraciones:

1ª) El cargo contra la posesión. La posesión, como ha expuesto la Sala en otras oportunidades, no es un acto administrativo, menos uno de carácter electoral cuya constitucionalidad y legalidad pueda discutirse mediante el procedimiento especial del juicio del mismo nombre: si desde el punto de vista del particular que asume un cargo es una promesa solemne de desempeñarlo constitucional y legalmente, para la Administración es un hecho, la realización de esa promesa, cuyo acaecimiento presencia el correspondiente funcionario. Este nada decide u ordena, se limita a preguntar a quien asume un empleo si promete solemnemente desempeñarlo bien y dá fe de lo sucedido. Por consiguiente, en relación con este aspecto, no existe acto administrativo.

Si no existe el acto que se impugna o si no se lo demuestra por copia auténtica, falta la materia sobre la cual debe versar el debate fáctico y conceptual del juicio y, de este modo, es imposible resolver en el fondo. Esto significa que la existencia del acto y su prueba son presupuestos procesales específicos, sin los cuales el juicio no se constituye válidamente porque sin ellos no habría materia sobre la cual debatir. De donde se concluye que, como la posesión no es acto administrativo, la Sala, en relación con este cargo, no puede proferir una decisión de mérito.

2ª) Los cargos contra los actos de elección y confirmación. La Corte Suprema de Justicia, en sesión plenaria celebrada el 1º de junio de 1975, eligió en propiedad al doctor Juan Hernández Sáenz como miembro de esa Corporación y, en la efectuada el 17 de julio siguiente, le confirmó el nombramiento (fls. 16, 17 y 18). El doctor Juan

Hernández Sáenz se posesionó del cargo ante el señor Presidente de la República el 3 de septiembre de 1975 (fl. 23).

Pero la parte demandante no demostró los demás hechos en que fundamentó la acción.

La parte demandante pidió la práctica de algunas pruebas, pero fueron negadas por auto del 27 de mayo pasado, porque no solicitó "en la demanda o en escrito posterior pero anterior a su admisión que se abra el juicio a prueba, como prescribe el artículo 218, numeral 2º, del C. C. A.".

De manera que la Sala debe denegar, en relación con los actos de elección y confirmación, lo pedido en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el señor Fiscal 2º,

Resuelve:

1º) No hay lugar a hacer un pronunciamiento de mérito sobre la posesión del doctor Juan Hernández Sáenz como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, porque no es un acto administrativo, conforme a los motivos expuestos en la parte motiva.

2º) Denegar las demás peticiones de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese y archívese previa ejecutoria.

Miguel Lleras Pizarro, Presidente. *Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Antonio Cárdenas, Nemesio Camacho R., Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Aníbal Restrepo S., Gustavo Salazar Tapiero, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango*, (Explicación de Voto).

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ELECTORALES. — EXPLICACION DE VOTO. — Caducidad de la acción.

Referencia: Expediente Nº 286. Actor: Leonor de Angel de Casallas.

Me aparto de la parte motiva de la sentencia anterior, por las razones que sintetizo a continuación:

a) La demanda no ha debido admitirse, por caducidad, pues se demanda una elección varios años después de realizada, pretextando apoyo en el artículo 5º de la Ley 12 de 1945, norma que ya no está vigente por haberse expedido el Decreto-Ley 250 de 1970, que regula íntegramente la materia. Hoy, pues, la acción electoral, debe instaurarse dentro de los diez (10) días siguientes a la elección impugnada;

b) Negar las pruebas pedidas, aplicando literalmente un texto legal que exige la solicitud de apertura a pruebas, frente a una demanda que funda sus pretensiones en hechos que necesariamente deben ser probados, es demasiado rigorismo, es sacrificar el derecho sustancial so pretexto de defender el tenor literal de una norma procesal cuyo objetivo no puede ser otro que el de servir de instrumento para la efectiva realización del derecho sustancial.

La sola afirmación de un hecho que requiere prueba, es vehemente petición de que se abra la causa a prueba;

c) Con pruebas o sin pruebas, la decisión ha debido fundarse en la racional interpretación del artículo 174 de la Constitución Política, expedido cuando existían períodos fijos para Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejeros de Estado y que no puede coexistir racionalmente con la reforma plebiscitaria que, hizo tales cargos inamovibles, sino dándole un alcance temporal, pues repugna la inhabilidad vitalicia.

Tal objetivo se alcanza haciendo casar la inelegibilidad con la muerte de la persona que la causa, pues, fue su influencia la que justificó la previsión constitucional y la muerte acaba con la supremacía de los mortales y con el mismo parentesco en que ella se funda.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., agosto 16 de 1977.

ELECTORALES. — Distinción entre el Contencioso Electoral y el Contencioso de Restablecimiento del Derecho naturaleza de la pretensión. Plena jurisdicción.

ELECTORALES. — Determinación del quorum decisorio en una corporación pública cuando el número de sus miembros es impar. El Consejo comparte las consideraciones del "A quo".

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos setenta y siete (1977).

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

Sesión del día 16 de noviembre de 1977.

Referencia: Expediente 385. Demandante: Olid Larrarte Rodríguez.

La parte demandante y el Fiscal interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida el 23 de junio de 1977 por el Tribunal Administrativo del Cauca en el proceso de la referencia.

La parte resolutiva del fallo de primera instancia es del siguiente tenor:

"1º DECLARASE NO PROBADA la excepción de inepta demanda propuesta por la parte impugnadora.

2º NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese en la forma establecida por el artículo 232".

En la demanda se invocó el artículo 209 del C. C. A. en armonía con el 66 del **ibídem** y se pidió que en la sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el acto realizado por la Asamblea Departamental del Cauca en su sesión del 10 de noviembre de 1976, por medio de la cual dicha Corporación eligió y declaró electos a los señores Doctor GERMAN AMADOR RUBIO y Doctor ALVARO GRIJALBA, respectivamente, como CONTRALOR y CONTRALOR AUXILIAR DEPARTAMENTALES para el Cauca por el resto del período que culmina el 30 de junio de 1977 y el que se inicia el 1º de julio de 1977.

Segunda. Que es nulo el acto de la elección por cuanto él se realizó con violación de los artículos 82 y 83 de la Constitución Nacional y del 204 del C. C. A., para ambos funcionarios.

Tercera. Que es nulo en cuanto a la elección del CONTRALOR, doctor GERMAN AMADOR RUBIO, por cuanto fue elegido en violación al artículo 48 de la Ley 20 de 1975 en concordancia con el artículo 275 del Código de Rentas del Cauca y del 294 del Código Fiscal del Cauca, que corresponden a los decretos gubernamentales Nos. 351 y 352 de 1970 expedidos por el Gobernador del Cauca en uso de facultades conferidas por el artículo 1º de la Ordenanza Nº 8 de 1969.

Cuarta. Que es nulo en cuanto a la elección del CONTRALOR AUXILIAR, doctor ALVARO GRIJALBA, puesto que su elección es violatoria del artículo 10 de la Ordenanza Nº 3 de 1973 del Cauca.

Quinta. Que, como consecuencia de la nulidad ni el doctor GERMAN AMADOR RUBIO ni el doctor ALVARO GRIJALBA, pueden desempeñar los cargos de CONTRALOR DEPARTAMENTAL ni de CONTRALOR AUXILIAR del Cauca, respectivamente, debiendo ser restituidos a dichos cargos quienes los venían desempeñando hasta el momento de la elección, en este caso los señores ANTONIO SOLANO y el doctor GERARDO FERNANDEZ MAZORRA, en su orden, mientras la Asamblea Departamental proceda a realizar las elecciones correspondientes en forma legal, o facultándose al Gobernador del Departamento para que los designe en interinidad, puesto que de lo contrario se vendría a presentar un vacío fiscalizador en el Departamento".

La fundamentación del fallo de primera instancia

Primero. Los señores Amador y Grijalba se constituyeron como partes en el proceso y plantearon al fallador la excepción de inepta demanda porque el demandante so pretexto de utilizar la vía jurisdiccional del contencioso electoral, formuló una pretensión de plena jurisdicción sin aducir ni demostrar su interés para obrar.

Sobre este punto se expresa en la sentencia, lo siguiente:

"Es obvio que en ejercicio del contencioso electoral, abierto a toda persona, sólo puede solicitarse la declaración de nulidad del acto acusado, sin reclamar restablecimiento del derecho, pretensión que corresponde privativamente a la persona que se crea lesionada en un derecho suyo y que debe hacer valer a través de la acción de plena jurisdicción. Como el doctor Larrarte Rodríguez no obra como apoderado de las personas que venían desempeñando los cargos de Contralor Auxiliar del Departamento señores Antonio Solano y Gerardo Fernández Mazorra, sino en su propio nombre, carece de interés jurídico para involucrar entre las pretensiones de la demanda la solicitud de reintegro que contiene la petición quinta (5ª).

Dicha pretensión, típica del contencioso de plena jurisdicción, sólo podía ser propuesta por los propios ciudadanos afectados, si se consideraban lesionados en sus derechos.

Como es deber del juzgador interpretar la demanda teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial, el Tribunal admitió la demanda y ordenó darle el trámite que le correspondía, es decir el del proceso electoral, en atención a que el procedimiento conducente lo determina la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes. Siendo las normas de procedimiento de orden público, no susceptibles de variaciones o acomodaciones por el Juez o por las partes, corresponde dar a las demandas el trámite que por su propia naturaleza les corresponda. En el caso que se examina la vía procesal adecuada es la electoral, así la demanda hubiere incurrido en el grave error de incluir una pretensión propia del contencioso de plena jurisdicción, del cual no puede ser titular el actor en las circunstancias en que promovió el proceso.

Como antes se dijo, la parte impugnadora sostiene que el demandante, con el disfraz de la acción de nulidad, ha propuesto una acción de plena jurisdicción que conlleva, al tenor del artículo 67 de la Ley 167 de 1941 (C. C. A.), además de la anulación del acto de elección, el restablecimiento en su derecho a quienes como los señores Solano y doctor Fernández M., se creen lesionados en un derecho suyo.

Así las cosas, con base en una sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de agosto de 1964 cuya parte sustancial transcribe, solicita declarar probada la excepción de inepta demanda. (fls. 78 y 79).

Evidentemente, estima la Sala que la falta de técnica de la demanda, al pretender en el contencioso popular de anulación declaraciones propias del de plena jurisdicción, podría llevar al Tribunal a declarar probada la excepción propuesta, fundamentándose en una indebida acumulación de acciones.

Con todo, interpretando de la manera más sana la demanda en cuanto el actor ejerce un derecho que la Ley concede a toda persona para velar por la legalidad, por cuanto en su concepto en las elecciones atacadas se violaron normas constitucionales, legales y ordenanzales, es deber del fallador no sacrificar al fondo a la forma y confrontar cuidadosamente si efectivamente los actos acusados fueron expedidos con violación de las normas invocadas en la demanda. Por ello, se desechará la excepción propuesta y se entrará en el estudio de fondo de la controversia".

Segundo. Sobre el mérito del proceso, expresa el Tribunal:

a) "Tratándose de una Corporación integrada por un número impar de Diputados (17), la mitad mas uno se establece en nueve (9), que es suficiente para determinar la voluntad de la Asamblea. Exigir la asistencia de diez (10) sería pretender el quórum decisorio necesario para el caso de una corporación integrada por dieciocho (18) miembros. Como no pueden ser iguales las dos situaciones, dicha mitad más uno no cabe calcularla sobre la base de hacer aproximaciones al número siguiente, como lo propone el demandante.

De allí que la Ley 85 de 1916, artículo 49 después de definir la "mayoría absoluta", ordene que para efectos de establecerla cuando el total de los votos que pueden emitirse fuere impar, la mitad se compute prescindiendo de un voto. Parece fundamental anotar que esta disposición no está derogada como lo pretende el actor, pues las expresiones "mitad más uno" contenida en la Constitución Nacional y "mayoría absoluta" en la Ley son equivalentes. No se presenta entre ellas incompatibilidad alguna, ni el artículo 49 de la Ley 85 ha sido expresamente derogado.

Ahora bien, establecido que con la asistencia de nueve (9) de sus miembros se integró el quórum decisorio, se observa que la totalidad de los asistentes votaron por los doctores Amador Rubio y Grijalba Gómez. Significa lo anterior que los funcionarios de control fueron elegidos por unanimidad, en atención a lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución que solo exige el **voto de la mitad más uno de los asistentes** (se subraya) partiendo de la base de que exista quórum decisorio.

En otros términos, para la elección de los funcionarios habría sido suficiente un número de votos igual a la mitad más uno de nueve (9).

No se han quebrantado entonces los artículos 82 y 83 de la Constitución Nacional, ni el 204 de la Ley 167 de 1941 que se refiere al caso en que los votos emitidos se computen con violación del sistema electoral adoptado por la Ley".

b) En relación con el cargo de violación del artículo 48 de la Ley 20 de 1975, en concordancia con el artículo 275 del Código de Rentas y con el 294 del Código Fiscal; dice el Tribunal:

"Dispone el artículo 48 de la Ley 20 de 1975: 'Los funcionarios públicos de manejo del orden nacional no podrán ser nombrados dentro del año siguiente a la dejación de su cargo, en ningún empleo de la Contraloría General de la República'".

De la simple lectura de la norma transcrita se deduce, sin esfuerzo alguno, que el ámbito de su aplicación está reducido a funcionarios públicos de manejo **del orden nacional** (se subraya), los cuales no pueden ser nombrados dentro del año siguiente a la dejación de sus cargos, en ningún empleo de la **Contraloría General de la República** (se subraya).

Esta disposición restrictiva no puede ser aplicada a funcionarios departamentales de manejo que pasen a ocupar cargos en la Contraloría Departamental, como lo pretende el actor y lo acepta el señor Fiscal Segundo del Tribunal.

Es bien sabido que en materia de impedimentos, incompatibilidades, causales de nulidad de nombramientos, etc. no cabe la analogía prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

Pero, aún aceptando que el Gerente de la Industria Licorera sea un empleado de manejo, no existe en los mencionados Códigos prohibición alguna para que sea elegido Contralor del Departamento. Solo que el doctor Amador Rubio está comprendido en

la prohibición contenida en el artículo 436 del Código Fiscal, que a la letra dice: "Ningún funcionario o empleado del orden fiscal, podrá revisar actuaciones de oficinas en las que haya intervenido en calidad de empleado público, sujeto a fiscalización de la Contraloría, ni actuaciones en las cuales hayan intervenido parientes suyos dentro de los grados a que se refiere el artículo 434, **so pena de nulidad de dichos actos** y de incurrir en causal de mala conducta", (El subrayado es del Tribunal).

De tal manera que por este aspecto que se deja examinado, tampoco puede prosperar la demanda en atención a la causal de inelegibilidad que se reclama no está contemplada expresamente para el caso **sub judice".**

c) Sobre la pretensión de nulidad de la elección de contralor auxiliar por quebranto del artículo 10 de la ordenanza Nº 3 de 1973:

"Según la norma ordenanzal citada, 'el Contralor auxiliar será elegido por la Asamblea Departamental para período de dos (2) años y de filiación política distinta a la del Contralor'".

Como está plenamente acreditado en el proceso que tanto el Contralor elegido, doctor Amador Rubio, como el Contralor Auxiliar, doctor Grijalba Gómez, son de filiación liberal, se reclama la nulidad de la elección de este último, por violación de la ordenanza.

El apoderado de los impugnadores sostiene que la norma está derogada por la Ordenanza 38 de 1975, en cuyo artículo primero (1º) se establecen las calidades necesarias para ser designado Contralor Auxiliar.

La Sala considera que la disposición contenida en el artículo 10 de la Ordenanza Nº 3 de 1973, es contraria al inciso 2º del Parágrafo transitorio del artículo 172 de la Constitución Nacional conforme al cual: "...En las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1º de enero de 1970, y en las del Senado y Cámara de Representantes, a partir del 1º de enero de 1974, dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas corporaciones y, en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos". (A. L. Nº 1º de 1968 Art. 50).

Es elemental que si las Asambleas dejaron de ser paritarias, los nombramientos de funcionarios que le correspondan están sometidos al libre juego de los partidos".

El Concepto del Ministerio Público

El señor Fiscal 3º de la Corporación no se refiere al aspecto procesal planteado por la parte impugnadora. Sobre el fondo de la cuestión debatida, manifiesta que debe confirmarse el fallo recurrido, por las siguientes razones:

Primero. En relación con el problema del número de votos para elegir, cita los comentarios del señor Samper a las normas constitucionales pertinentes, de los cuales la Sala destaca, el siguiente párrafo:

"El mundo ilustrado, en todos los tiempos y países de gobierno constitucional y de poderes colectivos, no ha descubierto otra regla mejor (salvo casos muy excepcionales) para establecer la voluntad de muchos, que el voto de las mayorías; entendiéndose por mayoría (cuando la decisión se concreta a determinados asuntos, afirmando o negando, aceptando o rechazando) el voto del número próximamente mayor a la mitad matemática del total de votantes". Y al comentar el artículo 82: "Si, por ejemplo, el Senado ha de componerse de 27 miembros... podrá abrirse la sesión con sólo la asistencia de 9 senadores, y con este número podrán adoptarse simples resoluciones (deliberar) y aprobarse proyectos en primer debate y artículos en segundo; pero será necesaria la concurrencia de la mayoría absoluta de senadores (esto es 14 de ellos) para cerrar el segundo debate y para aprobar la Ley en el tercero. Quedan de este modo conciliadas dos necesidades: la de facilitar las sesiones y los trabajos de las Cámaras; y la de asegurar el voto de las mayorías de los totales de miembros, para la aprobación de las leyes" (Op. Cit. Págs. 185 y 188).

Más adelante agrega el señor Fiscal:

"A corregir la inconsecuencia democrática que implica este sistema, se orienta el artículo 3º del proyecto, devolviendo la capacidad de decidir en las Corporaciones Públicas a la mayoría absoluta, o sea a la mitad más uno de los votos de los asistentes, a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Imprenta Nacional. Bogotá, 1969, págs. 226-227).

El Consejo de Estado ha considerado que cuando se trata de una corporación integrada por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura "mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes, mas la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y una por la negativa; cuando siendo 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc. etc.". (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Expediente 1375. Sentencia de 19 de julio de 1973).

"En el caso presente está demostrado que la Asamblea del Departamento del Cauca se compone de diecisiete diputados; que a la sesión del 10 de noviembre de 1976 asistieron nueve y que votaron todos por los doctores Germán Amador Rubio y Alvaro Grijalba Gómez para los empleos de Contralor General y Contralor Auxiliar respectivamente. De manera que fueron elegidos por la mayoría absoluta, de acuerdo con la interpretación antes expuesta, sin violar las normas constitucionales señaladas por el demandante".

Segundo. Sobre el cargo de violación del artículo 48 de la Ley 20 de 1975, manifiesta:

"La norma general, consagrada en el artículo 241 del Código de Régimen Político y Municipal, es que pueden ser nombrados

para los destinos públicos, de mando o jurisdicción, todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando la Constitución o la Ley exijan determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas.

El mandato legal destinado a los funcionarios de manejo del orden nacional en relación con la Contraloría General de la República no se puede extender, sin un ordenamiento legislativo, al ámbito departamental".

Tercero. Sobre la violación del artículo 10 de la ordenanza, comparte las consideraciones del **"a quo"** y transcribe apartes de una sentencia de esta Corporación, proferida el 16 de septiembre de 1971, en la cual se dijo:

"Por consiguiente, cuando las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales deban elegir un número plural de personas para cargos de idéntica naturaleza, tendrán que aplicar el sistema del cuociente electoral, y cuando se trate de elección singular, así se hagan muchas en la misma sesión, deberán aplicar la regla de la mayoría".

El actor no sustentó el recurso, por lo cual no es posible conocer las razones de su inconformidad con el fallo de primera instancia.

Consideraciones de la Sala

Primero. El aspecto procesal

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho siempre la distinción entre el contencioso electoral y el contencioso de restablecimiento del derecho, cuando se trate de elecciones realizadas por las Corporaciones Públicas o de nombramientos de funcionarios.

En el auto de 3 de octubre de 1950, se dijo:

"El contencioso de plena jurisdicción o subjetivo contra el acto por el cual se hace un nombramiento que, como lo indica su enunciado, solo puede ser ejercitado por quien ha sufrido una violación de sus derechos particulares por causa del acto que se demanda solamente concierne a determinada o determinadas personas: en él se actúa para el restablecimiento del derecho particular violado. Y como expresamente la Ley (Ley 167 de 1941, Art. 83) regula la prescripción de la acción que otorga para el restablecimiento del derecho particular violado, señalando un término hábil de cuatro meses, y un procedimiento ordinario, para cuando no establece uno especial, es indudable que al ejercitar la acción privada o contenciosa de plena jurisdicción contra el acto por el cual se hace un nombramiento, la prescripción de la acción debe ser de cuatro meses a partir de la expedición de aquél, y el procedimiento debe seguirse por la vía ordinaria" (Auto, 3 de octubre de 1950, T. LVIII, números 367, 371, p. 309).

Mediante sentencia proferida el 12 de agosto de 1964, de la cual fue ponente el doctor Alejandro Domínguez Molina, se declaró probada la excepción de inepta demanda con fundamento en las siguientes razones:

La Ley 167 de 1941 somete al procedimiento especial que señala el Capítulo XX, las demandas en que se ejercita la simple acción de nulidad de elecciones y de nombramientos, mas no sujeta a ese trámite aquéllas en que se ejercita la acción de nulidad con restablecimiento del derecho. Para admitir esta afirmación no se requiere hacer esfuerzos dialécticos, pues basta observar que el contencioso electoral que se sujeta a ese trámite especial, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, no puede intentarse en cualquier tiempo ni dentro del señalado por el artículo 83 para las acciones contenciosas subjetivas, no requiere en la demanda la designación de las partes, ni en el auto admisorio la orden de que se comunique al Gobierno, y en la sentencia sólo se resuelve sobre la nulidad de la elección o nombramiento, único fin que se persigue con la acción. Todo esto indica que no se puede ejercitar el contencioso subjetivo sobre restablecimiento del derecho, mediante el procedimiento señalado para los juicios electorales, pues, no puede adelantarse el proceso en que se ventila tal cuestión sin tener como parte a la administración, sólo puede ser intentado por el titular del derecho a quien sólo interesa la anulación del nombramiento del empleado que lo sustituyó, como medio para obtener el restablecimiento en el cargo y el pago de los sueldos, y, en la sentencia que le pone fin no se limita el fallador a resolver sobre la nulidad del acto acusado sino que debe estatuir sobre el restablecimiento del derecho, cuando la demanda prospera.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen admitido que lo que determina el procedimiento conducente es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes. La Ley se inspira en ello para señalar los trámites procesales a que se sujetan las distintas controversias. También la doctrina y la jurisprudencia tienen sentado que las leyes que fijan el procedimiento a seguir en cada caso, son de orden público y no son susceptibles de variaciones o acomodaciones ni por el Juez ni por las partes. De ahí que la equivocación en la escogencia de la vía procesal, afecta la actuación y hace inoperante la demanda.

En el caso de autos es notoria la ineptitud de la demanda por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde, pues se acudió al contencioso electoral que regula el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941, cuando la acción que en realidad se ha ejercitado es la de restablecimiento del actor en el cargo con la consiguiente indemnización y no simplemente la anulación del nombramiento o elección de la persona que lo reemplazó, ya que ésta se pide nada más que como medio para alcanzar ese propósito.

El Tribunal no lo vio así y para desechar la informalidad que al respecto hizo notar el señor Personero Municipal de Barranquilla, acudió a argumentaciones que la Sala no ha podido entender.

Y aunque es cierto que el procedimiento mal elegido no es causal de nulidad, porque no está erigido como tal en la ley, como es siempre camino legalmente inconducente para obtener una sentencia favorable, lo procedente cuando a ello se ha dado lugar, es tener como inepta la demanda y negar, en consecuencia, sus pretensiones". (Anales T. LXVIII números 405 y 406).

En el caso **sub lite** el fallador de primera instancia interpreta la demanda y, en tal virtud considera que, no obstante la petición adicional de reintegro al cargo, que podría configurar una "indebida acumulación de acciones", lo esencial es que la finalidad perseguida por el actor es la tutela del orden jurídico objetivo.

A juicio de la Sala, si se estimase que el punto 5º de las peticiones de la demanda contiene una solicitud de reintegro en sentido estricto, el fenómeno no se podría configurar como una acumulación indebida de pretensiones, sino como la formulación de una pretensión global y única de plena jurisdicción, estructurada por dos peticiones, concurrentes y consecuenciales, la de nulidad del acto y la de restablecimiento del derecho vulnerado por el acto. En efecto la hipótesis que contempla el artículo 67 del C. C. A. no constituye una dualidad de pretensiones que se acumulan; allí se estructura una sola pretensión que la doctrina ha denominado de plena jurisdicción, y que se conforma por dos peticiones conjuntas, una de las cuales está condicionada a la prosperidad de la otra.

Pero lo ocurrido en el caso de autos es diferente: la petición 5ª de la demanda no se endereza, en estricto rigor, a obtener un reintegro sino a que el fallador provea en orden a evitar una supuesta acefalía en los organismos superiores de control fiscal. Pese a este temor del demandante no es fundado, pues la ley tiene previstos los mecanismos necesarios para que ello no ocurra, tales como la posibilidad de convocar la Asamblea a sesiones extraordinarias para una nueva elección, de todas maneras la inquietud expresada en la demanda le permite precisar al juzgador la exacta finalidad y alcance de esa petición para concluir, que, en estricto rigor, no es una solicitud de reintegro y que, por lo mismo, no alcanza a tener virtualidad suficiente como para desnaturalizar la pretensión de nulidad propuesta.

De todas suertes la petición se formuló y el fallador no puede ignorarla; pero como dentro del proceso de simple nulidad no cabe otra decisión distinta a la de simple anulación, lo indicado procesalmente, es un pronunciamiento inhibitorio en relación con ella.

Segundo. La Cuestión de Fondo

a) Cargo de violación de los artículos 82 y 83 de la Constitución Nacional.

El Consejo comparte las consideraciones del "**a quo**", que también acoge el señor Fiscal 3º, en lo atinente a la determinación del quórum decisorio en una Corporación pública como las Asambleas, cuando el número de sus miembros es impar. La expresión matemática "Mitad más uno de los miembros" que empleó el Constituyente de 1968 no es en verdad muy afortunada, pero de todos modos lo que se quizo significar con ella fue la exigencia de que estuviera presente la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, tal y como la Constitución lo ha venido exigiendo desde 1886. Ya esta Corporación en fallo de la Sección 1ª tuvo oportunidad de expresar lo siguiente sobre el alcance de la expresión:

> "El constituyente de 1968 abandonó la tradicional expresión 'mayoría absoluta' y, por lo menos en el artículo 83 de la Carta, pues hay otras disposiciones constitucionales que lo conservan co-

mo el artículo 80 y el inciso final del vecino artículo 81, señaló que las decisiones debían adoptarse por la mitad más uno de los votos, que corresponde, ciertamente, a una de las variantes que puede asumir la mayoría absoluta, o sea, aquella en que el número de votos sea par, hipótesis en la cual la dicha mayoría siempre será la mitad más uno, lo que significa que en tal caso el mínimo a favor de la decisión mayoritaria será de dos votos. Mas no ocurre lo propio cuando el número de votos es impar, caso en el cual la mitad más uno da una fracción de medio voto que de ser aproximada al número entero inmediatamente siguiente significaría siempre una diferencia a favor de la decisión mayoritaria de 3 votos y no de dos, lo cual no parece lógico, y en algunos casos conduciría a situaciones francamente absurdas como lo sería exigir la unanimidad cuando la decisión la tomen tres personas (3/2 igual 1.5/1 igual 2.5 igual 3, aproximado por exceso) o una mayoría de los 4/5 partes, muy superior a las de los 2/3 que el Constituyente establece para los casos de la mayoría más rigurosamente calificada, cuando la decisión la toman cinco votantes 5/2 igual 2.5 / 1 igual 3.5 igual 4 aproximando por exceso).

Parece ser que esto es producto de haberse consignado en el artículo 83 la misma frase del artículo 82, que establece el quórum decisorio en "la mitad más uno de los ingrantes de la respectiva corporación" expresión que refleja siempre y en forma matemática mayoría absoluta por ser **paritarias**, las corporaciones públicas, o sea, por ser siempre divisible por dos el número de sus integrantes, con olvido de que el quórum decisorio puede aumentar del mínimo y hacerse impar el número de sus componentes, o que da un número impar siempre que el total sea conforma (sic) por la suma de dos números pares, casos en los cuales no es matemáticamente aplicable la regla de la mitad más uno, refuerza lo anterior el siguiente aparte de la ponencia sobre el texto unificado del proyecto de reforma constitucional presentado ante el Senado en la segunda vuelta por el Senador Raúl Vásquez Vélez:

"En la ponencia para segundo debate sobre el proyecto número 63 de 1966, dijimos:

"Artículo 3º Este artículo decía que las votaciones en el Congreso pleno, en las Cámaras y en las Comisiones Permanentes se tomarán 'por la mitad más uno de los votos de los asistentes' y la Cámara suprimió 'de los asistentes'.

"No cree vuestro ponente que se haya ganado en claridad con la supresión anotada. Se trata de un texto constitucional que va a ser interpretado a nivel de Asambleas y Concejos y si bien es cierto que esté obviamente entendido que las decisiones no se podrán tomar sino 'con la asistencia de la mitad más uno' de los miembros que componen la respectiva corporación, hubiera sido más aconsejable el texto original. Conviene por tanto dejar clara constancia en la historia de esta reforma que cuando en una corporación estén presentes la mitad más uno de los miembros que la componen pueden entrar a decidir y la decisión se tomará por la mitad más uno de los asistentes y no por la mitad más uno de los miembros que la componen. Salvo, desde luego, los casos en que la misma Constitución exija una votación calificada. Vaya, se-

ñores Senadores, un ejemplo para evitar futuros equívocos: una corporación de 18 miembros tiene quórum para deliberar con 6 que es la tercera parte de sus miembros; tiene quórum para decidir con 10 que es la mitad más uno de sus miembros y si no hay presentes sino 10, la determinación uniforme que tomen 6 que es la tercera parte de sus miembros es válida porque es la mitad más uno de los votos de los asistentes: si hay 12 presentes, la determinación uniforme que tomen 7 es válida por la misma razón y si están todos los 18 miembros presentes, la votación que hagan uniformemente 10 será válida porque 10 es la mitad más uno de los asistentes". (Historia de la reforma constitucional de 1968. República de Colombia, Secretaría Jurídica. Pág. 545 y s.).

Como se advierte, se parte siempre de que el número de votantes es par y no tuvo en mente que pudiera ser impar. Por esto, esta Sala considera que en esta hipótesis debe tomarse la noción de mayoría absoluta, mediante la aproximación por defecto del número que resulta de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y una por la negativa, cuando siendo 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc. etc. O dicho en otros términos, el cambio de la expresión "mayoría absoluta" por mitad más uno no tuvo por finalidad el cambio del concepto tradicional de la mayoría absoluta, sino pretender mayor claridad, en la práctica, con poca fortuna.

Se anota que esta interpretación para aplicar el artículo 83, está contenida en el artículo 27 del Reglamento de la Cámara, que resuelve atinadamente las dos modalidades que puede asumir la mayoría absoluta, cuando expresa:

"Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos acordes superior a la mitad del total de los votos emitidos, aun cuando esta mayoría la constituya una fracción, en caso de ser impar el número de los votantes". (Sentencia julio 19 de 1973 Expediente 1375 Doctor Dávila).

Esta conclusión la abona el propio constituyente de 1968 cuando expresa:

"A corregir la inconsecuencia democrática que implica este sistema, se orienta el artículo 3º del proyecto, devolviendo la capacidad de decidir en las Corporaciones Públicas **a la mayoría absoluta, o sea a la mitad más uno de los votos de los asistentes**, a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Imprenta Nacional. Bogotá, 1969, Págs. 226-227. Subraya la Sala).

La cita que también hace el señor Fiscal de los comentarios de Samper es muy pertinente cuando dice:

"Si, por ejemplo, el Senado ha de componerse de 27 miembros... podrá abrirse la sesión con sólo la asistencia de 9 senadores, y con este número podrán adoptarse simples resoluciones (deliberar), y aprobarse proyectos en primer debate y artículos en el segundo; pero será necesaria la concurrencia de la mayoría absolu-

ta de senadores (esto es 14 de ellos) para cerrar el segundo debate y para aprobar la ley en el tercero. Quedan de este modo conciliadas dos necesidades: la de facilitar las sesiones y los trabajos de las Cámaras; y la de asegurar el voto de las mayorías de los totales de miembros, para la aprobación de las leyes". (Op. Cit. Págs. 185 y 188)".

También hace ver el señor Fiscal que el propio constituyente de 1968 consideró equivalentes las expresiones mitad más uno y "mayoría absoluta'. Al efecto transcribe lo siguiente:

"El Consejo de Estado ha considerado que cuando se trata de una corporación integrada por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura "mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina un número de un voto a favor de la decisión mayoritaria y así habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y una por la negativa; cuando siendo 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc. etc.". (Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Expediente 1375 - Sentencia de 19 de julio de 1973).

En el caso presente está demostrado que la Asamblea del Departamento del Cauca se compone de diecisiete Diputados: que a la sesión del 10 de noviembre de 1976 asistieron nueve y que votaron todos por los doctores Germán Amador Rubio y Alvaro Grijalba Gómez para los empleos de Contralor General y Contralor Auxiliar respectivamente. De manera que fueron elegidos por la mayoría absoluta, de acuerdo con la interpretación antes expuesta, sin violar las normas constitucionales señaladas por el demandante".

Por consiguiente, si la Asamblea del Cauca estaba constituida por 17 miembros de los cuales estuvieron presentes 9, había "quórum" para decidir, y por lo tanto, el cargo de violación del artículo 82 de la Constitución Nacional no podía prosperar como tampoco el que se fundamenta sobre el quebranto del artículo 83 pues la elección de los dos funcionarios se hizo por la unanimidad de los asistentes.

b) Cargo de violación del artículo 48 de la Ley 20 de 1975.

La Sala comparte las consideraciones y las conclusiones del **"a quo"** y del señor Fiscal 3º del Consejo porque, en verdad la norma que se aduce como quebrantada, estructura una inhabilidad estrictamente aplicable a quienes hubieren ejercido cargos de manejo del orden nacional para el desempeño de empleos en la Contraloría General de la República que no puede extenderse analógicamente al orden departamental, máxime si en el régimen fiscal seccional existen disposiciones como el artículo 436 del Código Fiscal del Cauca que apenas erigen en causal de impedimento para la revisión de cuentas, la circunstancia de haber participado antes en su elaboración, de lo cual se infiere que ese mismo hecho no puede constituir una inhabilidad general para el ejercicio ulterior de la función fiscalizadora.

c) Violación del artículo 10 de la Ordenanza Departamental Nº 3 de 1973 según el cual el contralor auxiliar debe ser de filiación política diferente a la del Contralor Titular.

Acertadamente estima el **"a quo"** que la disposición de la ordenanza que se aduce como violada no puede tener aplicación, porque en virtud de las normas constitucionales hoy vigentes, cuando quiera que una asamblea deba elegir a una persona para el desempeño de algún cargo ha de aplicarse la regla de la mayoría absoluta, de votos. Si como ocurre en el caso de autos, se trata de proveer dos cargos diferentes, en cada acto de elección debe prevalecer la voluntad mayoritaria, lo cual no sería posible si a ello se opusiere una norma que, como la de la ordenanza citada, predeterminará cuál deba ser la filiación política del elegido.

En mérito de las consideraciones expuestas, 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:

PRIMERO. Revócase la sentencia de primera instancia, pero solamente en cuanto niega la petición 5ª del libelo de demanda y en su lugar declara que no hay lugar a ningún pronunciamiento de mérito sobre ella, por las razones expresadas en la parte motiva.

SEGUNDO. En lo demás confírmase la sentencia recurrida.

Previa ejecutoria remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Miguel Lleras Pizarro, Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, (No asistió). *Osvaldo Abello Noguera, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, Nemesio Camacho Rodríguez, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Humberto Mora Osejo, Alvaro Pérez Vives, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ELECTORALES. — Acción de nulidad del acto electoral. Acumulación de pretensiones deben ser atendidas las peticiones que efectivamente movieron el ánimo del demandante, dejando de lado aquellas pretensiones que no armonicen totalmente con la principal, o mejor decir, con la que constituyó el móvil de la acción y declarando la inhibición para las indebidamente acumuladas.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., octubre veintisiete de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente 324.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 25 de mayo del año en curso proferida por el Tribunal del Cesar y por medio de la cual esa Corporación se declaró inhibida para conocer sobre el fondo del negocio propuesto, debido a que dio prosperidad a la excepción de indebida acumulación de acciones.

El doctor Felipe de Jesús Namen Rapalino en ejercicio de la acción electoral demandó la nulidad de la elección del Contralor General, del Contralor Auxiliar y del Auditor General interno, todos del departamento del Cesar y realizada el 27 de noviembre de 1976 por la Asamblea de ese departamento.

Solicitó, así mismo, "la nulidad de la proposición mediante la cual se citó para elección de estos funcionarios y que lleva fecha noviembre 24 de 1976 firmada por 7 diputados".

Como hechos fundamentales de su demanda, expuso, en síntesis, los siguientes:

El 1º de octubre de 1976 se instaló legalmente la Asamblea del Cesar y procedió a elegir mesa directiva, según consta en acta que anexa a la demanda. El período de tal directiva es, según el reglamento, de 30 días, al cabo de los cuales debe elegirse una nueva. Pero el 24 de noviembre, un grupo de diputados se "tomó" el recinto de la Asamblea y procedió a cambiar mesa directiva, violando así el artículo 20 de la ordenanza 002 de noviembre 9 de 1976, y acto seguido aprobó una proposición citando para el 27 de noviembre, a las diez de la mañana, a fin de hacer las elecciones que se están demandando, desaten-

diendo el reglamento de la misma Asamblea. El 27 de noviembre, de acuerdo con la citación hecha por la proposición que sólo lleva la firma de siete diputados, se hizo la elección motivo de la demanda, antes de que pasaran tres días entre la citación y la elección y sin permitir los autores de esta citación y elección, que el resto de diputados se notificara de la citación. Para ese mismo día, 27 de noviembre, el Presidente de la Asamblea citó a "todos" los diputados para las 10 de la mañana del 27 de noviembre, pero no se pudo sesionar por falta de quórum. Después de llamar dos veces a lista, entraron al recinto de la Asamblea los diputados electos, quienes presididos por el señor Ricardo Vargas, procedieron a hacer las elecciones que se demandan.

Al siguiente día de la elección se volvieron a reunir los diputados que realizaron las elecciones demandadas, para entrar a decidir, en primer debate, sobre la reforma del reglamento de la corporación, porque el existente había sido violado por ellos.

Por los motivos que en extenso expone el libelo demandatorio, la elección demandada, violó el artículo 25 de la Ordenanza 002 de 1976 que contiene el reglamento interno de la Corporación, cuyo texto se transcribe. Así mismo el acto de elección violó el artículo 195, numeral 1º del C. C. A., "en consideración a que la elección a la que me he referido, SE DIO EN DIA DISTINTO AL SEÑALADO POR LA RESPECTIVA AUTORIDAD CON FACULTAD LEGAL, Y QUE EN ESTE CASO ES LA ASAMBLEA MISMA, QUE QUISO QUE EL ARTICULO 25 DE SU ORDENANZA ORGANICA, CONTEMPLADA LA SITUACION CRONOLOGICA ESPECIAL PARA LOS EFECTOS DE LA DESIGNACION DE LOS FUNCIONARIOS YA MENCIONADOS".

Esta demanda fue admitida, por sujetarse en cuanto a su forma a los preceptos legales, en auto de 31 de enero de 1977, después de haber recibido copia del acta de la sesión del 27 de noviembre de 1976, y el 9 de febrero siguiente, último día de la fijación del negocio en lista, el actor procedió a corregirla, "en el sentido de adicionarla de la siguiente manera:

"PRIMERO.Que se declare por ese Honorable Tribunal la nulidad de la Sesión de la Asamblea Departamental del Cesar del día 24 de noviembre de 1976, la que se llevó a cabo a las 10 A. M., o de esta hora en adelante (Acto de sesión de la Duma Departamental), en consideración a que el acto mencionado, se realizó dentro de una hora no concebida por la ordenanza orgánica de la Duma Departamental.

SEGUNDO. Que la declaratoria de nulidad de la Proposición de noviembre 24 de 1976, citatoria de la elección de los funcionarios a que hago referencia en el libelo demandativo, se haga también en honor a que se dio dentro de una reunión realizada por la Asamblea en una hora no concebida por sus estatutos.

TERCERO. Que la declaratoria de nulidad del acto electivo de los funcionarios a quienes me he venido refiriendo, proceda también en honor a que dicha elección se llevó a cabo dentro de una hora que los estatutos orgánicos de la Duma Departamental no contemplan".

Así mismo dijo el actor en esta ocasión, que la proposición impugnada "violó los artículos 48 y 49 de su ordenanza orgánica (002 de noviembre 9 de 1976), en consideración a que las reuniones mencionadas, las llevó a cabo dentro de unas horas que riñen contra la estipulada en los estatutos".

Al juicio se presentaron partes coadyuvantes e impugnadoras y todos los adherentes expusieron sus puntos de vista acordes con las aspiraciones respectivas. El señor Fiscal 3º del Consejo, colaborador en el caso presente, después de hacer un detenido estudio sobre la acumulación de acciones y la de pretensiones, estimó que la sentencia materia del recurso debe revocarse a fin de que el Consejo entre a estudiar el fondo del problema planteado y decida finalmente sobre el mismo, sin decir en este evento, cual es su concepto.

Se considera

Las peticiones formuladas en la demanda indican a las claras que la acción ejercitada es la nulidad de un acto electoral y las adiciones hechas a la demanda se han formulado como una simple acción de nulidad. Si las dos pretensiones se pudieran llevar bajo una misma cuerda, con un mismo procedimiento, podría llegarse a la acumulación de pretensiones de que habla el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Mas como ello no es posible, será preciso tener en cuenta otros puntos de vista para efectos de la interpretación de la demanda.

A la Sala no le cabe la menor duda de que el actor lo que pretendió, por sobre todo, fue demandar las elecciones de contralores General y auxiliar y de auditor interno de la Contraloría del Departamento del Cesar. Así los manifestó expresamente la demanda cuando su autor dijo que invocaba el procedimiento estatuido en el capítulo **XX** del C. C. A., y esta misma fue la interpretación que dio el Tribunal **a quo**, cuando en el auto admisorio de la demanda, se refirió expresamente a los requisitos de forma establecidos en el artículo 210 del mismo Código y dijo textualmente en el numeral 1º de su auto de 31 de enero del año en curso: "admítese la presente demanda electoral..." Como tal fue tramitado el juicio y como tal se tuvo en cuenta para efectos de repartimiento y de fijar la competencia de la Sala Plena en esta Corporación.

Se encuentra la Sala, en virtud de la adición hecha a última hora de presentar la demanda, pues ni siquiera está escrita en máquina como todo el resto del libelo, sino a mano, y de la otra adición posterior que fue presentada el último día de la fijación en lista, que el actor quiso sumar a su demanda electoral otras pretensiones que nada tienen que ver con el juicio electoral y que hicieron pensar al Tribunal del Cesar que estaba acumulando a ella otra nueva demanda de simple nulidad. Efectivamente esta acumulación de acciones que rigió en el viejo Código Judicial, de acuerdo con el pensamiento del Consejo y de los Tribunales, era calificada como una indebida acumulación de acciones que conducía a un fallo inhibitorio, como lo hizo el **a quo** en la sentencia que ahora se revisa. Mas, dentro de las modernas prácticas procesales, se ha cambiado esa figura por la de acumulación de pretensiones de que trata el artículo 82 del Código de Proce-

dimiento Civil, ante cuyo contenido tanto el Consejo como la Corte Suprema de Justicia, han sido más amplios y con ese criterio han decidido que deben ser atendidas las peticiones que efectivamente movieron el ánimo del demandante a formular sus acusaciones, dejando de lado aquellas pretensiones que no armonicen totalmente con la principal, o mejor decir, con la que constituyó el móvil de la acción, y declarando la inhibición para las indebidamente acumuladas, todo con el ánimo de hacer más efectivos los procedimientos y de garantizar más los derechos de quien reclama una declaración judicial.

Aunque en apariencia la demanda presenta una indebida acumulación de pretensiones, caso en el cual la solución estaría en la orientación jurisprudencial anotada, una interpretación racional del libelo y de sus escritos de adición permite arribar a una conclusión diferente. En estricto sentido no existe sino una sola pretensión: la nulidad del acto de elección de los funcionarios atrás mencionados. Porque la nulidad de la proposición que señala día y hora para su designación, es un antecedente o requisito previo al acto o, mejor, un simple acto de trámite que por no resolver directa o indirectamente el fondo del asunto no es susceptible de impugnación jurisdiccional. Cosa distinta es que ese paso o trámite, de ser ilegal, puede discutirse para alegar la expedición en forma irregular del acto de lección. Y la nulidad de la reunión del día 24 de noviembre de 1976, es petición francamente improcedente y antitécnica. En el proceso contencioso puede pedirse la nulidad de los actos administrativos que se expiden durante una reunión de una corporación pública, identificándolos plenamente, pero no de la reunión misma porque ésta en sí no constituye un acto administrativo ni un conjunto de éstos. Por esta razón la sentencia que dio origen a este recurso, se habrá de REFORMAR, en el sentido de confirmar la inhibición en cuanto a todas las pretensiones distintas de las electorales, para entrar a decidir sobre éstas.

En efecto, la demanda estima que con la elección de los funcionarios para el Departamento del Cesar, se "VIOLARON EL ARTICULO 25 DE LA ORDENANZA Nº 002 DE NOVIEMBRE 9 DE 1976, EN CONCORDANCIA CON EL ARTICULO 195 DE LA LEY 167 DE 1941, PARAGRAFO O NUMERAL PRIMERO". Ya se dijo que el actor expone largamente el concepto de violación, para cumplir así con ese requisito formal de la demanda. Mas sucede que el artículo 195 del C. C. A., no se puede armonizar con el artículo 25 de la Ordenanza citada por el actor, debido a que a los autos no se ha traido prueba idónea de la mencionada ordenanza. En verdad el actor adjuntó a su demanda una fotocopia, sin autenticar, de un proyecto de ordenanza, sobre la cual se le ha colocado a manuscrita, el número 002. Entonces, no estando probada la existencia de la norma que se dice quebrantada, de acuerdo con el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil y con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, no se puede dar prosperidad a las peticiones de orden electoral contenidas en la demanda.

Por lo dicho, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal 3º, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

PRIMERO. REFORMASE la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de carácter electoral contenidas en el libelo de demanda.

SEGUNDO. CONFIRMASE la misma sentencia en el sentido de declararse el Juez inhibido para conocer de las demás pretensiones distintas a las de orden electoral de que tratan la demanda y su corrección.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, dejando constancia que ella se aprobó en sesión del día 26 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

Miguel Lleras Pizarro, Alfonso Arango Henao, Osvaldo Abello Noguera, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis, Alvaro Pérez Vives, Ignacio Reyes Posada, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ELECTORALES. — Rectificación de la doctrina sobre la necesidad de notificar el auto admisorio de la demanda al presunto afectado. La acción electoral y su calidad de acción pública. Términos del proceso electoral, intervención del Agente del Ministerio Público.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., octubre veintiséis (26) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Sesión del día veintiséis (26) de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya)**

Referencia: Expediente Nº 317. Actor: Raúl Guerrero Porras. Apelación sentencia de 27 de abril de 1977, del Tribunal Administrativo de Bolívar. Nulidad elección de Contralor Auxiliar del Departamento de Bolívar para el período 1977 - 1979. Electoral.

El doctor Raúl Guerrero Porras formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar para obtener la declaración de nulidad del acto de la elección del doctor Jaime Malo Hernández como Contralor Auxiliar del Departamento de Bolívar para el período comprendido entre el 1º de julio de 1977 y el 30 de junio de 1979 realizado por la Honorable Asamblea de ese Departamento en su sesión del 26 de octubre de 1976.

El actor considera que el acto de la elección está viciado de nulidad por haberse efectuado con mucha anterioridad a la iniciación del período, para el cual se eligió y dentro del que estaba en curso que se inició el 1º de julio de 1975 y terminaba el 30 de junio de 1977, incurriendo por ello en violación del artículo 280 de la Ley 4ª de 1913 que dice: "Siempre que se haga una elección después de principiado un período se entiende hecha sólo para el resto del período en curso".

El Tribunal por sentencia del 27 de abril del corriente año no accedió a las peticiones de la demanda, por lo que el actor interpuso recurso de apelación que fue concedido.

Tramitado el proceso en esta segunda instancia, el recurrente no concurrió a sustentarlo y fue oido el concepto del señor Fiscal 1º del Consejo de Estado quien comparte el criterio del Tribunal y estima

que si el Consejo de Estado se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debe confirmarse la sentencia apelada, pero observa que de acuerdo con reiterada doctrina de la Corporación el proceso está viciado de nulidad por cuanto que al admitir la demanda no se notificó al posible perjudicado con el fallo y el proceso se adelantó sin su anuencia e intervención, lo que haría necesario decretar la nulidad de lo actuado a partir de la admisión de la demanda.

Se procede a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

La Sala ha examinado nuevamente la doctrina adoptada por el Consejo sobre la necesidad de notificar el auto admisorio de la demanda al presunto afectado con el fallo y considera que ésta debe rectificarse por corresponder a un inadecuado transplante del mecanismo procesal consagrado para los litigios en el derecho privado que no se compadece con el espíritu que informa el régimen de los juicios electorales contenido en el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941.

En efecto, los artículos 201 y 202 del Código Contencioso Administrativo consagran el ejercicio de la acción electoral como un derecho que tiene cualquier ciudadano para obtener la nulidad de los actos de elección cuando estos no se realicen con el lleno de las formalidades que exige la Ley o cuando el candidato elegido no reune las condiciones constitucionales o legales que lo habiliten para desempeñar el cargo o estuviere impedido para ser elegido.

Los términos consagrados por esas normas le dan al ejercicio de la acción electoral la calidad de acción pública en la que se discute o propone la legalidad del acto en sí o la incapacidad del elegido para desempeñar el cargo o el impedimento para ser favorecido con la elección, lo que en todos los casos producirá una declaración de nulidad del acto mismo.

El artículo 209 del Código fija un término angustioso de 10 días hábiles para formular la demanda a partir del día siguiente al de la fecha de su realización y establece un procedimiento especial, en los siguientes artículos, para que el proceso se adelante con la celeridad que ese tipo de acción requiere.

Basta con mencionar los artículos 215, 216, 217 y 218, **ibídem** que fijan el criterio central en estos procesos, sobre la necesidad de su rápida tramitación y decisión para que el pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional produzca los efectos buscados y no se hagan nugatorias las decisiones por la demora en su pronunciamiento:

Dicen así los artículos mencionados:

"Artículo 215. Recibida por el Tribunal la demanda, deberá ser repartida el mismo día o a más tardar el siguiente hábil.

"Si el juicio tiene únicas instancias ante el Tribunal, el auto que admite la demanda y el que deniega la admisión se dictan por el sustanciador.

"Contra el primero no hay ninguna clase de recurso; mas contra la resolución de inadmisión puede recurrirse en súplica

ante el resto de los magistrados. Este recurso deberá proponerse dentro de los dos días siguientes a la notificación del auto, y se resuelve de plano.

"El auto admisorio de la demanda se ejecutoría al día siguiente de su notificación".

"Artículo 216. Si el juicio tiene dos instancias, el auto que admite la demanda se dicta por el sustanciador, se ejecutoría al día siguiente de su notificación y no es susceptible de recurso alguno.

"El que deniega la admisión se pronuncia por el Tribunal y es apelable ante el Consejo de Estado dentro del tercer día siguiente a su notificación".

"Artículo 217. Este auto se notifica personalmente al demandante y al agente del Ministerio Público. Si dentro del segundo día de expedido no pudiere hacerse la notificación personal, se fijará edicto por tres días en la secretaría del Tribunal. Desfijado el edicto, empieza a correr el término de la ejecutoria".

"Artículo 218. El auto admisorio de la demanda deberá contener:

"1) La orden de que se fije en lista por cinco días;

"2) La prevención de que durante este término pueden solicitarse pruebas, si el actor en el libelo de demanda o antes de proferirse el auto de admisión hubiere solicitado la apertura a prueba de la causa, y

"3) Que se notifique al agente del Ministerio Público".

Como se ve, la ley quiso establecer un procedimiento especial para los procesos de nulidad del acto electoral y fue cuidadosa en señalar las distintas etapas procesales para hacer de este proceso el más radical y rápido de los contemplados en todos los Códigos de Procedimiento.

No se puede negar que dentro del mismo articulado que conforma un estatuto procesal completo se reconoce la existencia de partes como es entendible en tratándose de un proceso, pero también es claro en indicar que cualquier particular puede ocurrir en demanda por la vía jurisdiccional contra los actos de carácter electoral lo que implica que al formularse las pretensiones pertinentes en ejercicio del derecho de acción reconocido, toda la comunidad forma o puede formar parte del proceso y por ello en el artículo 218 se exige tan sólo la notificación al Agente del Ministerio Público.

La providencia dictada por la Sala Plena, que dio origen a la doctrina que aquí se rectifica sostenía que "Si la pretensión está vinculada a condiciones personales del sujeto elegido (inelegibilidad o impedimento- artículo 202 del C. C. A.), entonces la pretensión no sólo se dirige de manera principal frente al órgano administrativo de quien emana el acto, sino frente a la persona misma del elegido, de donde surge un **litis consorcio necesario y pasivo**". (Sentencia del 1º de abril de 1975 doctor Carlos Galindo Pinilla).

Pero en esa ocasión la tesis allí sostenida y que fue acogida por la Sala, mereció una aclaración del Consejero Miguel Lleras sobre lo que él entiende como parte en este proceso.

Con posterioridad a ese fallo se presentaron nuevas ponencias ampliando el criterio sobre esta materia en el sentido de que cuando en ejercicio de la acción pública electoral se ataque determinado nombramiento o elección, bien por vicios intrínsecos del acto de elección o bien por calidades o impedimentos del elegido, es forzoso notificar al presunto afectado con el fallo para que comparezca al proceso, so pena de incurrir en nulidad de la actuación.

Ante la diversidad de criterios sobre el tema y con el deseo de unificar la doctrina en este punto para asi mantener una línea jurisprudencial uniforme, se acordó en Sala Plena que una comisión de su seno compuesta por los Consejeros Carlos Betancur, Samuel Buitrago, Jorge Dávila y Humberto Mora Osejo estudiara el punto y rindiera informe al respecto ofreciendo soluciones jurídicas que armonizaran los diferentes matices expuestos, informe que la Sala ha encontrado aceptable en lo sustancial y del cual se transcriben los siguientes apartes como fundamento doctrinal de sus decisiones.

Las partes pertinentes del informe que se incorporan a este fallo son las siguientes:

"1º) La acción de nulidad electoral es, como la de nulidad ordinaria, pública y popular, en cuanto puede ser propuesta por cualquiera persona, natural o jurídica, con el fin exclusivo de hacer prevalecer el orden jurídico implicado en las normas de jerarquía superior. Por esta misma causa, según el artículo 89 del C. C. A., toda persona puede pedir que se la tenga como parte, para prohijar u oponerse a la acción, sin más interés que el de contribuir a esclarecer la verdad en el debate jurídico. Esto se explica porque, como expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto del 21 de agosto de 1972, la acción de nulidad sustancialmente inicia una controversia jurídica no litigiosa, al contrario de lo que sucede con la de plena jurisdicción, en la cual por definición no se discute, como sucede en ésta (Art. 67 del C. C. A.), un derecho civil o administrativo, sino exclusivamente si el acto impugnado es o no contrario a una disposición de superior jerarquía.

De ahí que la jurisprudencia haya afirmado que "el demandado es el acto", no una determinada persona y que la doctrina haya prohijado el mismo criterio, a saber: "El contencioso de anulación... afirma Odent —es un contencioso objetivo, un proceso dirigido no contra una persona sino contra un acto..." (Contentieur Administratif, Fascículo I, Pág. 32).

"2º) Como obligada consecuencia del principio expuesto, el Código Contencioso Administrativo no prevé la posibilidad de que los particulares, comprendidos por los actos de elección o nombramiento, sean llamados al juicio electoral como partes, entre las cuales sólo comprende al actor, al Agente del Ministerio Público, y según el artículo 89 **ibídem**, a quienes voluntariamente concurran a él para prohijar u oponerse a la acción. Al primero como **impug-**

nante del acto y al segundo **como obligado a actuar** 'en las acciones de nulidad, **en interés del orden jurídico'** (Art. 21, **in fine** del C. C. A.)

"3º) Este ha sido el criterio que ha orientado tradicionalmente la jurisprudencia de la Corporación, hasta constituir una costumbre inveterada, conforme con la ley, que los particulares han respetado y observado, conscientes que el juicio electoral se adelante mediante acción de nulidad en el cual, por lo mismo, por definición, no se debaten derechos o intereses particulares. Estos están **necesariamente condicionados al orden jurídico cuya guarda, fundada en normas de Derecho Público, es el interés tutelado por la ley.**

"4º) El criterio que permite vincular al juicio electoral, como partes, a las personas comprendidas por los actos de elección o nombramiento, desplaza el debate jurídico, eminentemente de Derecho Público, a uno entre particulares, **no obstante que el actor, en principio, sólo obra en interés de la ley y que el acto impugnado, como administrativo, proviene del Estado,** y no de la persona o personas favorecidas por el mismo. Además, el debate jurídico que implica la acción no consiste en determinar **si el elegido tiene o no derecho,** sino en **si el acto de elección es o no válido,** sean cuales fueren las consecuencias de la decisión, muchas veces imprevisibles hasta el momento de adoptarla.

"5º) Este mismo criterio se ha fundado en la necesidad de garantizar el derecho de defensa. Pero, por una parte, si el acto de elección o nombramiento está condicionado a que se haya expedido con base en normas de orden público, cuya observancia la ley garantiza mediante la acción de nulidad que se decide mediante sentencia **erga omnes,** es obvio que **el derecho particular tiene, ab-initio, el mismo condicionamiento de orden público;** por consiguiente, la nulidad del acto no implica desconocimiento de un derecho constituido mediante uno creador de situación jurídica particular, sino la verificación, mediante sentencia declarativa, de una situación ilegal existente desde el instante mismo en que se expidió en relación, no con un acto creador de situación jurídica particular, sino con un acto condición, que, como ha expuesto la jurisprudencia de la Corporación, por su propia índole, en cuanto inviste a una persona de un estatuto general, es también de interés general" .....

6º) Si la acción de nulidad es pública y popular, el Estado es el primer obligado a esclarecer la verdad, por medio del Agente del Ministerio Público, quien debe intervenir en el juicio, como parte, en interés de la ley (Art. 21, **in fine,** del C. C. A.). Al efecto puede solicitar, como la parte demandante, la práctica de pruebas, por ejemplo, que se reciba testimonio a la persona cuyas calidades para ser elegida se impugnan, o que, en un plazo prudencial, se le pida que allegue determinadas probanzas, como las tendientes a demostrar su idoneidad profesional o su actividad docente. Pero, en defecto de las partes, no obstante que, según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil., en armonía con

el artículo 282 del C. C. A., les incumbe 'probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen', el juez puede y debe decretar oficiosamente la práctica de pruebas si 'las considerara útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes' (Arts. 179 del Código de Procedimiento Civil y 282 del C. C. A.): **si el procedimiento civil permite decretar pruebas oficiosamente, a fortiori ello es posible en los juicios, como los electorales, adelantados mediante acción de nulidad, en los cuales su finalidad consiste en hacer prevalecer el orden público.** En esta forma se pueden comprobar hechos que, si para el actor son afirmaciones o negaciones indefinidas, de todos modos son verificables por activa o por pasiva, teniendo en cuenta que, según el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, sirven como pruebas, además de las que se pueden considerar como corrientes, 'cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez'. En este orden de ideas, si se pide la nulidad de un acto de elección de un senador, principal o suplente, con fundamento en que no reune los requisitos prescritos por el artículo 94 de la Constitución, en relación con los hechos que para el actor constituyen negativas indefinidas, bien puede el juez solicitar al elegido, háyase o no constituido como parte en el juicio, que en un plazo prudencial allegue las pruebas que demuestren lo contrario, del mismo modo como frecuentemente solicita a la Administración numerosas probanzas con el fin de establecer la verdad procesal. Si la persona a quien se solicitan las pruebas, no obstante ser la única que está en posibilidad de suministrarlas, no las aduce, el juez debe evaluar el alcance probatorio de su omisión y, en consecuencia, decidir lo que fuere pertinente".

Como consecuencia del concepto doctrinal anterior la Sala rectifica la doctrina sostenida en providencias de fechas abril 1º de 1975 (Expediente Nº 144), mayo 24 de 1977 (Expediente Nº 262), junio 1º de 1977 (Expediente Nº 256), junio 14 de 1977 (Expediente Nº 280) julio 6 de 1977 (Expediente Nº 275), julio 8 de 1977 (Expediente Nº 275), agosto 23 de 1977 (Expediente Nº 260) agosto 30 de 1977 (Expediente Nº 276), agosto 30 de 1977 (Expediente Nº 304), y agosto 31 de 1977 (Expediente Nº 338), por lo tanto no es el caso de declarar la nulidad del proceso y se debe entrar a decidir sobre el fondo del negocio y de la sentencia apelada.

Para la Sala son suficientes las consideraciones hechas por el Tribunal para sustentar el fallo, por ser ellas de una meridiana claridad y por estar totalmente ajustadas al texto y al espíritu de la Ley, por lo cual se transcribe la parte pertinente como motivación de esta decisión.

Cabe observar además que el Consejo de Estado en negocios similares al presente se ha pronunciado en igual sentido y el propio Tribunal transcribe fallos dictados anteriormente por esta Corporación como el de 16 de noviembre de 1967 (Expediente Nº 775).

Dijo así el Tribunal:

"Estima el Tribunal que al expedir el legislador esta norma lo hizo con el propósito de que cuando las corporaciones que de-

ban elegir funcionarios de período fijo no pudieran por cualquier motivo verificar la respectiva elección antes de iniciarse el período correspondiente pudieran hacerlo ya principiado éste, sin que se considerara agotado en el tiempo la capacidad para cumplir dicha atribución; como también cuando por falta absoluta de un funcionario o empleado de elección, dentro del período en curso, deba proveerse el cargo y se encuentre funcionando la entidad nominadora, o una vez que ésta entre a funcionar si la vacante ha sido llenada interinamente durante su receso.

"Una interpretación distinta, literal de la norma, daría lugar a casos aberrantes, como sería el de que sólo podría elegirse a los funcionarios de período ya iniciado éste para que se considerara hecha la elección para dicho período, y no podría el empleado o funcionario ejercer el cargo durante la totalidad del período, y si el acto de elección se verificara antes, entonces, como pretende el actor, se entendería para el período en curso y no para el cual se ha hecho.

"El artículo 185 de la Constitución Nacional establece que las Asambleas se reunirán ordinariamente cada año en la capital del Departamento, por un término de dos meses, y el artículo 1º de la Ley 6ª de 1958 fija la fecha del primero (1º) de octubre de cada año para la reunión de las asambleas departamentales, en sesiones ordinarias. De manera que teniendo las sesiones ordinarias de las Asambleas Departamentales sólo una duración de dos meses cada año, a partir del día primero de octubre, es lógico que sea durante estas sesiones que tales corporaciones cumplan su atribución de elegir a los funcionarios cuyo período comienza en el año siguiente, en el caso del Contralor Auxiliar el 1º de julio por el término de dos años, y no esperar las próximas sesiones ordinarias, cuando ya el período se haya iniciado, para proceder a elegir, o confiar para el efecto en una convocatoria por el Gobernador a sesiones extraordinarias antes de principiado el período, que puede o no tener lugar.

"Por otra parte, el acto de elección del doctor Jaime Malo Hernández como Contralor Auxiliar, cumplido por la Asamblea Departamental de Bolívar en su sesión del seis de octubre de 1976, fue, como se desprende de la lectura del Acta correspondiente, para el período que se inicia el 1º de julio de 1977 y expira el 30 de junio de 1979, y no para el período en curso, o sea el que empezó el 1º de julio de 1975 y termina el 30 de junio de 1977, para el cual había sido elegido en su oportunidad otra persona, en forma que no hay duda alguna al respecto".

En consecuencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Miguel Lleras Pizarro, Jorge Valencia Arango, (Salva Voto); *Jorge Dávila Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Nemesio Camacho Rodríguez, Humberto Mora Osejo, Osvaldo Abello Noguera,* (Salva Voto), *Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Salazar Tapiero, Alvaro Pérez Vives,* (Salva Voto); *Ignacio Reyes Posada, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Portocarrero Mutis,* (Salva Voto); *Carlos Galindo Pinilla* (Salva Voto); *Alfonso Arango Henao, Alvaro Orejuela Gómez.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ELECTORALES. — (SALVAMENTO DE VOTO). — Partes. Integración del contradictorio.

Referencia: Expediente Nº 317.

Consideramos y fundamos nuestra opinión en las siguientes razones:

1ª) La pretensión electoral, que se formula en ejercicio de una acción pública, da lugar a un verdadero proceso que, en nuestro derecho, se denomina **juicio electoral** (Cap. XX C. C. A.).

2ª) La institución del proceso es inconcebible sin uno de sus elementos fundamentales, como son **las partes.** El C. C. A. reconoce paladinamente la existencia de partes en el artículo 218.

3ª) La concurrencia de partes determina que también al llamado juicio electoral deban aplicarse todos los principios generales del derecho procesal relativos a aquéllas, salvo disposición expresa de la ley, en contrario.

4ª) Uno de esos prinicipios es el que obliga a integrar cabalmente el contradictorio, en el caso del **litis consorcio** (artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil).

5ª) Cuando se pide la declaración de nulidad de una elección, es evidente que la pretensión no sólo se dirige de manera principal contra la entidad administrativa que profirió el acto, sino también contra la persona que ostenta la calidad jurídica de elegido, pues entre el acto y la situación personal que de él se deriva, existe una relación de causalidad indisoluble. Esta circunstancia determina que el elegido deba ser también parte principal en el proceso y que sin su citación no sea posible integrar el contradictorio, pues se configura el fenómeno del **litis consorcio** pasivo con carácter de necesario.

6ª) El artículo 217 del C. C. A. debe interpretarse en armonía con los principios generales del derecho procesal, como lo preceptúa el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil; por consiguiente, si una regla general del proceso impone la integración del contradictorio con el titular de la situación jurídica del acto cuya nulidad se pretende, por razón del **litis consorcio** necesario ha de entenderse que la notificación a las personas que indica el artículo 217, no puede excluir de ninguna manera la notificación a aquél. Entender lo contrario entraña no

sólo una contradicción con los principios fundamentales del proceso, sino un desconocimiento de la garantía constitucional contenida en el artículo 26 de la Carta.

7ª) La celeridad del proceso electoral no es razón para dejar de cumplir reglas fundamentales del proceso que constituyen principios generales del mismo.

8ª) En ningún proceso y tampoco en el contencioso administrativo "lo demandado es el acto". Cuando se dice que lo demandado es el acto se incurre en una inaceptable confusión entre lo que es el objeto de una pretensión y los sujetos de la relación jurídico procesal.

9ª) El acto de elección o de nombramiento a la vez que inviste a un sujeto del status jurídico general crea para éste una situación jurídica concreta de la cual se derivan una serie de derechos (laborales, patrimoniales, etc.) que constituyen la contraprestación del servicio personal o del ejercicio de la función pública. Por consiguiente hay dos esferas jurídicas que deben estar vinculadas al proceso con interés principal propio, cada una de ellas.

10ª) Toda acción es pública en el Derecho procesal moderno. Lo que puede calificarse de público o privado es la pretensión, según sea el fin que con ella se persiga. Pero el carácter público de la pretensión no puede excluir como en efecto no excluye, ni aún en el proceso penal el concepto de parte y la necesidad de que comparezcan como tales todos los sujetos activos y pasivos de la pretensión.

Bogotá, D. E., noviembre quince (15) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Carlos Galindo Pinilla, Jorge Valencia Arango.

ELECTORALES.— (Salvamento de Voto). Notificación personal al interesado.

Referencia: Expediente Nº 317. Actor: Raúl Guerrero Porras. Ponente: doctor Ortiz Amaya.

El suscrito ha sostenido en varias oportunidades que cuando se demanda la elección o nombramiento de una persona determinada, respecto de la cual se creó una situación jurídica concreta, y la acción se basa en razones atinentes a la falta de calidades constitucionales o legales, a defectuosa inscripción de su candidatura o a cualquier otro vicio en el acto mismo del nombramiento o de la elección hecha por corporaciones públicas, debe notificarse personalmente al interesado, pues sólo en las demandas incoadas en ejercicio de la acción pública de nulidad de elecciones populares, demandas en las cuales se pida nuevo escrutinio, no es posible conocer por anticipado el resultado de la acción y la persona afectada con ésta, dado que nadie puede predecir el resultado del nuevo escrutinio, y, por tanto, es posible adelantar el proceso sin que se notifique a quienes eventualmente pudieren resultar afectados por la demanda.

De consiguiente considero que en el presente caso se ha incurrido en clara causal de nulidad, la cual impide dictar sentencia de fondo. como se hizo.

Bogotá, D. E., noviembre ocho de mil novecientos setenta y siete.

Alvaro Pérez Vives

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 317.

Por estar en un todo de acuerdo con los planteamientos hechos por los señores Consejeros Alvaro Pérez Vives, CARLOS GALINDO PINILLA y JORGE VALENCIA ARANGO, en sus salvamentos de voto, me adhiero a ellos.

Carlos Portocarrero Mutis

ELECTORALES. — CONCEJOS MUNICIPALES. — Instalación. Sesiones ordinarias y extraordinarias. Prórroga de sus sesiones. Régimen general de la Ley 4ª de 1913 y régimen especial de la Ley 72 de 1962, para Bogotá. La Ley 89 de 1936, artículo 1º dispuso que la Ley 72 de 1926 "sobre facultades del Municipio de Bogotá" rige en su integridad con la salvedad, de su artículo 3º, para todos los municipios del país con un presupuesto anual no inferior de $ 1.000.00. La Ley 89 de 1936, artículo 2º. La Ley 115 de 1946, artículo 2º. La Ley 6ª de 1958 artículos 2º; 3º y 4º modificó el sistema del Código de Régimen Político y Municipal por lo que a las reuniones de los Concejos se refiere. La Ley 30 de 1969 artículos 5º, 7º y 8º.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 301. Electoral. Actor: Alfonso Gómez Castaño

Obrando en su propio nombre el doctor Alfonso Gómez Castaño, en ejercicio de la acción de nulidad, solicitó del Tribunal Administrativo de Santander, que previa audiencia del señor Fiscal y comunicación a las autoridades respectivas, se hicieran las siguientes o semejantes declaraciones:

"a) Que es nula la prórroga de las sesiones ordinarias aprobadas por el Concejo Municipal de Girón, por el término de diez días a partir del primero de diciembre de mil novecientos setenta y seis (sic);

"b) Que es nula la elección o nombramientos recaídos en las personas de Roberto Uribe Márquez y Mario Morales, para los cargos de Personero y Tesorero municipales, respectivamente, verificada el día 23 de diciembre del presente año.

Las anteriores peticiones las fundamentó en los siguientes hechos:

1. El Concejo Municipal de Girón prorrogó por diez días más las sesiones ordinarias a partir del primero de diciembre de 1976.

2. Igualmente aprobó una proposición por medio de la cual se fijó fecha para la elección de funcionarios dependientes del Concejo.

3. El tres de diciembre de 1976 el Concejo eligió funcionarios, resultando electos Roberto Uribe Márquez como Personero y Mario Morales como Tesorero.

El actor consideró que los hechos transcritos eran violatorios de los artículos 5º y 7º de la Ley 30 de 1969, 19 de la Ley 72 de 1926, 2º de la Ley 89 de 1936 y 2º de la Ley 115 de 1948, con relación a los cuales expresa el concepto de la violación.

El Tribunal en sentencia del 24 de marzo del año en curso no accedió a las súplicas de la demanda. Contra este fallo interpuso el recurso de apelación el actor, y concedido el negocio vino al Consejo de Estado para su conocimiento. El señor Fiscal segundo doctor Gilberto Gartner Posada es de concepto que se debe confirmar en todas sus partes la sentencia apelada. Agotado el trámite de la segunda instancia procede la Sala a resolver el recurso.

Se considera

El Concejo Municipal de Girón (Santander) en su sesión del día 29 de noviembre de 1976 aprobó por unanimidad una proposición en el sentido de prorrogar por diez días más las sesiones de la Corporación; y otra, fijando como fecha el día tres de diciembre a la 1 p. m. para efectuar la sesión y elección de funcionarios municipales.

El tres de diciembre de 1976, como consta en el acta Nº 006, la corporación se reunió y como estaba previsto, procedió a la elección de funcionarios municipales (Personero y Tesorero) para el período de 1977.

En sentir del actor el Concejo Municipal de Girón carecía de facultad legal pára disponer una prórroga de sus sesiones, pues si bien la Ley 30 de 1969 habla de los cuatro períodos de sesiones de los Concejos del Distrito Especial de Bogotá, ciudades capitales de Departamentos, Municipios de más de cien mil habitantes y aquéllos que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias de su presupuesto anual, en parte alguna establece la prórroga de las sesiones por diez días más. Y si la prórroga se hizo con base en la Ley 72 de 1926, esta disposición no es aplicable a municipios como el de Girón.

En relación con el punto debatido la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

La función constitucional de los Concejos Municipales según el artículo 197, atribución 6ª, reproducida en el ordinal 3º del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, la de elegir Tesorero y Personero Municipales, función que ejercerán los Cabildos conforme a la Ley, presupuesto jurídico este que significa, que si tales entidades no se atemperan al ejercer sus funciones a lo previamente determinado en las normas superiores, los actos así ejecutados desbordarían la legalidad y carecerían de validez, por lo mismo que sus funciones o atribuciones corresponden a una competencia reglada, no discrecional.

En el Código de Régimen Político y Municipal y en las leyes que lo adicionan y reforman, están fijadas esas atribuciones y funciones que integran la competencia de los Concejos Municipales. Y así tene-

mos que el artículo 161 de la Ley 4ª de 1913 preceptúa que el Concejo tendrá un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario; que se reunirá ordinariamente una vez al mes, por lo menos y cuando lo determine su reglamento y que a sesiones extraordinarias puede ser convocado por el Presidente y por el Alcalde, siempre que haya asuntos de qué ocuparse.

Pero ese régimen general de que habla la Ley 4ª de 1913 para todos los municipios del País, vino a ser reformado para la ciudad de Bogotá; por medio de la Ley 72 de 1926, que dispuso en su artículo 5º:

"El Concejo Municipal de Bogotá se reunirá por derecho propio cuatro veces en el año, el primero de enero, el primero de mayo, el primero de agosto y el primero de noviembre. Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más".

Es de anotar que la fecha de instalación de los Concejos ya había sido fijada por el artículo 166 del Código de Régimen Político y Municipal, para el primero de noviembre siguiente a la elección.

"El Alcalde puede convocar a sesiones extraordinarias al Concejo cuando a su juicio las necesidades del municipio así lo requieran. El Concejo se ocupará en las sesiones extraordinarias, de preferencia, en los asuntos sometidos a su consideración, por el Alcalde".

La norma transcrita significa que la ciudad de Bogotá a partir de la vigencia de la Ley 72 de 1926, se sustrajo del régimen común y entró a uno muy especial, pues fuera de poder reunirse su Cabildo en las fechas allí señaladas, se le concedieron otras facultades, además de las ya atribuidas a todos los demás; se le quitó la tutela de la Asamblea Departamental, pues ya no necesitaría la previa autorización de ella para organizar libremente sus rentas, su percepción, cobro y destino más conveniente para atender a los servicios municipales y fue autorizado para crear los impuestos y contribuciones que estimare necesarios, dentro de la Constitución y las leyes (artículo 6º). Así mismo, dentro de ese régimen especial, no podía reunirse una vez al mes o cuando lo determinara el reglamento, ni ser convocado a sesiones extraordinarias por su Presidente como lo preceptúa el artículo 161 del Código de Régimen Político y Municipal, sino que se reuniría en las fechas taxativamente fijadas en la Ley 72, y en sesiones extraordinarias únicamente por convocatoria del Alcalde.

Naturalmente que el régimen señalado en el citado artículo 161 para las reuniones de los Concejos y para la convocatoria a sesiones extraordinarias, seguía imperando para los demás Cabildos del País.

Pero vino luego la Ley 89 de 1936 que en sus artículos 1º y 2º dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º. La Ley 72 de 1926 sobre facultades al Municipio de Bogotá, rige para los Municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), con excepción del artículo 3º de dicha Ley, el cual queda con carácter de facultativo.

"Artículo 2º Extiéndense así mismo a los demás municipios que sean capitales de Departamentos, o cuyo presupuesto anual no sea

inferior a trescientos mil pesos ($ 300.000.00), las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley.

"Parágrafo. Extiéndese también al Municipio de Quibdó lo dispuesto en este artículo".

Por manera que de acuerdo con la Ley 89 de 1936, artículo primero, la Ley 72 de 1926 "Sobre facultades al Municipio de Bogotá", regiría en su integridad, con la salvedad de su artículo 3º, para todos los Municipios del País con un presupuesto anual no inferior de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), lo que significa que los Concejos de los Municipios que llenaren esa condición, se deberían reunir en las fechas señaladas en el artículo 5º de dicha Ley 72; que estaban facultados para prorrogar sus sesiones ordinarias por diez días más, y que únicamente podrían ser convocados a sesiones extraordinarias por el respectivo Alcalde. Por consiguiente, a esos municipios también se les sustrajo del régimen común fijado en el artículo 161 del Código de Régimen Político y Municipal, tal como había ocurrido con el de Bogotá.

El artículo 2º ya transcrito de la citada Ley 89 de 1936, también extendió las disposiciones de la Ley 72 de 1926 a todos los demás Municipios del País, con un presupuesto anual no inferior a trescientos mil pesos ($ 300.000.00), pero expresamente exceptuó de esas facultades, las concedidas en los artículos 3º y 5º, siendo este último el que precisamente habla de las reuniones del Concejo por derecho propio. Es decir, que por lo que a este aspecto se refiere, los Concejos Municipales de capitales de Departamento o con un presupuesto superior a trescientos mil pesos, pero inferior a un millón, se seguirían reuniendo de acuerdo con las prescripciones del artículo 161 de la Ley 4ª de 1913.

Posteriormente, la Ley 115 de 1948 dijo en su artículo 2º: "El artículo 2º de la Ley 89 de 1936 quedará así:

Artículo 2º Extiéndense así mismo a los demás Municipios que sean Capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), las disposiciones de las Leyes 72 de 1926 y 1ª de 1943, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley 72 de 1926".

De suerte, que a partir de la vigencia de la Ley 115 de 1948 los Concejos de Capitales de Departamento o de Municipios con un presupuesto superior a doscientos mil pesos, pero inferior a un millón, tendrían las mismas facultades concedidas al de Bogotá por la Ley 72 de 1926, pero con la excepción expresa de sus artículos 3º y 5º. Vale decir, por lo que a esta última disposición se refiere, que no se podrían reunir en las fechas señaladas en ella, sino en la forma prescrita en el artículo 161 tantas veces citado de la Ley 4ª de 1913.

Este régimen de excepción, en lo tocante al no disfrute de las facultades de los artículos 3º y 5º de la Ley 72 de 1926, siguió comprendiendo o arropando a los Cabildos de las capitales de Departamento o Municipios con un presupuesto superior a doscientos mil pesos, pero inferior a un millón, hasta el año de 1958, cuando se expidió la Ley 6ª que modificó el sistema del Código de Régimen Político y Munici-

pal; por lo que a las reuniones de los Concejos se refiere, expresando en sus artículos 2º, 3º y 4º lo siguiente:

"Artículo 2º Fíjase la fecha del primero (1º) de noviembre de cada año para la reunión de los Concejos Municipales.

"Artículo 3º Los Concejos Municipales funcionarán ordinariamente y por derecho propio, del primero (1º) de abril al treinta y uno (31) de mayo, y del primero (1º) de noviembre al treinta y uno (31) de diciembre de cada año.

"Parágrafo. En los Municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones.

"Artículo 4º El Gobernador y el Alcalde Municipal podrán convocar a las Asambleas y a los Concejos Municipales, respectivamente, a sesiones extraordinarias y, en tal evento, dichas corporaciones se ocuparán preferencialmente de los asuntos que el Gobierno someta a su consideración".

De las disposiciones legales que hasta aquí se han transcrito, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

a) Que todos los Concejos Municipales del país se instalarán por derecho propio el primero de noviembre siguiente a la elección.

b) Que todos ellos en principio, funcionarían por derecho propio, del primero de abril al treinta y uno de mayo, y del primero de noviembre al treinta y uno de diciembre de cada año; es decir, por un período cada vez de dos meses, sin derecho a prorrogar sus sesiones.

c) Que en cuanto a los Concejos sometidos al régimen ordinario del artículo 161 de la Ley 4ª de 1913, ya no podrían sesionar cuando lo determinara el respectivo reglamento, sino en las fechas taxativamente señaladas en la Ley 6ª de 1958.

d) Que las entidades edilicias sometidas al régimen del artículo 161 de la Ley 4ª de 1913 y del artículo segundo de la Ley 89 de 1936, no podrían ser convocadas a sesiones extraordinarias por su respectivo Presidente, sino que ésta sería una facultad exclusiva del Alcalde. Naturalmente que todos los Concejos, cuando se trate de sesiones extraordinarias, éstas sólo podrían verificarse por convocatoria del señor Alcalde Municipal.

e) Que el Concejo Municipal de Bogotá y los Concejos Municipales de aquellos Distritos a que se refieren la Ley 72 de 1926 y el artículo 1º de la Ley 89 de 1936, se seguirían reuniendo el primero de enero, el primero de mayo, el primero de agosto y el primero de noviembre, sesiones que durarían cada vez treinta días y que podrían ser prorrogadas por diez días más, a juicio del Concejo.

Por último, el Congreso de la República expidió en el año de 1969 la Ley 30 en cuyos artículos 5º, 7º y 8º dispuso lo siguiente:

"Artículo 5º Los Concejales del Distrito Especial de Bogotá y de las ciudades capitales de Departamentos o Municipios con más de cien

mil habitantes se reunirían cuatro veces en el año, los días primero (1º) de noviembre, primero (1º) de enero, primero (1º) de abril y primero (1º) de agosto por el período determinado en las leyes vigentes.

"Artículo 7º Los Concejos de los Municipios que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual tendrán el mismo régimen de sesiones del artículo 5º anterior.

"Artículo 8º También se reunirán extraordinariamente los Concejos por convocatoria del Alcalde respectivo. En estos casos se ocuparán exclusivamente de los asuntos que someta a su consideración la autoridad que los convocare".

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los Concejos Municipales del Distrito Especial de Bogotá, de ciudades capitales de Departamentos o Municipios de más de cien mil habitantes, lo mismo que de aquéllos que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual, se reunirán cuatro veces en el año así: primero (1º) de noviembre, primero (1º) de enero, primero (1º) de abril, y primero (1º) de agosto por el período determinado en las Leyes vigentes, o sea, por el lapso de treinta días cada vez, prorrogable por diez días más, a juicio del Cabildo, según lo establece el artículo 5º de la Ley 72 de 1926. Por consiguiente, en cuanto a las fechas de reunión de departamentos y corporaciones administrativas, ya no rige en cuanto al artículo 6º de la Ley 72 de 1926, pues fueron excluidas de las sesiones del primero al treinta y uno de mayo de que habla el artículo 3º de la Ley 6ª de 1958, para en cambio agregarle las comprendidas entre el primero y el treinta de abril, según la nueva Ley. Igualmente, en las sesiones extraordinarias convocadas por el respectivo Alcalde, los Concejos de las ciudades que reúnan esos requisitos, solamente se ocuparán de los asuntos que someta a su consideración aquel funcionario.

Pero en cuanto a los demás Cabildos del País, o sea, los de aquellos Municipios que no se encuentren en las condiciones taxativamente señaladas en los artículos 5º y 7º de la Ley 30 de 1969, se seguirán reuniendo en las fechas señaladas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1958, sin facultad legal para prorrogar sus sesiones, pues únicamente pueden sesionar, fuera de las fechas señaladas en dicho artículo 3º, cuando el respectivo Alcalde los convoque a sesiones extraordinarias, y en éstas, solamente se ocuparán de los asuntos que someta a su consideración el citado funcionario. Cualquier otra reunión distinta de las ordinarias o extraordinarias convocadas por el Alcalde, así como los actos resultantes de ellas no obligan legalmente, ya que tanto esa reunión como las determinaciones allí tomadas carecen de validez, y la sanción correspondiente no es otra que la nulidad, que debe declarar la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Al aplicar los principios anteriores al caso objeto de estudio, se tiene que el Concejo Municipal de Girón por su presupuesto que, según la certificación de fls. 7 vto. del expediente para el año de 1976 fue de $ 5.309.557.20 se reúne en las fechas indicadas en el artículo 5º de la Ley 30 de 1969 por el período determinado en las Leyes vigentes, es decir, por un término de treinta días cada vez, prorrogable por diez días más a juicio del mismo Cabildo. Por manera que la prórroga de las sesiones ordinarias que dicha corporación dispuso en reunión del

29 de noviembre de 1976, según consta en el acta Nº 005 de esa fecha, tiene plena validez y, por ende, la designación de funcionarios que hizo el tres de diciembre del mismo año para el período de 1977.

Como a igual conclusión llegó el Tribunal de Santander en la sentencia apelada, ella debe ser confirmada.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el concepto Fiscal y 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 Santander, el 24 de marzo del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 23 de agosto de 1977.

Miguel Lleras Pizarro, Samuel Buitrago Hurtado, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Nemesio Camacho Rodríguez, Miguel Antonio Cárdenas, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Carlos Aníbal Restrepo S., Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.

Camilo Vargas Ayala, Secretario General Encargado.

ELECTORALES. — CONCEJOS MUNICIPALES. — Etapas y duración de las reuniones. Artículos 196 de la Constitución Nacional. — Diversos ordenamientos legales sobre las sesiones de los Concejos. — Elección de Personero y Tesorero. (Artículo 197-6 Constitución Nacional, Ley 4ª de 1913, artículo 233, 277 y 279). — Los nombramientos que según la Ley debe hacer los Concejos, no pueden hacerse antes de los 30 días hábiles inmediatamente anteriores a la fecha en que los nombrados deben entrar a ejercer el cargo, so pena de nulidad (Ley 5ª de 1929 artículo 5º) (Ley 4ª de 1913 artículo 62). Distintos casos en aplicación de la Ley 5ª de 1929, artículo 5º.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 323. Actor: Samuel Gómez Domínguez. — Electoral.

En ejercicio de la acción pública electoral, el ciudadano SAMUEL GOMEZ DOMINGUEZ, demandó la declaración de nulidad de la elección de Emiro Ustariz Arzuaga, Roberto Romero R. y Blanca Aroca de Olivella, para los cargos de Contralor, Personero y Tesorero, respectivamente, del Municipio de La Paz, Departamento del Cesar, con base en que tales elecciones se hicieron el 3 de diciembre de 1976, cuando conforme a los artículos 5º y 7º de la Ley 30 de 1969 y 1º de la Ley 72 de 1926 y 1º de la Ley 89 de 1936, que considera violadas, las sesiones ordinarias del Concejo Municipal de dicho Municipio, terminaron el 30 de noviembre del año mencionado, sin que expresamente hubieren sido prorrogadas por 10 días como lo autorizan las normas citadas.

Oportunamente se constituyeron en parte impugnadora, por medio de apoderado, Emiro Ustariz, Roberto Romero y Blanca Aroca de Olivella.

Tramitada la primera instancia el Tribunal Administrativo del Cesar, en sentencia de 10 de mayo de 1977, accedió a todas las súplicas del libelo inicial del litigio, con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación, acogida en fallo de 22 de septiembre de 1976, y que dice:

Para resolver sobre el recurso la Sala considera

"El señor Fiscal 1º de esta Corporación, en su vista de fondo, manifiesta no estar de acuerdo con el fallo recurrido, porque la Ley

30 de 1969 en verdad habla de los cuatro períodos de sesiones, pero en parte alguna 'estable la prórroga de los diez días que habla el Tribunal'. Porque al disponer el artículo 5º de la Ley 30 en mención lo relativo a las reuniones de los Concejos Municipales, de capitales de departamentos y de ciudades de más de cien mil habitantes, dice que ellas se harán 'por el período determinado en las leyes vigentes', lo cual ratifica lo ordenado al respecto por las leyes anteriores, donde no se habla de la supuesta prórroga.

"La Sala encuentra que el colaborador Fiscal tiene razón, pues, a partir del año de 1926, fecha en que se expidió la Ley 72, ninguna variación ha habido en relación con el artículo 5º de esa Ley que expresamente dispuso que el Concejo Municipal de Bogotá, por derecho propio se reuniría cuatro veces al año en las fechas allí determinadas, y agregó: 'Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más'.

"Observa la Sala que este período exclusivo para el Concejo de Bogotá, fue la norma que sirvió de fundamento a la proposición impugnada. Anota, así mismo, que cuando la Ley 89 de 1936 en su artículo 2º extendió las disposiciones de la Ley 72, la norma fue muy clara cuando dijo: 'Con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley'. Y más tarde, en 1948, el artículo 2º de la Ley 115 de ese año hizo una modificación en cuanto al presupuesto de las ciudades a las cuales se extendían las disposiciones de las Leyes 72 de 1926 y 1ª de 1943, fue igualmente claro en decir: 'con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley 72 de 1926'.

"Como se vé, el artículo en el cual dijo fundamentarse el Concejo Municipal de Neiva, lejos de atribuirle la facultad de prórroga de sus sesiones después de los períodos indicados, expresamente y por excepción, le prohibía prorrogar sus sesiones, facultad concedida únicamente, como lo dice acertadamente el demandante, al Concejo de Bogotá. Por esta razón habrá de revocarse la sentencia y en su lugar se habrá de acceder a la petición de nulidad de la proposición número 56 demandada".

El apoderado de la parte impugnadora, apeló del fallo anterior, razón por la cual llegaron los autos a esta Corporación y como el 22 de agosto de 1977 quedó en estado de recibir sentencia y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso, mediante esta providencia.

El Concepto Fiscal

El señor Fiscal 3º de la Corporación doctor JORGE DANGOND FLOREZ. en un estudio cuidadoso y serio, conceptúa que la sentencia apelada debe ser revocada y, en su lugar, deben denegarse las súplicas de la demanda.

Se considera

La Sala comparte íntegramente las consideraciones y conclusiones de su colaborador Fiscal y por lo mismo, las prohíja y transcribe a

continuación, como fundamento del presente fallo con lo que recoge, en forma expresa, el criterio contrario expuesto en sentencia de 22 de septiembre de 1976:

"1. Respecto a las etapas y duración de las reuniones de los Concejos Municipales, el constituyente no había dispuesto absolutamente nada desde 1886 hasta la aprobación del artículo 61 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 —actual artículo 196 de la Carta— según el cual la ley debe determinar la época de sesiones ordinarias de tales corporaciones administrativas de elección popular.

"El Congreso, en ejercicio de su atribución de organizar la administración municipal, expidió la **Ley 72 de 1926** sobre facultades al Municipio de Bogotá. En su artículo 5º ordenó: **'El Concejo Municipal de Bogotá se reunirá por derecho propio cuatro veces en el año, el 1º de enero, el 1º de mayo, el 1º de agosto y el 1º de noviembre. Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables, a juicio del Concejo por diez días más.** El Alcalde puede convocar a sesiones extraordinarias al Concejo cuando a su juicio las necesidades del Municipio así lo requieran. El Concejo se ocupará en las sesiones extraordinarias, de preferencia, en los asuntos sometidos a su consideración por el Alcalde': en el artículo 19 establece: **'Esta ley rige para todas las Capitales de Departamento y para las ciudades de cincuenta mil o más habitantes'**; y en el artículo 20 dijo: **'Esta ley regirá desde su sanción, menos en lo relativo a las reuniones del Concejo. En esta materia la presente ley comenzará a regir el 1º de noviembre de 1927. Mientras tanto el Concejo Municipal se reunirá en los días y las veces que disponga su reglamento'.**

"Posteriormente, y en orden cronológico, se expidieron los siguientes ordenamientos:

"'**LEY 89 de 1936.**

"'Artículo 1º La Ley 72 de 1926 sobre facultades el Municipio de Bogotá, rige para los municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) con excepción del artículo de dicha ley, el cual queda con carácter facultativo.

"Artículo 2º Extiéndense asimismo a los demás municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos ($ 300.000.00), las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley.

"**PARAGRAFO.** Extiéndense también al Municipio de Quibdó lo dispuesto en este artículo.

"'**LEY 115 de 1948.**

"Artículo 2º El artículo 2º de la Ley 89 de 1936, quedará así: 'Artículo 2º Extiéndense asimismo a los demás municipios que sean capitales de departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00), las disposiciones de

las Leyes 72 de 1926 y la de 1943, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley 72 de 1926.

"'LEY 6ª de 1958.

"Artículo 2º Fíjase la fecha del 1º de noviembre de cada año para la reunión de los Concejos Municipales.

" 'Artículo 3º. Los Concejos Municipales funcionarán ordinariamente y por derecho propio, del 1º de abril al 31 de mayo, y del 1º de noviembre al 31 de diciembre, de cada año.

"'PARAGRAFO. En los municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones. (D. O. 29785)

"Decreto Ley 3133 de 1968.

"'Artículo 7º A partir del año de 1970, el Concejo de Bogotá se reunirá por derecho propio dos veces al año, el 1º de julio y el 1º de noviembre y las sesiones durarán cada vez treinta (30) días, prorrogables por decisión del propio Concejo por diez días más.

"LEY 30 de 1969.

"'Artículo 5º Los Concejos del Distrito Especial de Bogotá y de las ciudades capitales de Departamento o Municipios de más de cien mil habitantes se reunirán cuatro veces en el año, los días 1º de noviembre, 1º de enero, 1º de abril y 1º de agosto, por el período determinado en las leyes vigentes.

"Artículo 6º Las reuniones de los Concejos que se efectúen fuera del lugar señalado oficialmente como sede de las sesiones y los actos que en ellas se realicen, carecen de validez.

"Artículo 7º Los Concejos de los Municipios que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual tendrán el mismo régimen de sesiones del artículo 5º anterior".

"2. Este Despacho comparte las apreciaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver peticiones del Ministerio de Gobierno, el 21 de septiembre y el 3 de diciembre de 1976, así:

"'Confrontando la Ley 30 de 1969 con la Ley 72 de 1926, la 89 de 1936 y la 6ª de 1958 aparece lo siguiente:

A. De las cuatro fechas señaladas para la reunión ordinaria de los Concejos Municipales, la Ley 30 de 1969 modificó la 72 de 1926 en cuanto cambió la del primero (1º) de mayo por la del primero (1º) de abril; B. La Ley 30 de 1969 modificó las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, en cuanto extendió las fechas de las aludidas reuniones ordinarias al Distrito Especial de Bogotá, a las capitales de los Departamentos, a los municipios de más de cien mil habitantes, y a los municipios con más de cuatro millones de ren-

tas ordinarias en su presupuesto anual; C. Al prescribir la Ley 30 de 1969 que las sesiones ordinarias de los Concejos de los indicados municipios durarán **'por el período determinado en las leyes vigentes'** quiere hacer referencia al fijado para los municipios que han venido con el régimen especial de las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, más los incorporados por el transcrito artículo 5º de la Ley 30 de 1969, esto es, que cada uno de los cuatro períodos durará 'treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más'; D. Como la Ley 30 de 1969, en cuanto a reuniones de los Concejos Municipales es apenas aplicable a los mencionados como de régimen especial, cabe preguntarse 'qué ocurre sobre la materia de los municipios no comprendidos por su enumeración'. La respuesta, por exclusión, es que debe tener aplicación el artículo 3º de la Ley 6ª de 1958, que como norma general estableció dos períodos de sesiones ordinarias, por derecho propio: 'del primero (1º) de abril al treinta y uno (31) de mayo, y del primero (1º) de noviembre al treinta y uno (31) de diciembre, de cada año', con las excepciones dichas de los municipios sujetos al régimen de la Ley 72 de 1926; E. Finalmente, es de anotarse que la Ley 6ª de 1958 no abolió excepción alguna de las entonces existentes con régimen excepcional, sino que por el contrario las confirmó cuando expresa: 'Parágrafo. En los municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones'.

"Según el artículo 197, atribución 6ª de la Constitución Nacional, compete a los Concejos Municipales elegir personeros y tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la Ley determine.

"'Así mismo la Ley 4ª de 1913 —Código de Régimen Político y Municipal— en sus artículos 233, 277 y 279, señala para dichos funcionarios el período de un año, iniciable el primero (1º) de enero.

"De otra parte, según el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, 'Los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los treinta días inmediatamente anterior a la fecha en que las personas nombradas deben entrar a ejercer el cargo. La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento.

"A su vez, el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 Código de Régimen Político y Municipal —preceptúa que 'en los plazos de días que se señalen en las leyes actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario'.

"Así las cosas, como en los treinta días señalados por la Ley 5ª de 1929, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, las elecciones que aún la Ley, son de la incumbencia de los Concejos Municipales, se pueden realizar entendiendo que empiezan período el primero (1º) de enero, mediante la siguiente distinción:

"'A. Los Concejos Municipales que tienen solamente dos períodos de sesiones ordinarias al año —Ley 6ª de 1956—, uno de los

cuales empieza el 1º de noviembre hasta el 31 de diciembre del mismo año, bien pueden hacer esas elecciones dentro de esas sesiones en cumplimiento de la Ley 5ª de 1929;

"B. En cambio, los Concejos Municipales que tienen el régimen especial de cuatro (4) períodos de sesiones ordinarias cada año, puede hacer las elecciones en referencia, en el período que por treinta días se inicie el 1º de noviembre, con descuento de los días feriados y de vacancia, y haciendo uso de la facultad de prórroga, que por diez (10) días más autoriza la ley.

"'En esta forma las elecciones quedan hechas dentro de los treinta (30) días anteriores a la iniciación del período, que es el mandato de la Ley 5ª de 1929'.

"3. Examinada la actuación enjuiciada en este proceso a la luz de esa doctrina que la Fiscalía comparte y aceptado que el Municipio de La Paz se encuentra entre los amparados por el régimen especial ya que, según constancia que obra al fl. 23, sus rentas ordinarias 'en el período fiscal de 1976' ascendieron a la suma de $ 5'302.626, es claro que puede hacer uso de la prórroga a que se refiere el artículo 5º de la Ley 72 de 1926. A diferencia del Tribunal, la demanda no discute este punto, pero afirma que las sesiones solo pueden prorrogarse 'mediante manifestación expresa de la corporación', lo que no ocurrió en el caso del Concejo del mencionado Municipio.

"Sobre el particular, la Fiscalía observa que, al respecto, la Ley ofrece vacíos puesto que no indica de qué manera los Concejos deben establecer la prórroga; por lo mismo debe entenderse que el hecho de señalar, en la reunión del 30 de noviembre, la fecha del 3 de diciembre para proceder a la elección de Contralor, Personero y Tesorero, refleja la voluntad del Concejo de La Paz de hacer uso de la facultad que consagra el artículo 5º de la Ley 72 de 1926".

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:

PRIMERO. REVOCASE, en todas sus partes, la sentencia apelada.

SEGUNDO. Deniéganse todas las peticiones de la demanda inicial del presente litigio.

TERCERO. El **a quo** comunicará al señor Alcalde Municipal de La Paz, al señor Presidente del Concejo Municipal de dicho municipio y a la Registraduría Departamental del Estado Civil, la finalización del presente juicio.

Notifíquese. Comuníquese. Cópiese y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Miguel Lleras Pizarro, Presidente; *Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla,* (Explicación Voto); *Nemesio Camacho Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango, Samuel Buitrago Hurtado, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Antonio Cárdenas, Gustavo Salazar Tapiero, Carlos Aníbal Restrepo S., Alvaro Orejuela Gómez, Humberto Mora Osejo.*

Camilo Vargas A., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día treinta de agosto de mil novecientos setenta y siete.

EXPLICACION DE VOTO

Expediente 323.

(Ponente: **Dr. Jorge Valencia**)

Mi conformidad total con el fallo me impone, sinembargo, la obligación moral de explicar mi voto porque en la sentencia del 22 de septiembre de 1976, proferida por la Sección Primera del Consejo, de la cual fue ponente el doctor Arango Henao y que lleva mi firma, se incurrió en un error de interpretación de las disposiciones pertinentes, pues no se tuvo en cuenta que el artículo 1º de la Ley 39 de 1936 hizo extensivas a los Concejos de los Municipios con Presupuesto de $ 1'000.000 o más, la facultad de prorrogar sus sesiones, sin las restricciones previstas en el artículo 2º de la misma Ley.

Bogotá, D. E., septiembre primero (1º) de mil novecientos setenta y siete (1977).

Carlos Galindo Pinilla

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

ELECTORALES. — PROHIBICION DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES. — De hacer los nombramientos que les incumben antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha de que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo (Ley 5ª de 1929 Art. 5º).

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto veintinueve de 1977.

(Consejero ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**)

Referencia: Radicación Nº 306. Actor: Carlos Francisco Falla Yepes

Ante el Tribunal Administrativo del Huila el señor Carlos Francisco Falla Yepes, en ejercicio del **contencioso electoral**, solicitó la declaratoria de nulidad de la elección de funcionarios municipales hechas por el Concejo Municipal de Neiva, conforme consta en acta de la sesión del día 16 de noviembre de 1976.

Asevera el Actor que la Ley 5ª de 1929 en su artículo 5º dice que los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas nombradas deben entrar a ejercer el cargo, y que la contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento. Por consiguiente, agrega, es nula la elección de Personero, Tesorero, Contralor y Personero Delegado en lo Penal, de Neiva, porque dicha elección tiene una anticipación mayor a los treinta (30) días a partir del 1º de enero de 1977, fecha en que comienza el período para cada uno de los funcionarios elegidos.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal, en fallo del 30 de marzo del año en curso, accedió a declarar la nulidad impetrada por encontrar legalmente conducentes las argumentaciones del actor.

Los señores Luis Alberto Díaz Méndez, Jorge Eliécer González Fajardo, Luis Humberto Villarruel, Hernando Ramírez Chaux y Alvaro Carrera Carrera, en tiempo hábil, interpusieron recurso de apelación contra la decisión del Tribunal.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, procede la Sala a resolver el recurso.

Consideraciones

Según el Acta Nº 04 de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Neiva celebrada el 16 de noviembre de 1976, en tal fecha se hizo la elección de Personero, Contralor, Tesorero y Personero Delegado en lo Penal para el período legal de 1977. Tales designaciones fueron impugnadas por el señor Carlos Francisco Falla Yepes porque, en su sentir, se verificaron con pretermisión de lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929 que dice:

"Los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos, que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha de que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo".

"La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento".

Las personas elegidas por el Concejo de Neiva el 16 de noviembre de 1976 debían entrar a ejercer sus cargos el 1º de enero de 1977 a términos del artículo 279 de la Ley 4ª de 1913, que computa el período de los empleados municipales en un año cuya fecha inicial es el 1º de enero.

El objeto de la Ley 5ª de 1929 es claro. Con ella se pretende evitar traumatismos en la Administración Municipal al elegirse anticipadamente funcionarios, pues, supone la Ley, que los titulares de los cargos al tener conocimiento de su reemplazo, dejen de laborar con la eficacia y rendimiento que la buena administración exigen.

En la elección de funcionarios efectuada por el Concejo de Neiva se advierte una evidente irregularidad, pues mal podía en esa fecha 16 de noviembre de 1976, entrar a realizarla, cuando la fecha de iniciación del nuevo período de los funcionarios municipales apenas se iniciaba el 1º de enero de 1977; consecuencialmente, tal elección está viciada de nulidad por haberse efectuado con pretermisión de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, que no puede estimarse como un simple requisito sin trascendencia alguna, porque la sola consideración que antes se hizo relieva su importancia.

Ahora bien, se dice por uno de los apelantes que la Ley 30 de 1969 derogó tácitamente toda disposición legal que fijara las fechas de reunión de los Concejos y por otro, que el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929 es aplicable únicamente a los Municipios cuyos concejales se reúnen todos los años del 1º de noviembre al 31 de diciembre y del 1º de abril al 31 de mayo. Sobre el particular, el señor Fiscal Primero del Consejo doctor Carlos Ramírez Arcila expresa los siguientes conceptos que la Sala comparte:

"No obstante lo anterior, esta Fiscalía considera que la norma que prohíbe los nombramientos con una anticipación de mayor de treinta días (artículo 5º Ley 5ª de 1929) no ha sido derogada implícitamente, pues ella no contraría ninguna de las disposiciones proferidas con posteridad, y antes al contrario conserva toda su vigencia, pues con ella se pretende evitar que en un momento dado y aprovechado una mayoría de ocasión se provean cargos, para un futuro,

que necesariamente deben tener una limitación en cuanto al tiempo, no prevista en ninguna otra norma diferente a la ya citada".

Y la Sala de consulta de esta Corporación se expresó así en concepto del 3 de diciembre de 1976 también citado por el Colaborador Fiscal:

"Según el artículo 197, atribución 6ª de la Constitución Nacional, compete a los Concejos Municipales elegir Personero y Tesorero Municipales y los demás funcionarios o empleados que la Ley determine.

"'Así mismo la Ley 4ª de 1913 —Código de Régimen Político y Municipal en sús artículos 233, 277 y 279, señala para dichos funcionarios el período de un año, iniciable el primero de enero.

"De otra parte, según el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929. '"Los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los treinta días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo. La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento"'.

"'A su vez, el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 —Código de Régimen Político y Municipal— preceptúa que "en los plazos de días que se señalen en las Leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario"'.

"Así las cosas, como en los treinta días señalados por la Ley 5ª de 1929, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, las elecciones que, según la Ley, son de la incumbencia de los Concejos Municipales, se pueden realizar entendiendo que empiezan período el primero de enero, mediante la siguiente distinción:

"A. Los Concejos Municipales que tienen solamente dos períodos de sesiones ordinarias al año —Ley 6ª de 1958—, uno de los cuales empieza el 1º de noviembre hasta el 31 de diciembre del mismo año, bien pueden hacer esas elecciones dentro de esas sesiones en cumplimiento de la Ley 5ª de 1929:

"B. En cambio, los Concejos Municipales que tienen el Régimen especial de cuatro (4) períodos de sesiones ordinarias cada año, pueden hacer las elecciones en referencia, en el período que por treinta (30) días se inicie el 1º de noviembre, con descuento de los días feriados y de vacancia, y haciendo uso de la facultad de prórroga que por diez días más autoriza la Ley.

En esta forma las elecciones quedan hechas dentro de los treinta (30) días anteriores a la iniciación del período, que es el mandato de la Ley 5ª de 1929".

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

CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 30 de marzo de 1976.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se hace constar que el anterior proyecto de fállo fue discutido y aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el día 16 de agosto de 1977.

Miguel Lleras Pizarro, Samuel Buitrago Hurtado, Alfonso Arango Henao, Osvaldo Abello Noguera, Carlos Betancur Jaramillo, Nemesio Camacho Rodríguez, Miguel Antonio Cárdenas, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Aníbal Restrepo S., Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.

Camilo Vargas A., Secretario General Encargado.

TITULO VI

CREDITOS ADICIONALES

PRESUPUESTO DE RENTAS Y LEY DE APROPIACIONES Expedición, régimen y finalidad. Constituye un acto condición que permite al gobierno, durante la vigilancia fiscal, percibir los ingresos y efectuar los gastos previamente decretados por el Congreso, las Asambleas y los Concejos. La planificación nacional y local, como programa general de acción, se debe reflejar y cumplir paulatinamente a través de los presupuestos.

PRESUPUESTO Y CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS. — Traslado de aportaciones. Créditos adicionales cuando está reunido y cuando está en receso el Concenso.

Consejo de Estado.— Sala Plena.— Bogotá, D. E., julio dieciocho de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 18 de julio de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 332. Actor: Gobierno Nacional.

Se provee sobre la solicitud del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público para que esta Corporación conceptúe favorablemente en relación con el proyecto de apertura de créditos adicionales al Presupuesto de Rentas y a la Ley de Apropiación de la actual vigencia fiscal por el monto de $ 6.429.244.202.00, mediante las siguientes consideraciones:

1º) **El régimen y la finalidad del presupuesto.** El presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones de la Nación que, en principio, el Congreso debe expedir con base en el proyecto que le presente el Gobierno, constituye un acto condición que permite a éste, durante la vigencia fiscal, percibir los ingresos y efectuar los gastos previamente decretados (artículos 76, numerales 13 y 14, 205, 207, 209 y 210 de la Constitución). Se busca así que el Congreso —y en el orden local las Asambleas y Concejos— cuyos integrantes son elegidos popularmente, sea el encargado de adoptar, mediante leyes, las decisiones fundamentales sobre impuestos y contribuciones, gastos e inversiones, a manera de opciones políticas que han de orientar la gestión administrativa del Gobierno en la vigencia fiscal, conforme a una ya larga tradición. Pero con mayor énfasis en el régimen constitucional colombiano, en el cual el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apro-

piaciones de la Nación deben ser los instrumentos de realización de los planes y programas de desarrollo económico, social y de obras públicas, cuya adopción, también es principio, por iniciativa del Gobierno, incumbe al Congreso (artículos 76, ordinal 4º, 79, 80, 118, ordinal 3º y 200 de la Constitución). Se trata de una política general de acción que se debe realizar sucesivamente, como programas específicos, mediante la adopción y ejecución estricta del Presupuesto. De ahí que el artículo 208 de la Constitución disponga perentoriamente que éste "deberá reflejar los planes y programas" y que el artículo 187, ordinal 2º. **ibídem** prescriba que los planes y programas departamentales de desarrollo económico, social y de obras públicas deben coordinarse con los nacionales y regionales, incluidos los municipales, a los cuales se refiere el artículo 189, inciso 2º, de la Carta, con la obvia finalidad, de hacer de la planificación nacional y local el programa general de acción que se debe reflejar y cumplir paulatinamente a través de los presupuestos. Esto también explica que el artículo 15 del Decreto-Ley 294 de 1973 —ley orgánica del presupuesto nacional para hacerlo equilibrado, rigurosa, universal y, en general, menos flexible que la Ley ordinaria— distinga entre el presupuesto de gastos de funcionamiento y el de inversión para regularlos diferentemente, por causa de su distinta finalidad.

No obsta al principio expuesto que, si el Gobierno no presenta oportunamente el proyecto de presupuesto, deba repetirse el de la vigencia anterior, o que, si el Congreso no lo expide dentro del plazo legal (artículo 57, Inciso 1º, del Decreto-Ley 294 de 1973), rija el proyecto presentado por el Gobierno (artículos 209 de la Constitución, 57 y 66 del Decreto-Ley 294 de 1970), porque en ambos casos se busca remediar, respectivamente, la omisión del Gobierno o del Congreso y evitar que haya incertidumbre, que tendría graves consecuencias, sobre la materia. Es una solución excepcional para la incurria en que podrían incurrir los órganos encargados por la Constitución de expedir el Presupuesto, para que, de todos modos, exista.

2º) El presupuesto y los créditos suplementales o extraordinarios. La Ley de Presupuesto, como todas, en principio obliga al Gobierno, al cual solamente debe percibir los ingresos y hacer los gastos incluidos en él. Pero, para obviar los problemas que podrían presentarse y permitir al Gobierno remediarlos pronta y eficazmente, el artículo 113 del Decreto-Ley 294 de 1973 limitadamente lo autoriza para hacer "traslados de apropiaciones entre artículos de un mismo Ministerio o Departamento Administrativo", con el fin de "adicionar partidas insuficientes de la Ley de Apropiaciones", "previa certificación del Contralor General de la República de que la apropiación que se va a transferir está libre de afectaciones".

Pero, en los demás casos, "apropiaciones para gastos no previstos en el Presupuesto, mediante contracréditos", transferencias de apropiaciones entre artículos de un mismo Ministerio o Departamento Administrativo de partidas afectadas, según el mencionado certificado del Contralor, o créditos adicionales, si está reunido el Congreso, el Gobierno debe someter a su consideración, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con los artículos 212, Inc. 3º de la Constitución, y 91, Inc. 2º del Decreto-Ley 294 de 1973, el correspondiente proyecto de ley que modifique la de apropiaciones.

Si el Congreso se encuentra en receso, el Gobierno, con fundamento en los artículos 212 y 213 de la Constitución, puede abrir créditos suplementales o extraordinarios a la Ley de Apropiaciones, conforme a los siguientes principios que se deducen de los indicados preceptos:

1º) La necesidad del "gasto imprescindible" la determina el Gobierno, como un criterio de conveniencia y de oportunidad de la medida que, como tal, no está sujeto a control.

2º) El crédito suplemental o extraordinario debe tener por objeto apropiar una partida para un gasto no previsto o incrementar la aprobada, si el Gobierno la estima insuficiente.

3º) Pero el Gobierno, específicamente el Consejo de Ministros, debe abrir el crédito suplemental o extraordinario "en las condiciones y por los trámites prescritos por la Ley orgánica del Presupuesto", actualmente los artículos 98 a 111, inclusive, del Decreto-Ley 294 de 1973. Esto con la finalidad de impedir que, mediante los créditos suplementales o extraordinarios, que tienen obvio carácter especial, se haga nugatorio el Presupuesto el cual, además de factor de orden en la Administración financiera, es instrumento de realización del plan y sea reemplazado por el azar y el casuismo, en una especie de dictadura fiscal. Por consiguiente, en relación con estos dos aspectos, su actuación necesariamente es, no discrecional, sino reglada.

La Ley del plan, por su esencial carácter previsor, por una parte, funcionalmente disminuye la posibilidad de la ocurrencia de la necesidad del "gasto imprescindible" sin que esté previsto en el Presupuesto y, por otra, constituye una pauta legal objetiva, que no se puede desconocer ni infringir, para determinar la necesidad y prioridad de una inversión. La falta de esta ley, no obstante que la Constitución reiteradamente ordena expedirla, distorsiona, por lo mismo, el sentido del Presupuesto e impide efectuar plenamente el control de legalidad de los créditos suplementales de inversión.

4º) El Consejo de Estado ejerce el control previo de constitucionalidad y legalidad, no de conveniencia u oportunidad, del crédito suplemental o extraordinario. El dictamen negativo de esta Corporación hace imposible la apertura del crédito, pero el favorable, contrariamente a lo previsto por el artículo 109, Inciso 2º, del Decreto-Ley 294 de 1973, no obliga al Gobierno, el cual por lo mismo pueda, a este respecto, obrar libremente ("a su juicio").

5º) El crédito suplemental o extraordinario, sin perjuicio de que las partidas apropiadas o incrementadas puedan afectarse inmediatamente después de aprobado, debe ser enviado al Congreso por el Gobierno para su legalización, la cual le corresponde efectuar, según el artículo 99 del Decreto-Ley 294 de 1973, a las Comisiones Permanentes del Presupuesto del Congreso, dentro de los diez días siguientes al de su recibo, cuyo transcurso, sin que se hubiera pronunciado, implica tácita aprobación.

3º) **El examen del caso sometido al dictamen de la Corporación.** Corresponde al Consejo de Estado, mediante dictamen previo, ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los créditos suplemen-

tales. Este examen dice relación con la disponibilidad, el órgano y el procedimiento, con el monto de los créditos, la fecha de su apertura y las prohibiciones.

1) **Los créditos.** El Gobierno, por el artículo 1º del proyecto de Decreto por el cual se abren los créditos suplementales, adiciona "el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital de la vigencia fiscal de 1977 con la cantidad de seis mil cuatrocientos veintinueve millones doscientos cuarenta y cuatro mil doscientos dos pesos ($ 6.429.244.202.00)" y, por el artículo 2º, con base en el mencionado recurso, abre los créditos adicionales, por igual valor, para gastos de funcionamiento y de inversión. Los gastos de funcionamiento, que implican incremento de las partidas apropiadas en la Ley de Apropiaciones y, en otros casos menos numerosos, nuevos servicios, se distribuyen entre el Congreso Nacional, la Contraloría General de la Repúplica, los Ministerios de Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia, Hacienda y Crédito Público, Defensa Nacional, Trabajo y Seguridad Social, Educación, Obras Públicas y Transporte y Rama Jurisdiccional. Los gastos de inversión que, en su mayoría, aumentan las partidas apropiadas y, en menor número, se destinan a nuevas inversiones, se distribuyen entre el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Defensa, Agricultura, Salud, Desarrollo Económico, Minas y Energía, Educación Nacional y Obras Públicas y Transporte.

2) **La fuente de los créditos.** Como se expuso, el Gobierno se propone incrementar el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital de la vigencia fiscal en curso con la cantidad de $ 6.429.244.202.00 con el fin de abrir los créditos suplementales indicados. Esta mayor suma, según el Certificado de Disponibilidad Nº 21, expedido por el Contralor General de la República, equivale al 80% "del remanente del mayor producto de rentas globalmente consideradas... que puede ser incorporado al presupuesto de la actual vigencia..." (fls. 45, 46 y 60, Cuaderno número 1). Además, según constancia del Director General de Examen de Cuentas de la Contraloría General de la República (fl. 61, C. Nº 1), se constituyó la reserva, no afectada con los créditos suplementales, por el monto de $ 8.481.656.831.86, equivalente al valor de las reclamaciones en curso contra las liquidaciones de impuestos. De donde se concluye que se cumplen, en relación con este punto, las prescripciones de los artículos 101, numeral 2º, 102, 108 y 120 del Decreto-Ley 294 de 1973.

3) **El órgano y el procedimiento.** Algunas de las entidades beneficiarias de los créditos suplementales que el Gobierno se propone abrir a la Ley de Apropiaciones, los solicitaron motivadamente al Gobierno, el cual los aprobó en Consejo de Ministros, por el monto indicado, en sesión celebrada el 23 de junio pasado, según consta en copia auténtica de la comunicación de su Secretario, enviada al día siguiente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, y en la relación anexa que también se acompañó en copia auténtica (fls. 31 a 44, C. Nº 1). Además, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en comunicación dirigida al Secretario General del Consejo de Estado, solicitó a éste su dictamen favorable, con copias auténticas del proyecto de decreto y del certificado de disponibilidad, de la exposición de motivos y de originales o copias auténticas de las solicitudes de apertura de créditos suplementales (fls. 1 a 29, C. Nº 1 y C. Nº 2). En consecuencia,

se ha dado cumplimiento, a este respecto, con lo prescrito por los artículos 212 y 213 de la Constitución, 106, 107, 108 y 109 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973.

Así mismo, en relación con los créditos suplementales de inversión, se solicitó y obtuvo concepto favorable del Departamento Administrativo de Planeación, de conformidad con el artículo 106 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973. La Sala verifica que, como en la elaboración del Presupuesto (artículos 41 y 43 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973), este organismo conceptúa discrecionalmente sobre los gastos o los créditos suplementales de inversión, sin pautas legales objetivas, como serían las de la Ley del plan, cuya falta impide efectuar, en relación con la necesidad y prioridad de las inversiones, el control de la legalidad.

4) **El monto del valor de los créditos y la Ley de Apropiaciones.** El artículo 100 del Decreto 294 de 1973 prescribe que "los créditos adicionales abiertos por el Gobierno durante el receso del Congreso no podrán exceder en cada año fiscal del veinticinco por ciento (25%) del monto total de la Ley de Apropiaciones aprobada inicialmente por el Congreso para el respectivo año", salvo los casos de excepción, ahí mismo señalados, entre los cuales no están comprendidos los que se estudian. Habida consideración de la constancia de la Secretaría sobre el monto del valor de los créditos suplementales acerca de los cuales ha dictaminado favorablemente esta Corporación, de la suma a que ascienden los que se estudian y del monto del Presupuesto de Gastos de la actual vigencia fiscal, por $ 62.748.192.000, en este caso no se sobrepasa el límite legal indicado.

5) **La fecha de apertura de los créditos.** El artículo 103 del Decreto Ley Nº 294 de 1973 dispone que "el mayor valor del reconocimiento de las rentas sobre el promedio de los cómputos presupuestales, no podrá servir para la apertura de créditos adicionales". Pero, como la segunda parte de la misma disposición la permite después del mes de mayo, y en este caso los créditos suplementales se abren con posterioridad, se ha dado cumplimiento al mencionado precepto. Del mismo modo, y por la misma causa, no se ha infringido la prohibición del artículo 117 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973.

6) **Los créditos suplementales y la prohibición del artículo 11 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973.** Este precepto prohíbe al Gobierno abrir créditos suplementales "para objetos o fines que hubiesen sido expresamente negados por el Congreso al aprobar la respectiva Ley de Apropiaciones y al decidir sobre un crédito adicional", con la obvia finalidad de impedir que contraríe, en esta forma, la decisión negativa adoptada por el Congreso. En relación con los créditos que la Sala estudia, el Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Secretario General de la Cámara de Representantes certificaron que no fueron sometidos al estudio del Congreso durante las sesiones extraordinarias celebradas entre el 11 de febrero y el 22 de abril del año en curso (fls. 63 y 64, C. Nº 1). Además, como el Gobierno pretende abrir los créditos suplementales con base en "el mayor valor del reconocimiento de las Rentas", de conformidad con el artículo 103, inciso 2º, del Decreto-Ley 294 de 1973, ello no podía realizarse sino desde el primero del mes de junio pasado, no antes. De manera que no se ha contrariado el artículo 111 del Decreto-Ley Nº 294 de 1973.

7) **Las leyes y los decretos que ordenan gastos y los créditos suplementales.** Según se hace constar en la exposición de motivos edicional, algunos de los créditos suplementales tienen por objeto incrementar o asignar partidas de funcionamiento con base en nuevas disposiciones legales, como los Decretos-Leyes 924 a 929 de 1976, relativos a la Contraloría General de la República, las Leyes 4ª y 60 de 1976, 2ª y 23 de 1977, referentes, respectivamente, a reajuste de pensiones, aumentos de sueldos, creación del Cuerpo de Policía Auxiliar en la Policía Nacional y reforma electoral, y los Decretos-Leyes 603 y 540 del año en curso, en su orden, sobre escala de remuneración del personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil y de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales de carácter nacional (fls. 62, 67 a 72, C. Nº 1).

8) **Los créditos suplementales para algunas entidades territoriales.** Algunos de los créditos suplementales que el Gobierno pretende abrir tienen por objeto hacer préstamos a entidades territoriales. Esto con el objeto, como lo hace constar el señor Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de asignar previamente las partidas que permitan celebrar los correspondientes contratos (fl. 63, C. Nº 1). El Gobierno, en ejercicio de la facultad discrecional que tiene sobre este particular, estima que estos gastos son imprescindibles: además, si en el presupuesto ordinario, de conformidad con el artículo 16, Inciso 2º, del Decreto-Ley 294 de 1973, reglamentado por el Decreto 505 de 1974, se pueden "apropiar partidas para préstamos a las entidades territoriales de la República y a las entidades descentralizadas", nada obsta para que lo propio se haga mediante créditos suplementales, si el Gobierno considera, con base en la facultad especial que le otorga el artículo 212 de la Constitución, que son gastos indispensables.

En conclusión es preciso emitir dictamen favorable a la apertura de los créditos suplementales.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado emite dictamen favorable a la apertura de los créditos suplementales a que se refiere la solicitud Nº 355 del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Transcríbase al Gobierno Nacional por conducto del mismo Ministro.

Miguel Lleras Pizarro, Presidente; *Alfonso Arango Henao, Samuel Arango Reyes, Osvaldo Abello Noguera, Rafael Acosta Guzmán, Jaime Betancur Cuartas, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho R. Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Antonio Cárdenas, Gustavo Salazar Tapiero, Luis Carlos Sáchica, Carlos Aníbal Restrepo S., Jorge Valencia Arango,* (Salvó Voto).

Camilo Vargas A., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO AL CONCEPTO FAVORABLE SOBRE APERTURA DE CREDITOS ADICIONALES AL PRESUPUESTO NACIONAL CORRESPONDIENTE A LA VIGENCIA FISCAL DE 1977.

Expediente número 332.

En los expedientes de la referencia, la Corporación dio dictamen favorable a la apertura de los créditos adicionales al presupuesto nacional solicitados por el Gobierno.

Con el respeto que me merece la decisión abrumadoramente mayoritaria de la Sala Plena, debo consignar, así sea sintéticamente, las razones que me asisten para considerar que el dictamen del Consejo de Estado ha debido ser desfavorable.

A. LA IMPRESCINDIBILIDAD E INMINENCIA DEL GASTO.

Dice el artículo 212 de la Constitución Política: **"Cuando haya necesidad de hacer** un gasto **imprescindible a juicio del Gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo** partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario..."

Surge la interpretación lógica y racional de la norma transcrita, que para la apertura del crédito suplemental o extraordinario, las circunstancias que deben darse, en forma concomitante son:

1) Que el gasto sea imprescindible a juicio del Gobierno;

2) Que haya **necesidad** de hacerlo;

3) Que se encuentren en receso las Cámaras, es decir, que sea tal la **inminencia** del gasto, que no pueda esperarse a la reunión del Congreso bien ordinaria o extraordinaria si por cualquier otra circunstancia hubiere sido convocado;

4) Que no haya partida para tal gasto en el Presupuesto o la votada resulte insuficiente.

Según el diccionario de la Real Academia: "IMPRESCINDIBLE" (De inc. 2º Art. y prescindible) adj. Dícese de aquello de que no se puede prescindir".

Y NECESARIO, según el mismo diccionario, tiene la siguiente acepción: "Que precisa, forzosa o inevitablemente ha de ser o de suceder".

Por tanto, un hecho **imprescindible o necesario**, es un hecho inevitable, sin que por las calidades dichas, pueda saberse el tiempo y **oportunidad** en que ha de hacerse o ha de suceder.

Pero como el artículo 212, comentado, habla de un régimen excepcional, pues permite **suplir** la ausencia del Congreso, órgano natural constitucionalmente encargado de decidir sobre las contribuciones, gastos y planes de desarrollo, por la actividad de un órgano simplemente consultivo, el Consejo de Estado para estos efectos, se impone la conclusión de que la necesidad y la imprescindibilidad del gasto, debe presentarse en relación con el lapso en que están en receso las Cámaras. Es decir, el gasto debe ser **inminente**, en el sentido de que es imprescindible y necesario hacerlo antes de que se reúnan las Cámaras.

No es, pues, que el Gobierno pueda escoger entre el Congreso y el Consejo de Estado. No, esta última Corporación solo suple o reemplaza a las Cámaras, cuando estando éstas en receso, no es posible esperar sus sesiones dada la necesidad e inminencia del gasto.

Desde que el hombre nace, resulta, como hecho **necesario e imprescindible** su muerte. Ella es forzosa, inevitable, pero cuándo? A pesar de ser un acaecimiento cierto e inevitable, necesario o imprescindible, en el largo recorrido entre el útero y la tumba, solo resulta inminente una sola vez, la víspera.

Faltan dos días para las sesiones ordinarias del Congreso, y no hay uno solo de los gastos contemplados en tales expedientes, que no puedan esperar una decisión de las Cámaras.

Pero algo más. Algunos de tales expedientes llegaron al Consejo en marzo pasado, cuando estaba reunido el Congreso en sesiones extraordinarias, cuyo temario podía ser adicionado por el Gobierno, y, por tal razón, la Corporación se abstuvo de conceptuar y los devolvió al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Por qué no se sometieron al Congreso? Por qué se esperó a la clausura de las Cámaras para repetir la petición del dictamen del Consejo? Puede discrecionalmente escoger el Gobierno? No creo, sinceramente que la respuesta a tales interrogantes puede ser favorable al Gobierno.

Con lo que hasta aquí va expuesto, sería suficiente para que el dictamen debiera haberse dado en sentido desfavorable. Pero hay otras razones.

B. En el largo debate adelantado en la Sala Plena, la mayoría llegó a la conclusión de que las circunstancias que debía analizar eran las siguientes:

1) Mantenimiento del equilibrio presupuestal (artículo 101. L. Orgánica del Presupuesto).

2) Que no haya partida votada en el Presupuesto o que ésta resulte insuficiente (Art. 212 de la Constitución Nacional).

3) Que se señale con claridad y precisión el recurso con el cual se incremente el presupuesto de rentas o que se indique la partida presupuestal de gastos que haya de contra-acreditarse (Art. 102 Ley Orgánica).

4) Que el recurso para la apertura del crédito no provenga de un mayor valor del reconocimiento de las rentas, a menos que se cumpla lo preceptuado en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Presupuesto.

5) Que el total de créditos dentro de una vigencia no exceda del 25% del monto total de la Ley de apropiaciones, salvo las excepciones previstas en el artículo 100 **ibídem.**

6) Cumplimiento estricto del trámite y de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 212 de la Constitución Nacional y en los artículos 106 a 109 de la Ley Orgánica.

Según, pues, la mayoría, el Constituyente, en la única norma en que dio carácter obligatorio al concepto del Consejo de Estado, lo único que hizo fue entregarle, inexplicablemente, unas funciones de Auditoría, de control previo, de control jurídico contable, adscrito por la Carta a la Contraloría General de la República.

No comparto tal exégesis constitucional.

En efecto:

1) El artículo 141 de la Carta Política, incluye como primera atribución del Consejo de Estado, y fue la única hasta 1914, la de "actuar como cuerpo **supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración debiendo ser** necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen".

Y agrega: "En los casos de que tratan los artículos 28, 121, 122 y 212, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, salvo en el caso del artículo 212 de la Constitución".

Por lo que se impone la conclusión inexorable de que en el caso del artículo 212 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado, por expreso mandato constitucional, obra como "cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración", y, por lo mismo, está obligado a EXAMINAR y dictaminar sobre todas las materias que deben ser examinadas y decididas por EL GOBIERNO DEL CUAL ES SU CONSULTOR.

Por ende está obligado a examinar en relación con el gasto propuesto, la regularidad del juicio del Gobierno, sobre el carácter de **necesario e imprescindible** del mismo, amén de su inminencia en relación con el tiempo que dure el receso de las Cámaras, como ya se vio.

2) Pero, además, como por voluntad del constituyente SUPLE transitoriamente al Congreso, lo reemplaza, debe estudiar la totalidad de los aspectos que puede y debe analizar el Congreso al decretar o autorizar un gasto.

Y como el Presupuesto nacional es un acto político por excelencia, es el instrumento de la política gubernamental, es el programa de un gobierno, está obligado el Consejo de Estado a analizar LA CONVENIENCIA del gasto presupuestal frente a LAS OTRAS ALTERNATIVAS que se presentan.

Y por este camino, la Corporación ha debido examinar:

a) Que la gran parte de los recursos con que pretenden financiarse los nuevos gastos (en cuantía aproximada a los $ 12.000.000.000.00 para todos los expedientes en curso) tienen origen en crédito externo;

b) Que la conversión de tales divisas extranjeras, implica una emisión de moneda nacional, por cantidad aproximada a los $ 5.000 millones de pesos, es decir, un aumento del medio circulante, en un 17%;

c) Que según declaraciones oficiales, no controvertidas, el grave proceso inflacionario que padece el país, es causado por la conversión en moneda nacional, de los dólares provenientes de la llamada "Bonanza Cafetera" y por la disminución de la producción de bienes y servicios, especialmente los de origen agropecuario. Por lo que, no se entiende que en momentos de aguda crisis inflacionaria, a los dólares cafeteros se sumen los dólares provenientes de empréstitos externos;

d) El aumento de un 19% de la moneda nacional, abstracción hecha de la velocidad monetaria, mientras se padece sub-producción de bienes y servicios, precipita en grado insospechable el auge inflacionario;

e) Aumentar la capacidad de compra en épocas de estrangulamiento de la oferta, no es ciertamente medida terapéutica;

f) No se entiende que mientras se restringe al crédito privado que es, en altísimo porcentaje, instrumento de producción de bienes, y servicios, se aumente el gasto presupuestal que es, fundamentalmente, por la distribución, destinación y circulación, aumento de la demanda de bienes y servicios, cuando sin tales medidas ya se confiesa la crisis de la oferta;

g) El aumento porcentual que sobre la inflación traerán necesariamente los créditos propuestos, significará nuevos sacrificios para los menos pudientes de la sociedad colombiana, aún supuesto el aumento general de los salarios nominales. "Los salarios suben por la escalera, mientras que los precios suben en ascensor".

C. Considero, pues, que el Consejo de Estado tiene que examinar y dictaminar sobre todas las circunstancias cuyo examen compete al Gobierno y al Congreso, PERO NO PUEDE TENER MAS ATRIBUCIONES QUE LAS DADAS POR LA CONSTITUCION A LAS CAMARAS LEGISLATIVAS.

Por tanto, además, de los factores que deben examinarse, según lo atrás visto, debe cerciorarse **de que el gasto propuesto haya sido decretado por Ley anterior.**

En efecto:

1) Nótese que el artículo 212 comentado, habla de gasto para el cual no exista partida en el presupuesto o la existente sea insuficiente, pero no dice que el gasto no haya sido autorizado por ley anterior, pues ello sería redundante, por las siguientes razones:

a) Según el artículo 207 de la Constitución Política, "no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipalidades..." lo que establece la regla general no contradicha por el artículo 212, **ibídem,** de que ningún gasto público podrá hacerse en el campo nacional, sin que haya sido previamente decretado por la Ley.

b) Y el inciso final del artículo 218 de la Carta, expresa que "en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no haya sido propuesta a las respectivas Comisiones **y que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a Ley anterior, o destinado a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo de que trata el ordinal 4º del artículo 76".**

Ello quiere decir, que el artículo 212 de la Carta, no sirve para abrir créditos suplementales o extraordinarios destinados a financiar GASTOS O INVERSIONES no autorizados por Ley anterior.

Obvio, si ni siquiera el Congreso, puede autorizar, en tales condiciones, la inclusión de dichos gastos en el Presupuesto Nacional, mucho menos puede autorizarlo el Consejo de Estado mediante el procedimiento del artículo 212.

Nótese que lo reglamentado por el artículo 212 no es otra cosa, que el procedimiento para modificar la Ley de presupuesto nacional y, por lo mismo, resulta absurdo que para modificarlos, tenga el Consejo de Estado mayores atribuciones que las que tuvo el Congreso al expedirlo.

c) Si el gasto no ha sido decretado previamente por el legislador y a pesar de ello, resulta necesario, imprescindible, es porque se está frente a una situación de orden público o de emergencia económica y social y los artículos 121 y 122 de la Carta, ofrecen otros caminos.

2) La Reforma Constitucional de 1968, tuvo como objetivo primordial la redistribución de competencias entre las distintas ramas del poder público y, muy especialmente, en relación con materias económicas, financieras y fiscales, como lo demuestran las previsiones contenidas en el ordinal 4º del artículo 76, sobre planes y programas de desarrollo económico y social, en concordancia con el inciso 2º del artículo 79 y las funciones y facultades de la Comisión del Plan, Especial y Permanente, como Supremo vigilante de la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, permite **prima facie,** las siguientes

Conclusiones

1) La terminología del Constituyente de 1968, trae ya, técnicamente, la diferenciación entre **gasto o inversión** y, por lo mismo, ha-

brá de entenderse que el artículo 212 se aplica a **gastos**, no a **inversiones.**

2) Que las inversiones tienen que figurar en los planes y programas de desarrollo económico y social, aprobados por Ley especial según los artículos 79 y 80 de la Carta.

3) Que si no se cumple lo anterior, no es posible aplicar el artículo 212.

4) Que no puede hablarse de un plan o programa, cuando para expedirlo se exigen tantos requisitos y para **modificarlos**, prácticamente el artículo 212 nada exigiría.

5) En qué queda la vigilancia de la Comisión Especial y Permanente, sobre los planes y programas de desarrollo económico y social, si ninguna intervención tiene en los créditos suplementales o extraordinarios que los afectan, o los pueden desnaturalizar?

D. En un expediente se certifica que en el Presupuesto, Capítulo Rama Jurisdiccional, servicios personales, sobran 18 millones de pesos que, por lo mismo, se toman para financiar un crédito extraordinario. Y en otro expediente. se certifica que en tal Capítulo, idéntico artículo faltan equis millones, que, por lo mismo, se acredita extraordinariamente.

Será esta anarquía contable y presupuestal lo que quiera y permite el artículo 212 de la Constitución Política?

Deliberadamente me he abstenido de referirme al Decreto-Ley 294 de 1973, orgánico del Presupuesto, por cuanto en lo que no concuerde con la normatividad constitucional, resultaría inaplicable, por inexequible.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., julio 18 de 1977.

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

IMPORTACIONES. — Impuesto de Aduanas.

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

Referencia: Radicación 4715. Consulta de la sentencia del Tribunal del Atlántico sobre liquidación de impuestos de aduana por importación de camperos. Demandante: C. H. Hutchinson y compañía Limitada.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Al demandante el Instituto de Comercio Exterior le otorgó licencia para importar de España algunos camperos sin carrocería metálica. En ese momento regía una clasificación en el arancel según la cual tales vehículos tenían un gravamen del 40%. Así consta en la licencia de importación.

Introducidos los vehículos, la aduana liquidó gravamen del 70% porque entre el momento de expedirse la licencia y el momento de llegada de los vehículos se dictó el Decreto 1300 de 1974 que modificó la clasificación y colocó a estos camperos con un gravamen del 70%.

El demandante consideró que la clasificación que consta en la licencia de Incomex le daba derecho a que se aplicara la antigua tarifa. La aduana consideró que no y que además se había incurrido en fraude que originó multa.

El Tribunal decidió de acuerdo con las siguientes consideraciones que en lo sustancial se transcriben así:

"Cuando los camperos llegaron al puerto de Barranquilla en el vapor 'Comillas', el 9 de julio de 1974, la Aduana los aforó de acuerdo con la posición y el gravamen vigentes para esa fecha, o sea con el 70% **ad valorem** e impuso con base en el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951 una multa a la firma importadora por la suma de $ 138.378.75. Cumplido el proceso por la vía gubernativa, las autoridades de aduana dejaron en firme la liquidación practicada por la Administración de la Aduana de Barranquilla.

"Pese a lo dispuesto por el artículo 234 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), en la demanda se alega un posible derecho adquirido por una licencia de importación que se obtuvo con anterioridad

al cambio del gravamen de los vehículos cuya licencia que tenía una validez hasta el 10 de noviembre de 1973.

"El artículo 234 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), dice textualmente:

"'Se considera que la mercancía ha llegado al territorio nacional en el día y a la hora en que se pase la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave, y en consecuencia, las tasas de derecho aplicables a la mercancía serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse tal visita. Cuando en el mismo viaje de la nave, pero en fechas distintas, llegue a diferentes puertos mercancía consignada a importadores de la República, la fecha de la llegada al primer puerto de ésta se tendrá como fecha de llegada al territorio nacional de la mercancía que esa nave traiga consignada para el país". A juicio de la Sala, lo dispuesto por el artículo antes transcrito es muy claro y no admite dudas ni interpretaciones diferentes a su texto que es de una claridad meridiana. Las tasas de derecho aplicables a las mercancías que lleguen al territorio nacional serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave que las transporta. Por lo tanto, si cuando se hizo la visita al vapor "Comillas" en el cual llegaron los vehículos automotores importados por la actora, estaba vigente un gravamen del 70% **ad valorem** para dichos camperos, éste era el impuesto que legalmente debía pagar el importador, por lo cual la liquidación practicada por la Aduana de Barranquilla, en lo que a gravamen se refiere, se ajusta a la Ley.

"La licencia de importación no constituye gravamen aduanero de ninguna especie. Es solo un control de las importaciones, y su expedición constituye un permiso del Gobierno Nacional para que una persona pueda realizar, durante el término de la vigencia de la misma, la importación de determinados artículos. La posición en que se encuentra determinada mercancía en el arancel aduanero y su gravamen, ya sea específico o **ad valorem**. son actos propios de la Aduana, muy distintos al permiso o licencia que el control de cambios otorga para la importación de determinado producto. Por eso no puede decirse que durante la vigencia de una licencia de importación, el importador haya adquirido un derecho a que la mercancía objeto de la licencia deba estar en la misma posición arancelaria y le sea impuesto el mismo gravamen que estaba vigente para el momento en que se concedió la licencia. En el presente caso, se repite, tiene plena aplicación el artículo 234 del Código de Aduanas en el sentido de que los derechos aplicables a la mercancía eran los mismos que estaban en vigencia en el momento en que se pasó la visita oficial a la nave en la cual fueron transportados hasta puerto colombiano, o sea los derechos consignados en el Decreto Nº 1300 de fecha 4 de julio de 1974.

"En relación con la multa que se impuso al importador, está claramente demostrado que la norma legal que sirvió de base para decretarla, o sea el artículo 7º del Decreto 2602 de 1951, fue expresamente derogada por el artículo 16 del Decreto 1345 de 1959, y por lo tanto debe anularse tal medida".

El Consejo comparte la opinión del Tribunal.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. No constituye salario los bienes en dinero o especie que el trabajador reciba del empleador a mero título de gratificación o bonificación, siempre que la entrega aunque plural sea ocasional. Si se reciben regularmente deben computarse con las demás cantidades entregadas como salario y en consecuencia, las contribuciones al Instituto de Seguros Sociales y al Sena y a las Cajas de Compensación deberán liquidarse sobre la suma total de tales valores.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre veintisiete (27) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 4416. Actor: EDITORIAL DEL CARIBE. S. A. Consulta sentencia de 9 de marzo de 1977, del Tribunal Administrativo del Atlántico. Revisión impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1971. IMPUESTOS.

Ha llegado en consulta la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 9 de marzo de 1977, por medio de la cual se dispuso revisar la operación administrativa de liquidación de los impuestos de renta y complementarios liquidados a cargo de la EDITORIAL DEL CARIBE S. A. por el año gravable de 1971 y se elaboró nueva liquidación de la que no resulta suma alguna a cargo de la Sociedad contribuyente.

La parte demandante reclamó por el rechazo de una deducción de $ 3.655.00 por concepto de impuesto de timbre y papel sellado; por el rechazo de $ 11.442.00 como suma deducible de la renta por retiros de activos fijos inmovilizados; por el rechazo de la cantidad de $ 52.575.00 como deducción de la renta por comidas nocturnas pagadas al personal y por el rechazo de la cantidad de $ 331.582.18 por concepto de gastos de la edición del periódico que no fue tenida en cuenta por la Administración a pesar de estar relacionada debidamente en el anexo correspondiente.

Las consideraciones del Tribùnal en la sentencia que se revisa y el criterio que informa tanto la nueva liquidación como la parte resolutiva del fallo las comparte esta Sala y por lo tanto basta su transcripción para confirmarlo.

Dijo así el Tribunal:

"a) **Rechazo del Impuesto de Timbre y Papel Sellado por valor de $ 3.655.00,** la oficina Liqudadora rechazó la suma anterior creyendo que el contribuyente se refería a intereses pagados por concepto sobre la renta, porque en realidad la demandante no fue explícita al consignar la suma como deducción, ni tampoco demostró con asientos contables la naturaleza de las erogaciones hechas en favor de la Administración de Impuestos Nacionales. Ahora, en la etapa Jurisdiccional, aseguran que se trata de pagos hechos por concepto de timbre y papel sellado. Por la poca magnitud de la deducción y por lo dispendioso de probar esta erogación, la Sala acepta la explicación dada por la contribuyente y acepta la deducción por valor de $ 3.655.00, por pagos hechos por el concepto ya anotado.

"b) **Rechazo de la Pérdida por Retiro en Activos Fijos Inmovilizados por valor de $ 11.442.00.** la Oficina Liquidadora rechazó la cantidad de $ 11.442.00, como deducción en retiro de activos, por considerar, con justa razón, que ella no es deducible. El señor apoderado de la actora en su demanda alega que los retiros de activos sí son deducibles. y cita como violadas la Ley 81 de 1960, sin especificar con precisión el artículo exacto de dicha Ley que permite la deducción, y sin hacer mención al concepto de la violación, por lo cual considera la Sala que no es el caso de examinar más detenidamente este punto por la falta de los anteriores requisitos procesales.

"c) **Rechazo de la Deducción por Comidas Nocturnas dada al Personal.** La Oficina Liquidadora rechazó la deducción por $ 52.575 correspondiente a comidas nocturnas que la contribuyente ofrece a su personal de trabajadores, por no haber acreditado aportes al SENA correspondientes a esta cifra. La parte actora argumenta que como se trata de prestaciones extra legales no tiene obligación de hacer contribuciones al SENA por tal concepto. La Sala considera, que en relación con este punto lo importante no es determinar si se trata de prestaciones legales o extra legales sino de investigar si las sumas gastadas por la contribuyente en alimentación nocturna de su personal constituye o no salarios. ya que con base en éste es que debe pagarse la contribución al SENA. De acuerdo con la Legislación Laboral lo que el patrono da al trabajador por concepto de alimentación se considera, como salario, por lo tanto ese salario que se paga como alimentación debe aportar al SENA su cuota correspondiente. Por lo anterior estima la Sala que no es deducible la suma citada anteriormente y que procedieron conforme a derecho las autoridades de Hacienda Nacional cuando realizaron el rechazo.

El Consejo agrega que según la doctrina acogida en el fallo del 11 de agosto de 1977 en el asunto radicado con el número 4169 y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 128 del Código del Trabajo no constituyen salario los bienes en dinero o especie que el trabajador reciba del empleador a mero título de gratificación o bonificación, siempre que la entrega aunque plural **sea ocasional**, lo que equivale a decir que si esos bienes se reciben **regularmente** sí son salario, salvo disposición legal expresa.

Si almuerzos u otros refrigerios se suministran al trabajador todos los días laborados con regular periodicidad, su valor debe computarse como salario y sumarse a las demás cantidades entregadas por el mismo concepto y, en consecuencia, las contribuciones al Instituto de Seguros Sociales, al SENA y a las cajas de compensación deberán liquidarse sobre la suma total de tales valores.

"d) **Rechazo en Gasto de Edición.** La entidad liquidadora dejó de tener en cuenta la cantidad de $ 331.582.18 por concepto de gastos de edición. En la demanda se argumentó que este desconocimiento se debió a que en las Oficinas de Hacienda no se tuvo en cuenta la página Nº 4 del Anexo Nº 8 referente a gastos de transporte. Comparando la copia autenticada que del Anexo Nº 8 se acompañó al expediente con la que reposa en los antecedentes administrativos, se puede observar que, efectivamente, los funcionarios de Hacienda Nacional no tuvieron a la vista la página Nº 4 del Anexo Nº 8, la cual no aparece en los antecedentes de la actuación administrativa. Por lo tanto es procedente la cifra de $ 331.582.00 como gastos de edición".

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:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de octubre de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — Requisitos para que se configure el fenómeno del silencio administrativo positivo. La favorabilidad no ampara a exenciones o deducciones prohibidas o no autorizadas por la ley. Solo quedan amparados por el silencio los puntos de la liquidación oficial que han sido impugnados.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre veinte de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández**)

Referencia: Expediente Nº 3641. Actor: Matías Gómez Gómez, Sucesión. Apelación de la sentencia de octubre 24/75 del Tribunal Administrativo del Quindío. Revisión de la operación de liquidación de impuestos por el año de 1972. Fallo.

Para resolver la apelación interpuesta por el señor Agente del Ministerio Público contra la sentencia de 24 de octubre de 1975 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Quindío declara fallada a favor de la sucesión del señor Matías Gómez Gómez la reclamación formulada contra la liquidación de impuestos por el año gravable de 1972, se considera:

Es cierto, como lo sostiene el apelante y lo ratifica el señor Fiscal de la Corporación, que el fenómeno del silencio administrativo positivo no se reduce a una simple confrontación mecánica de fechas que permite concluir en forma simplista su ocurrencia con solo advertir que la administración se ha pronunciado fuera del término que la Ley señala para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias. Se precisa, además, del vencimiento del término, verificar si el reclamo ha sido o no **legalmente** interpuesto, toda vez que sólo se configura el silencio cuando la reclamación cumple con la totalidad de los requisitos que la ley señala para que la administración pueda proferir una decisión de fondo y ésta lo hace vencido el término de competencia temporal que le señala la ley. De suerte que reclamos extemporáneos o interpuestos sin el cumplimiento de la totalidad de las exigencias legales, o con fundamento abiertamente contrarios a las normas tributarias como lo será el que pretenda obtener una exención o deducción prohibida o no autorizada por la ley, mal pueden quedar amparados en la decisión Ficta favorable, toda vez que la ley habla de reclamaciones legalmente interpuestas, lo cual obliga al juez a definir si la reclamación de que se trata reúne o no tal exigencia expresa de la ley

para efecto de que pueda quedar amparada con el silencio positivo. Así mismo, es necesario precisar qué aspectos de la liquidación oficial han sido impugnados, pues, solo ellos quedan amparados por el silencio, el cual no significa que quede en firme la liquidación privada, error en que frecuentemente incurren los Tribunales, a menos que hayan sido materia de impugnación la totalidad de los factores que han determinado la liquidación de un impuesto por encima del que se ha fijado el contribuyente en su liquidación privada. Demás estaría anotar de no advertirse tan inexplicable error en algunas decisiones que en esta materia ha revisado el Consejo, que los efectos del silencio no pueden llegar hasta el extremo de producir una nueva liquidación por debajo de la propia liquidación privada del contribuyente, la cual, como es obvio, constituye el límite mínimo infranqueable por el Juez para efecto de fijar las obligaciones fiscales del contribuyente beneficiado con la ocurrencia del fenómeno.

Reiteradas así las ya constantes apreciaciones jurisprudenciales que ha venido sentando el Consejo en torno a esta materia, se entra a analizar el caso concreto de antes.

Como lo hace notar el señor Fiscal colaborador, en el presente caso sí se configuró el silencio en relación con el reclamo formulado a nombre de la sucesión contribuyente, por las siguientes razones:

La Dirección General de Impuestos por medio de la Resolución número 6770 de 17 de agosto de 1973, desestimó el reclamo interpuesto el 26 de septiembre de 1972 por los herederos de Cecilia Gómez vda. de Gómez y Julio César Gómez Gómez, en razón de que no probaron éstos su condición de herederos para poder reclamar a nombre de la sucesión.

Mediante escrito presentado oportunamente, los interesados interpusieron recurso de reposición comprobando debidamente su calidad de herederos. La Dirección mediante Resolución número 07131 fechada el 4 de noviembre de 1974, aceptó la comprobación de la personería para reclamar y profirió decisión de fondo en el sentido de revocar la Resolución recurrida y denegar la reclamación formulada, tendiente a que se dejara en firme la liquidación privada.

Como se advierte, la Administración decidió de fondo porque consideró satisfechos los requisitos del reclamo en materia de personería, como efectivamente ocurrió, pero expidió la resolución cuando ya se encontraba vencido el término que señala el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 por lo cual se produjo a favor del contribuyente el silencio administrativo positivo.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y en acuerdo con su colaborador Fiscal, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — SILENCIO ADMINISTRATIVO. — Relación de las disposiciones legales en las cuales se establece los términos para que la administración decida las reclamaciones contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta.

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

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

Referencia: Expediente número 4805. Actor: Cementos El Cairo S. A.

Se resuelve la consulta de la sentencia de 5 de agosto de 1977, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1971, adelantado por la sociedad "Cementos El Cairo S. A."

Se considera:

Está acreditado que la sociedad contribuyente presentó reclamación con el lleno de las formalidades legales el 15 de mayo de 1974; que la sección de recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín la resolvió en forma totalmente favorable pero, por haberse incurrido en un error aritmético en la nueva liquidación, la sociedad interpuso apelación, recurso que no había sido resuelto por la Dirección General de Impuestos Nacionales cuando la sociedad acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 29 de julio de 1976, en demanda de la declaratoria de que trata el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, a lo que accedió el Tribunal por la sentencia consultada.

Conviene precisar si la norma del artículo 36 de la Ley 63 de 1967 está vigente.

Dice así la referida disposición:

"**Artículo 36.** Los recursos de que trata el Decreto 1651 de 1961, interpuestos con el lleno de las formalidades legales durante los años de 1963 y anteriores, deberán resolverse dentro del plazo de doce meses contados a partir del 1º de enero de 1968. Los interpuestos en 1964 y 1965 se resolverán antes del 31 de diciembre de 1969; los interpuestos en 1966, antes del 31 de diciembre de 1970, y los interpuestos a partir de 1967 deberán ser resueltos en el término de cuatro años

contados desde la fecha de su presentación. Si no se resolviere en dichos plazos se considerará que el recurso queda fallado en favor del contribuyente".

El artículo 143 del Decreto Legislativo Nº 2053 de 1974 derogó expresamente, en su totalidad, la Ley 63 de 1967, por lo que la norma del artículo 36 transcrito cesó en su eficacia.

Pero es claro que los recursos de que trata el artículo 36 interpuestos durante su vigencia, tienen que resolverse por la administración dentro de los plazos allí fijados y, en caso contrario, se considerarán fallados en favor del contribuyente, en virtud del principio legal de que los términos, diligencias y actuaciones iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, ya que el Decreto derogatorio nada dispuso sobre los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor.

Y por lo que hace a la norma del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, el fenómeno jurídico es diferente.

Dice así la disposición:

"**Artículo 9º** Redúcense a dos años los términos señalados en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967 para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias interpuestas a partir de la vigencia de la presente Ley. Si al vencerse dicho término la reclamación pendiente no hubiese sido decidida en forma definitiva, se entenderá fallada a favor del contribuyente. El término a que se refiere este artículo se contará a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación".

El Decreto Legislativo Nº 2247 de 1974, en su artículo 29 lo modificó en el sentido de que el término de dos años sería de cuatro cuando la cuantía discutida fuere superior a quinientos mil pesos.

Pero la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 19 de noviembre de 1974, declaró inexequibles los artículos 1º a 4º del Decreto 2247 de 1974, por no guardar relación directa y específica con la situación determinante del estado de emergencia económica.

Además, en la Ley 23 de 1974, que revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la legislación sobre procedimiento tributario ciñéndose al texto de las disposiciones del Decreto Legislativo número 2247 de 1974, pero en los términos indicados por el Congreso en la misma Ley, se emitió el artículo 29 del referido decreto, entre otros, y en el parágrafo del artículo 5º se estableció:

"Es entendido que las disposiciones del Decreto Legislativo 2247 no mencionadas en el artículo 1º de esta ley, no se incluirán en el decreto que se expida en ejercicio de estas facultades".

Lo que indica la voluntad del legislador de mantener la institución del silencio tal como se prescribe en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, que permite su aplicación en materia de reclamaciones contra las liquidaciones de impuesto sobre la renta, así haga referencia al artículo 36 de la Ley 63 de 1967, ya derogado, puesto que contiene los factores para establecerlo, así: dos años contados a partir de la presentación de la reclamación y que al vencimiento del plazo no hubiese

sido resuelto **definitivamente.** Y la consecuencia cuando tal cosa ocurra: que la reclamación se entiende fallada a favor del contribuyente.

La Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal. La nueva liquidación está correcta.

Por lo expuesto; el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase 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.

IMPUESTOS DE ANOTACION Y REGISTRO. — Régimen legal. Sujetos pasivos. Exenciones la Ley 56 de 1904 artículo 14, exonera de este impuesto a la Nación a los Departamentos a los Municipios y a los Establecimientos de Instrucción Pública y de Beneficencia. La obligación del particular no desaparece por el hecho de celebrar una negociación con una entidad de derecho público exenta. Las operaciones que ejecute la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero están exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., agosto cuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández)**

Referencia: Expediente Nº 3673. Actor: Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac "Caxdad". Apelación de la sentencia de noviembre 7/75 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de la operación de liquidación del impuesto de Registro de la Escritura número 5847 de septiembre 3/71 de la Notaría 1ª de Bogotá. Fallo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del demandante, contra la sentencia de 7 de noviembre de 1975, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

El señor Agente del Ministerio Público, doctor Jorge Dangond Flórez, hace en su vista de fondo una afortunada síntesis del problema planteado y de su aspecto jurídico. Dice el señor Fiscal colaborador:

"En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el doctor Camilo Serrano Carrizosa, obrando como apoderado de la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac y en ejercicio de la acción que consagran los artículos 271 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes peticiones:

"'a) Revisar la operación administrativa por la cual se liquidó en la suma de SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON 79 CTVOS. el impuesto de anotación y registro correspondiente a la venta que mi representada le hizo a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por Escritura Nº 5847 de 30 de septiembre de 1971, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá;

"'b) Ordénase que se devuelva a mi representada, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del fallo, la mencionada suma de SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SEIS CON 79 CTVOS. ($ 71.806.79) más los intereses a partir de la fecha en que mi representada hubo de pagar el impuesto".

"Acerca de los hechos que dieron origen a este asunto, el demandante dijo:

"'1º Por Escritura número 5847 de 30 de septiembre de 1971, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, la entidad que represento le vendió a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero un globo de tierra situado en Bogotá por la suma de VEINTE MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON 56 CENTAVOS ($ 20'512.226.56).

"'2º Con el fin de autorizar el registro de la Escritura de venta, la Beneficencia de Cundinamarca, exigió que se pagara, por concepto de impuesto de registro y anotación, la suma dicha de $ 71.806.79, pago que mi representada tuvo que hacer efectivo como consta en la Boleta Nº B41137, expedida por la oficina recaudadora, o sea la Beneficencia de Cundinamarca.

"'3º Mi representada reclamó ante la oficina Recaudadora la devolución del impuesto, solicitud que fue negada por Resolución Nº 563 de 22 de mayo de 1972 emanada de la misma Beneficencia de Cundinamarca.

"'4º Por Resolución Nº 401 de 15 de junio de 1972, el señor Gobernador de Cundinamarca confirmó la providencia dictada por el señor Síndico Gerente de la Beneficencia, habiéndose agotado la vía gubernativa".

"Como disposiciones violadas, la demanda señaló los artículos 35 de la Ley 57 de 1931 y 13 y siguientes del Decreto 2733 de 1959.

"En sentencia del 7 de noviembre de 1975, que fue apelada por el apoderado de la actora, el Tribunal no accedió a las pretensiones de la demanda.

"La Fiscalía considera:

"Se trata de definir si la Caja de Prestaciones de Auxilios y Prestaciones de Acdad, por el hecho de haber participado junto con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la operación de venta del globo de terreno a que se refiere el hecho 1º de la demanda, está exonerada del pago del impuesto de anotación y registro. Veamos:

"El artículo 35 de la Ley 57 de 1931 dispone: 'Tanto la Caja de Crédito Agrario como las letras agrarias, acciones, bonos, etc. de la institución y las operaciones que ésta ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales y de toda clase de contribuciones. Además gozará la Caja de todas las ventajas que le da la ley como institución de utilidad pública'.

"El demandante manifiesta, al comentar este artículo, que las 'exenciones de impuestos tienen un aspecto subjetivo en cuanto solo miran a las personas que son sujetos del gravamen, o presentan un ca-

rácter objetivo si tienen en cuenta simplemente el hecho gravado'. Y concluye así: 'En lo que atañe a la Caja Agraria puede decirse que la norma citada contempla los dos aspectos. Por una parte el subjetivo que incluye los impuestos directos como el de la renta y complementarios, también el predial', etc. Pero el texto legal habla igualmente de **'las operaciones que ésta ejecute'**, lo cual significa que la exención mantiene su vigencia en su aspecto objetivo, vale decir que los hechos gravados también están exentos de impuestos si son ejecutados por la Caja, auncuando en ellos intervengan otras personas".

"Acerca del beneficio a que se refiere el artículo 35 de la Ley 57 de 1931, que es una norma de carácter general, se observa que fue instituido en consideración a la calidad de una determinada persona, o sea la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Por ello, cuando el precepto mencionado dice que tal privilegio se extiende también a 'las operaciones que ésta ejecute' debe entenderse que si aquel organismo realiza una actividad sobre la cual recae algún gravamen queda exonerada de cancelar la parte que le corresponde'.

"De otro lado, el asunto que se discute está regido por disposiciones especiales que excluyen la posibilidad de que se le dé preferencia a la Ley 57. El impuesto a que se refieren los actos acusados no recae sobre la operación efectuada entre la actora y la Caja de Crédito Agrario sino sobre el registro de la Escritura de venta Nº 5847, y en cuanto a esta clase de acto la ley no establece excepciones pues, como lo recuerda el Tribunal, la Ley 39 de 1890, que creó el impuesto de anotación y registro, expresa que este 'tributo se cobraría por las escrituras de venta, por las de poderes o sustituciones de los mismos', etc. El Impuesto sigue vigente, su objeto es el mismo; pero en relación con los sujetos pasivos, la ley, en consideración a ciertas calidades de éstos, establece algunos privilegios, para efectos del pago del gravamen, Así, el artículo 14 de la Ley 56 de 1904, que se refiere de manera exclusiva y especial al impuesto de anotación y registro, ordena: 'La Nación, los Departamentos y los Municipios, y los establecimientos de instrucción pública y de beneficencia **no están sujetos al pago** de derechos de registro. Pero los **particulares** que contraten con esas entidades y se obliguen en favor de ellas **sí deberán pagar el impuesto** que a ellas correspondiere'.

"De acuerdo con lo anterior, la obligación del particular no desaparece por el hecho de celebrar una negociación con una entidad de derecho público exenta.

"Además, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 56 de 1904 los 'Derechos de registro de las escrituras de venta y otros contratos los pagarán los **vendedores** u otorgantes de tales escrituras, a no ser que las partes hayan convenido expresamente en otra cosa'.

"A juicio de la Fiscalía, las consideraciones anteriores demuestran que la sentencia del Tribunal es acertada y, por lo tanto, el Consejo de Estado debe confirmarla".

A lo anterior cabe agregar que es cierto, como lo afirma el demandante que las operaciones que ejecute la Caja de Crédito Industrial y Minero están exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales, pero como es natural, tal exención opera cuando la opera-

ción misma que ejecuta la Caja está sometida a un impuesto que tal entidad debería cubrir de no existir la exención. En el caso de autos, se tiene que los derechos de registro de las escrituras de venta, recaen, salvo estipulación en contrario, en la persona del vendedor, conforme a lo dispuesto en la Ley 56 de 1904 y como la Caja fue adquirente resulta claro que sobre ella no recaía la obligación de pagar los derechos de registro de la escritura de compraventa y, por lo mismo, no existe materia sobre la cual recaiga el beneficio que le otorga la ley. Muy distinta sería la situación, si la Caja hubiera actuado como vendedora, en cuyo caso sí operaría la exención.

Por lo anterior el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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.

IMPUESTOS. — VIA GUBERNATIVA. — Forma debida de notificación de las providencias administrativas relacionadas con los recursos o reclamos contra las liquidaciones de los impuestos. (Decretos 2821/74, 1651/61 y 2733/59).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., agosto dieciocho (18) de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 4681. Actor: Carlos Giraldo Ramírez. Apelación auto inadmisorio de la demanda de fecha 5 de mayo de 1977 del Tribunal Administrativo del Quindío. Impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1971. Apelación. Interlocutorios.

El apoderado de la Sucesión del señor Carlos Giraldo Ramírez interpuso recurso de apelación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 5 de mayo de 1977, por medio de la cual resolvió no admitir la demanda de revisión de impuestos liquidados al señor Giraldo (Sucesión) por el año fiscal de 1971, con fundamento en que la parte interesada no agotó debidamente la vía gubernativa por haber interpuesto extemporáneamente el recurso de reposición contra la primera decisión tomada por la Administración de Impuestos, por medio de la cual se desechó la reclamación formulada oportunamente.

Dijo así el Tribunal:

"En auto número 0081 de 30 de mayo de 1975, la Administración dispuso: 'Desechar, por no haber acreditado el pago previo de los impuestos privadamente liquidados, el recurso de reclamación interpuesto por la señora LIGIA VELASQUEZ DE GIRALDO a nombre del señor CARLOS GIRALDO RAMIREZ (Sucesión)...'

"En esta providencia se le advirtió a la reclamante que dentro de los cinco días siguientes a su notificación podría hacer uso del recurso de reposición.

"El premencionado auto se notificó el 11 de junio de 1975 y, por consiguiente, de acuerdo con la advertencia podía recurrirlo hasta el 17 de los mismos; pero como apenas el 25 de ese mismo mes y año presentó el recurso respectivo, la Administración en

Auto número 0153 de 21 de julio de 1976, desechó 'por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la señora Ligia Velásquez de Giraldo, ya identificada...'

"Lo anterior quiere decir que el auto dictado en un principio, o sea el número 0081 de 30 de mayo de 1975, quedó en firme y de allí que el Tribunal no pueda entrar a decidir sobre cuestiones que para las partes han hecho tránsito a cosa juzgada. De allí que no le haya nacido el derecho a la reclamante para acudir a esta jurisdicción".

Para resolver se considera

Aun cuando el interesado no sustentó el recurso, analizado objetivamente el planteamiento hecho por el Tribunal aparentemente le asiste la razón para no haber admitido la demanda, pues al cotejar las fechas de notificación del primer auto dictado por la Administración y la de presentación del recurso, es evidente que transcurrieron más de los 5 días que establece la ley y que los señaló expresamente el mismo auto.

Pero al estudiar con detenimiento la forma como la Administración procedió a notificar dicho auto se observa que el procedimiento adoptado por esa Oficina fue la de anotación por el Estado Nº 6 de junio 11 de 1975.

El Decreto 2821 de 1974 no establece ninguna norma especial sobre la forma de notificar las providencias relacionadas con los recursos o reclamos contra la liquidación de los impuestos pero en su texto hace continuas referencias a las disposiciones procedimentales del Decreto 1651 de 1961.

Es allí por lo tanto donde hay que indagar la forma como la Administración debe dar a conocer a los contribuyentes las decisiones que tome y así vemos que en el Capítulo III que se denomina **Trámite de recursos y disposiciones varias**, los artículos 49, 50 y 51 establecen la forma como deben efectuarse dichas notificaciones.

Especialmente el artículo 49 reza:

"Artículo 49. Las providencias a que se refiere este Título se notifican personalmente a los contribuyentes o a sus representantes o apoderados, dejando constancia expresa en este acto de los recursos que proceden y del término dentro del cual pueden interponerse. Para este efecto se citará a quien deba notificarse mediante oficio enviado a la dirección señalada para tal fin en el respectivo recurso".

De acuerdo con ese artículo, la providencia en referencia no puede considerarse bien notificada mediante la anotación en estado sino que es necesario notificar personalmente al interesado previa citación para que concurra a cumplir con esa diligencia y si transcurridos 10 días no comparece a suscribir la notificación, ésta se hará por medio de edicto que se fijará por 5 días.

Ninguna de estas formalidades cumplió la Administración para hacer conocer al interesado su decisión por medio de la cual le desechaba

el recurso instaurado y por lo tanto mal puede entenderse que dicho auto fue debidamente notificado.

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 establece además que sin el lleno de los requisitos establecidos para hacer la notificación, el acto no produce efectos legales a menos que la parte interesada interponga los recursos legales, dándose por ese medio por suficientemente enterada; pero en este caso no puede entenderse que la fecha de la notificación sea la señalada en la copia del auto correspondiente, sino la de la interposición de los recursos y por lo tanto el cargo de que éste ha sido extemporáneo no puede sostenerse.

No sólo las disposiciones anteriormente mencionadas así lo imponen, sino que un elemental sentido práctico lo indica, pues después de formulado el reclamo la Administración se toma muchísimo tiempo para dictar la providencia, con peligro de sorprender al interesado que no puede diariamente vigilar la suerte del mismo.

El presente caso es una prueba contundente de lo que aquí se afirma, pues el reclamo se formuló el día 4 de abril de 1974 y la decisión que se pretendió notificar por estado lleva fecha de 30 de mayo de 1975.

Sinembargo, como el auto que desechó el recurso tiene como fundamento el que la parte interesada no acreditó el pago de sus impuestos determinados en la liquidación privada, y como con el memorial en que interpuso el recurso tampoco se presentó la prueba correspondiente y se limitó a pedir que la propia Oficina Administrativa solicitara el dato a la Sección de Cuentas Corrientes; es notorio que por este aspecto el reclamante no cumplió con uno de los requisitos establecidos por el artículo 33 del Decreto 1651 de 1961 y por el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974.

En estas condiciones, el contribuyente por falta del cumplimiento de los requisitos formales a que se ha hecho referencia, no agotó debidamente la vía gubernativa y de consiguiente no le ha nacido el derecho a ejercitar la acción jurisdiccional para formular sus pretensiones ante los Tribunales Administrativos.

Por esta razón habrá que confirmar el fallo apelado, pero dejando muy claramente establecido que se hace por razones completamente diferentes a las que motivaron la decisión recurrida del Tribunal Administrativo del Quindío.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

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 18 de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Los Consejeros,

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

Jorge T. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. — Deducción por costos. Pago de honorarios por servicios ordinarios de asesoría en el sentido económico de la palabra. Pago por concepto de intangibles como good will, regalías por el uso de marcas o patentes tecnológicas.

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

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación 4652. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1971. Demandante: Comestibles La Rosa S. A.

La mayor parte de las inconformidades presentadas a la administración respecto de la liquidación oficial número 015679-B de 6 de diciembre de 1973 fueron resueltas favorablemente por los actos gubernativos. Sin embargo quedó pendiente lo relativo al pago de honorarios a Industria Nacional de Productos Alimenticios S. A. porque el gobierno estimó que se trataba de intangibles tales como good will, regalías por el uso de marcas o patentes o tecnologías, caso en el cual se requiere aprobación previa de los contratos correspondientes según los preceptos del artículo 5º del Decreto 1366 de 1967, y el 4º de la Ley 63 del mismo año. El Tribunal consideró que no se trataba de esta materia sino del pago de honorarios por servicios técnicos y de otra naturaleza que, como cualquier otro costo, estando demostrado debe reconocerse como deducible. Recordó cómo según el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1953 de 1971 prescribe que "para que proceda el reconocimiento fiscal de regalías por concepto del aprovechamiento uso o explotación de intangibles, **tales como marcas, patentes, privilegios, etc.**, es necesario que el pago haya sido aprobado previamente y con conocimiento de causa por la Dirección General de Impuestos Nacionales". Y cómo también la partida que aquí se discute no tiene parecido con el concepto de intangibles.

Para resolver se considera

De acuerdo con los contratos y facturas que obran de folio 41 a folio 47 del cuaderno principal y que también en otras versiones idénticas están en los cuadernos de antecedentes administrativos, la sociedad demandante pagó honorarios a Industria Nacional de Productos

Alimenticios S. A. por trabajos de ingeniería industrial para la elaboración del presupuesto de inversiones y del presupuesto de mantenimiento y la dirección de reparaciones de maquinaria y otros equipos; para examen constante de la organización y el manejo de los sistemas de trabajo y el estudio de mercados y establecimiento de planes para el futuro así como el examen de las compras de materias primas, la vigilancia de los mercados en relación con los precios, las recomendaciones sobre sistemas de mantenimiento cordial en las relaciones industriales y además el estudio sobre los mercados en cuanto a producción y precios para la adquisición de las frutas que como insumo adquiere la sociedad contribuyente.

Esta actividad evidentemente no es posible clasificarla dentro de los intangibles que requieran contrato previo con previa aprobación de la Dirección General de Impuestos porque son servicios ordinarios de asesoría en varias materias todas ellas tangibles en el sentido económico de la palabra.

Así lo resolvió el Tribunal con estudio más detallado de la legislación atinente a esta materia.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

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 dieciocho de agosto de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — El incumplimiento de la Dirección General de Impuestos a la orden de remitir al Juez los antecedentes administrativos le da fe a los documentos auténticos presentados por el actor sobre sus pretensiones.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio catorce (14) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 4480. Actor: Adolfo Gustavo Munarriz Steffens. Consulta de la sentencia de 11 de abril de 1977 del Tribunal Administrativo del Atlántico, revisión de impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1969. Impuestos.

El señor Adolfo Gustavo Munarriz formuló reclamo contra la liquidación de sus impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1969, el día 14 de abril de 1972.

La Dirección General de Impuestos Nacionales resolvió en forma definitiva dicho reclamo mediante Resolución Nº 00517 del 12 de diciembre de 1975, en forma desfavorable para el reclamante.

El Tribunal Administrativo del Atlántico por sentencia del 11 de abril de 1977 reconoció la ocurrencia del silencio administrativo positivo por haberse dictado la resolución que puso fin a la vía gubernativa con posterioridad al término de los dos (2) años fijados por el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 y elaboró una nueva liquidación igual a la liquidación privada presentada por el contribuyente.

Los hechos anteriores están suficientemente demostrados en el expediente; la decisión del Tribunal se halla ajustada a derecho y como el mismo Tribunal manifiesta que por el incumplimiento de la Dirección General de Impuestos, al no remitir los antecedentes administrativos reiteradamente solicitados por él, hay que hacer fe de los documentos que en fotocopia y en copias autenticadas presentó el actor, de los cuales se desprende que su reclamo buscaba que se declarara en firme su liquidación privada y ésta obra en fotocopia, procedió bien al dejar en firme esta liquidación.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 14 de julio de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE TIMBRE. — Por no existir disposición especial que señale el término de ejecutoria de las providencias relativas a impuestos de timbre, ni haber en el Decreto 2733 de 1959 regla general aplicable a falta de norma especial, debe acudirse a las disposiciones analógicas, que son precisamente las que regulan los asuntos a materia tributaria, como el artículo 52 del Decreto Legislativo 1651 de 1961.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio veintiocho de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación 4509. Apelación del auto del Tribunal de Antioquia por el que se rechazó la demanda relativa a impuestos de timbre. Resolución número R-0308 de 18 de Octubre de 1976 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Demandante: Compañía Suramericana de Seguros S. A.

El Tribunal consideró expirado el término para formular la pretensión tributaria según lo estatuido en el artículo 272 del Código de lo Contencioso Administrativo, porque la última providencia gubernativa se notificó el 9 de diciembre de 1976 y la demanda se presentó el 18 de marzo de 1977. Afirma que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 1651 de 1961 la ejecutoria de diez días para el último acto de la administración sólo es aplicable para los asuntos de renta y complementarios. No dice sin embargo con fundamento en cual disposición debe computarse qué término.

Respecto de esta providencia se propuso apelación con el siguiente principal argumento: "Las primas recaudadas por las compañías de seguros por los seguros de vida individual que ellas amparan, no puede negarse que constituyen renta para las compañías receptoras y, en tal virtud, es aplicable en el presente caso lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 1651 de 1961, ya que el impuesto del 4% se paga sobre las primas recaudadas, esto es sobre la renta de las compañías".

Para resolver se considera

Evidentemente no existe disposición especial que señale el término de ejecutoria de las providencias relativas a impuestos de timbre ni en el Decreto 2733 de 1959 hay regla general aplicable a falta de disposi-

ción especial, de modo que debe acudirse a las disposiciones analógicas que son precisamente las que regulan los asuntos en materia tributaria. Conviene recordar que la intención del legislador en todo tiempo ha sido el de unificar los términos en cuanto hace a los impuestos e inclusive unificar los procedimientos al punto de que en el Decreto Extraordinario número 2821 de 20 de diciembre de 1974 en el capítulo III relativo a los recursos se indica "contra los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales..."

No es pues inverosímil aplicar la única disposición que en materia tributaria señala término para la ejecutoria del último acto gubernativo que es la del artículo 52 del Decreto Ley 1651 de 1961 en donde se lee: "Diez días después de la notificación personal o de la desfijación del edicto, si no existen recursos, o el interesado no los interpone, la providencia queda ejecutoriada".

En el presente caso la notificación fue personal el 9 de diciembre de 1976 y los diez días siguientes hábiles vencieron el 23 de diciembre del mismo año teniendo en cuenta que para todos los efectos, los días Sábados son, en la Dirección General de Impuestos Nacionales, de vacancia y por tanto no pueden computarse según lo previsto en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. Los tres meses siguientes al día de la ejecutoria vencieron el 23 de marzo de 1977 y la demanda se presentó el 18 de marzo del mismo año de modo que, al menos en principio, el término para formular la pretensión no estaba caducado y en el caso de que la doctrina que sintéticamente se expone como motivación de este auto no fuera la acertada, el asunto es de naturaleza tal que sería aventurado decidirlo en el auto admisorio.

Las consideraciones precedentes inducen al Consejo de Estado a revocar el auto apelado y a ordenar que en su lugar el Tribunal de Antioquia dé trámite a la demanda. Así se

Resuelve:

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 veintiocho de julio de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, (Aclaró el Voto); *Bernardo Ortiz Amaya,* (Aclaró el Voto); *Miguel Lleras Pizarro.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 4509. Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A. y otra.

El suscrito Consejero ha votado favorablemente al auto que admite la demanda en este proceso, sin acoger en forma definitiva la doctrina que se esboza en el mencionado auto, pero lo ha hecho precisamente para que por su trascendencia no se descarte a la iniciación del proceso.

La presente constancia la hace como aclaración a su voto afirmativo.

Bogotá, D. E., agosto 2 de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 4509. Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A. y otra.

He suscrito el auto de 28 de julio pasado por estimar que la fundamentación del Tribunal **a quo** que lo llevó a inadmitir la demanda, es una cuestión de fondo que no agota la providencia apelada, por lo cual merece que sea definida en la sentencia, tal como lo anuncia el auto en donde se consigna "... en el caso de que la doctrina que sistemáticamente se expone como motivación de este auto no fuera la acertada, el asunto es de naturaleza tal que sería aventurado decidirlo en el auto admisorio".

De otra parte, guardo reservas sobre la sintética fundamentación del auto, los cuales no es del caso exponer aquí, por el expreso anuncio de que la materia tendrá posterior y mayor análisis.

Bogotá, D. E., agosto 4 de 1977.

Jorge Dávila Hernández

IMPUESTOS. — Nulidad de la liquidación por incumplimiento del artículo 66 del Decreto 154 de 1968 que establece previo requerimiento al contribuyente y un término mínimo de 15 días para justificar diferencia patrimonial.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio siete (7) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 4367. Actor: Rosa Elena Escobar Posada de Gómez. Consulta de la sentencia de 25 de febrero de 1977 del Tribunal Administrativo de Antioquia, impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1966. Impuestos.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia del 25 de febrero de 1977 que ha llegado por consulta a esta Corporación falló favorablemente, la demanda formulada por la señora Rosa Elena Escobar Posada de Gómez contra la operación administrativa de liquidación de sus impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1966.

Como la Sala comparte las consideraciones del Tribunal y en ellas se explican los fundamentos de hecho y de derecho alegados por la demandante, hasta su transcripción para fundamentar este fallo.

Dijo así el Tribunal:

"Como hechos y razones de derecho expone en síntesis: el 31 de marzo de 1967 presentó su declaración correspondiente al año de 1966 y la Administración solo le practicó y notificó la liquidación el 31 de marzo de 1969, por lo que debe entenderse producida por fuera del término legal previsto en los artículos 24 y 29 del Decreto 1651/61. De otra parte se le tuvo como renta gravable el aumento patrimonial, sin otorgársele el término mínimo legal para explicar y comprobar la diferencia patrimonial, por lo que estima como violado también el artículo 66 del Decreto 154/68.

Se considera

"Efectivamente, como se afirma en la demanda y se establece en el proceso, la declaración se presentó el 31 de marzo de 1967 y el 31 de marzo de 1969 se notificó la liquidación, de donde hay

que concluir que no se presentó el fenómeno del silencio por parte de la Administración, con la consecuencia que le asigna el artículo 24 del mencionado Decreto 1651/61, porque el plazo de que allí se habla, referido al artículo 29 del mismo Decreto, es el de los dos años siguientes a la fecha de presentacion de la declaración, esto es, que el bienio se inicia al siguiente día de la citada presentación.

"Pero si la liquidación no presenta el vicio de extemporaneidad, ya que se notificó el último día del término, si se tiñe de nulidad a la luz del artículo 66 del Decreto 154/68 que prescribe que 'para que se tenga como renta gravable el aumento patrimonial o el patrimonio declarado por primera vez, según el caso, deberá solicitarse previamente al contribuyente explicación y comprobación sobre las causas de tal aumento o formación, dándole para ello un término mínimo de quince días. El incumplimiento de este requisito causa nulidad de la liquidación'. Y es un hecho que no obstante que la renta que en tal liquidación se grava se determinó por el sistema de comparación de patrimonios, ello se hizo dándole a la demandante sólo un término de cinco días para explicar y comprobar el supuesto aumento patrimonial, lo que se desprende del oficio de marzo 20 de 1969 (folio 16), expedido en la postrimería del plazo otorgado por la ley para poder modificar la liquidación privada, y cuando ya no era posible que el término dispuesto se otorgara en toda su extensión, pues se hubiera avanzado hasta el mes de abril de 1969.

"Lo anterior expuesto es compartido por el señor Fiscal cuando expresa, 'creemos que asiste toda la razón al distinguido apoderado cuando pide se declare la nulidad de la liquidación, ya que la Administración no puede arbitrariamente modificar los términos perentorios señalados por la ley...'.

"Siendo nula y por ello revisable la liquidación, su natural consecuencia es la de que queda en firme y se convierte en definitiva la liquidación privada que presentó la demandante, visible a folios 66 de antecedentes y 97 del proceso, y en la cual se atribuye un impuesto de $ 8.810.00".

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:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 7 de julio de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTO. — Alcance del artículo 54 del Decreto 1651 de 1961 sobre corrección por la administración de errores en las liquidaciones y providencias, después de vencido el término de la revisión oficiosa.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio catorce de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Dávila Hernández)**

Referencia: Expediente Nº 3763. Actor: Productos Metálicos de Colombia S. A. Prometálicos. Apelación de la sentencia de marzo 15/76 del Tribunal Administrativo de Caldas. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto por el año de 1970. Fallo.

Se resuelve la apelación interpuesta por el señor apoderado de la sociedad demandante "Productos Metálicos de Colombia S. A. PROMETALICOS", contra la sentencia de 15 de marzo de 1976 por medio de la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas **denegó** las peticiones de la demanda enderezada a que se revise la operación administrativa que fijó los impuestos a cargo de la sociedad por el año gravable de 1970.

Antecedentes

La Sociedad contribuyente interpuso recurso de reclamación contra la liquidación oficial número 111566B de octubre 9 de 1972, por medio de la cual se le fijaron los impuestos por el año gravable de 1970. La inconformidad se hizo consistir en el hecho de no haberse tenido como renta exenta la proveniente de intereses sobre **cédulas hipotecarias** y provivienda del Banco Central Hipotecario.

Por medio de la Resolución R-04615-H de 26 de julio de 1974 la Dirección General de Impuestos Nacionales decidió la reclamación a favor del contribuyente y produjo una nueva liquidación de los impuestos, pero al hacerlo dedujo un mayor impuesto por exceso de utilidades en razón de haber tomado como base patrimonial para liquidarlo la cantidad de $ 12'237.550 que como patrimonio líquido consignó el contribuyente en su declaración de renta (fl. 1v), en lugar de $ 13'291.854 que para tales efectos había consignado la sociedad en el anexo XVII (fl. 115) de su denuncio rentístico. Con todo, la nueva li-

quidación arrojó un menor valor por $ 2.712 que se ordenó acreditar en la cuenta del contribuyente.

En uso de la acción de revisión de impuestos, la sociedad instauró demanda a fin de que se revise la operación administrativa descrita, en orden a que se haga una nueva liquidación en la cual, partiendo de la renta gravable señalada por la Dirección de Impuestos, se liquide correctamente el impuesto de exceso de utilidades con base en el patrimonio que para tal fin indicó en los anexos de la declaración de renta y patrimonio, aduciendo como quebrantado el artículo 54, en armonía con el 29 del Decreto 1651 de 1961.

El Tribunal negó las peticiones de la demanda por estimar que: "Las normas citadas en la demanda como infringida, lo que prohíben es aumentar la suma total a cargo del contribuyente, si ya se encuentra vencido el término de la revisión oficiosa.

Pero, como salta a la vista con la sola lectura de la liquidación oficial inicial y la liquidación definitiva practicada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, esa suma total no fue aumentada, sino que, por el contrario, como ya se anotó, la fijada en aquélla fue rebajada en la cantidad de $ 2.712.00 y de allí que se ordene acreditar en la cuenta corriente de Prometálicos S. A. dicho valor. Entonces, pregunta la Sala, dónde está el desconocimiento del artículo 54 del Decreto 1651 de 1961? Indudablemente que el Tribunal no lo observa. Luego, tampoco las autoridades tributarias desconocieron el artículo 29 **ibídem**".

El señor Agente del Ministerio Público es de opinión que debe revocarse el fallo apelado y en su lugar accederse a lo demandado, porque, en su concepto, la facultad que otorga el artículo 54 del Decreto 1651 citado, debe hacer uso la Administración dentro del plazo de dos años que tiene para revisar una liquidación oficial y no después de vencido tal plazo, como ocurre en el caso de autos.

Se considera

El Consejo no comparte el restringido alcance que el señor Fiscal colaborador le da al varias veces citado artículo 54 del Decreto 1651 de 1961, por no consultar el propio el tenor literal de la norma, cuyo texto reza:

"Los funcionarios que conozcan de recursos podrán corregir todos los errores de las liquidaciones y providencias sometidas a su conocimiento, pero no podrán aumentar la suma total a cargo del contribuyente si ya se halla vencido el término de la revisión oficiosa".

De la disposición transcrita surge con meridiana claridad que aún vencido el término de dos años que señala el artículo 29 del mismo decreto para que la administración pueda hacer uso de la facultad de revisión, los funcionarios de hacienda pueden corregir los errores en que se haya incurrido en liquidación o providencias sometidas a su conocimiento, pero ello si, con la importante limitación de que en tal caso los impuestos deducidos a cargo de un contribuyente no pueden sobrepasar el total que se le haya fijado previamente. Como en el caso de autos, el total de los impuestos fijados a la sociedad por la Direc-

ción Nacional de Impuestos a pesar del mayor valor que arrojó el impuesto de exceso de utilidades, fue inferior al que le había señalado inicialmente la liquidación oficial, es evidente que, por este aspecto, la administración no violó el invocado artículo 54 del Decreto 1651, como acertadamente lo consignó el Tribunal en el fallo apelado.

Cosa distinta es que la Dirección hubiera incurrido en equivocación al pretender corregir un presunto error de la oficina liquidadora en el punto de que se trata, cuestión que el demandante igualmente propuso en su demanda, en la cual se consigna la forma como, en su opinión, ha debido liquidarse el impuesto. La Sala procede al estudio de este aspecto, que no fue materia de análisis por parte del Tribunal **a quo.**

La oficina liquidadora tomó como patrimonio básico para la liquidación del exceso de utilidades la cantidad de $ 13'291.854, de acuerdo con los datos consignados por la sociedad en el anexo XVII de su declaración de renta, en el cual aparece la liquidación de tal gravamen.

Al hacer la nueva liquidación, la Dirección de Impuestos tomó como base la cantidad de $ 12'237.550 que aparece consignada en el formulario de denuncio rentístico como patrimonio líquido de la empresa (v. fl. 1 v. antecedentes administrativos), y este proceder resulta claramente explicable, toda vez que el artículo 8º de la Ley 81 de 1960 establece que el patrimonio básico para la liquidación del exceso de utilidades será el **patrimonio líquido** (se subraya) poseído por el contribuyente en el último día del período fiscal, menos los bienes improductivos a que se refiere el ordinal 1º del artículo 75 **ibídem**, bienes que no existen en el presente caso. No fue, pues, arbitrariamente tomado tal guarismo por la Dirección. Mas ocurre que la sociedad, para fijar la indicada cantidad de $ 12'237.550 como patrimonio líquido incurrió en la impropiedad de sustraer del patrimonio bruto la suma de $ 1'054.304 como pasivo fiscal suma que corresponde a la provisión hecha por la sociedad para el pago de impuestos por el año de 1970, según se ve en el anexo que corre al fl. 114 de los antecedentes administrativos. Como dicha provisión, dentro del régimen anterior a la reforma tributaria, no se considera pasivo deducible, sino patrimonio de una sociedad, el patrimonio líquido fiscal es, en realidad de $ 13'291.854 que fue el que le sirvió de base a la oficina liquidadora para liquidar inicialmente el impuesto.

De acuerdo con lo anterior procede hacer una nueva liquidación, la cual quedará así:

PRODUCTOS METALICOS DE COLOMBIA S. A.
PROMETALICOS - AÑO GRAVABLE 1970

RENTA

La gravada en Resolución R. 4615 de la Dirección General de Impuestos	$ 2'837.960.00	$ 889.666.00

Exceso de utilidades

Renta líquida según la misma resolución	$ 2'886.153.00

Menos:			
Rentas exentas idem 48.193 Imporrenta líquida 889.666		937.859.00	
Renta básica	$	1'948.294.00	
Menos 12% sobre patrimonio básico de $ 13'291.854.20 según consideraciones anteriores ..		1'595.023.00	
Exceso gravable al 20%		353.271.00	70.654.00
Suma el impuesto de renta y el de exceso de utilidad			$ 960.320.00
Impuestos especiales			
3% Fomento Eléctrico e ICSS sobre	$	1'872.640.00	$ 56.179.00
34%. Provivienda sobre el 6% de		1'857.640.00	37.896.00
Sub-Total			$ 1'054.395.00
66% Provivienda en cédulas del Banco Central Hipotecario sobre el 6%	$	1'857.640.00	73.563.00
TOTAL A CARGO DE LA CONTRIBUYENTE			$ 1'127.858.00

Según comprobantes a folios 4 y 5 del juicio, la sociedad actora pagó por impuesto e inversiones sustitutivas la cantidad de $ 1'151.982.60 y, por intereses no causados $ 7.537.00 o sea un total de $ 1'159.519.60 y como el total que resultó a su cargo en la liquidación que antecede es de $1'127.585.00 tiene derecho a que le sea reintegrados $ 24.124.60 y $ 7.537.00 pagados en exceso por impuestos e intereses respectivamente.

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

Falla:

REVOCASE el fallo apelado y en su lugar revísase la operación administrativa de liquidación de impuestos a cargo de la sociedad "PRODUCTOS METALICOS DE COLOMBIA S. A. PROMETALICOS", por el año gravable de 1970, contenida en la liquidación número 111566B de octubre 9 de 1972 de la Administración de Impuestos de Manizales y en la Resolución número R-04615-H de julio 26 de 1974 proferida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, en el sentido de fijar en un millón ciento veintisiete mil ochocientos cincuenta y ocho pesos ($ 1'127.858.00) el total del impuesto a cargo de la sociedad por el citado año fiscal de 1970.

La sociedad "Productos Metálicos de Colombia S. A. Prometálicos" tiene derecho a que la Administración de Impuestos de Manizales le

reintegre la cantidad de treinta y un mil seiscientos sesenta y un pesos con sesenta centavos ($ 31.661.60) que pagó en exceso por el año gravable de 1970.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, revalídese el papel común, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesion de la fecha.

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

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS DE RENTA. — Deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 3676. Actor: Distribuidora de Equipos Industriales AMEREX S. A. Apelación de la sentencia de 21 de octubre de 1975, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1968. Impuestos.

Se entra a decidir el proceso de revisión de impuestos instaurado por la Sociedad DISTRIBUIDORA DE EQUIPOS INDUSTRIALES AMEREX S. A., por medio de apoderado debidamente constituido, al no haber aceptado la mayoría de la sección el proyecto de fallo presentado por el Consejero sustanciador Miguel Lleras Pizarro.

La razón de inconformidad que ha llevado al reclamante a formular demanda radica en el rechazo que hizo la Administración de Impuestos de una deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior, pues los demás motivos de inconformidad fueron resueltos favorablemente en la vía gubernativa por la propia Administración.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 21 de octubre de 1975 denegó las súplicas de la demanda en consideración a que los créditos obtenidos en divisas extranjeras y liquidados a pesos colombianos para atender gastos diversos y hacer adquisiciones dentro del país, no dan lugar a deducción de la renta en caso de que al liquidar anualmente el valor de esas obligaciones surjan pérdidas contables por diferencias de cambio, por cuanto ese tipo de créditos no tienen destinación específica previa ni se originan en la adquisición o importación de equipos o mercancías.

Esta tesis fue estructurada hace ya mucho tiempo desde el 5 de abril de 1962, por sentencia emanada de esta misma Corporación.

Con fundamento en esa sentencia la Dirección General de Impuestos Nacionales produjo una circular acomodando las diferentes situacio-

nes que se presentan en los créditos foráneos a las establecidas jurisprudencialmente por el Consejo de Estado.

Dicha Circular que se halla distinguida con el número 3610 de 9 de abril de 1973, fue a su vez demandada precisamente para obtener la nulidad de la parte relacionada con las pérdidas en diferencias en cambio por préstamos en el exterior de empresas que desarrollan su actividad en el país obtenidos en divisas extranjeras y liquidados en pesos colombianos. En esa oportunidad la Sala estudió cuidadosamente el punto, y aun cuando no contó con las luces jurídicas del Consejero Lleras, consideró que la no deducción de esas pérdidas por diferencias de cambio se ajustaban al criterio general que informa nuestro sistema tributario.

Posteriormente el Consejo de Estado ha venido rechazando este tipo de deducciones en casos concretos y el criterio al respecto ha sido uniforme y permanente por lo que no se ve razón alguna para modificarlo.

No se puede negar que en el expediente obran todas las pruebas sobre los distintos créditos obtenidos por la empresa, pero resulta claro también que con esos dineros liquidados a pesos colombianos se atendieron toda clase de gastos e inversiones en el país, inclusive el pago de jornales y sueldos. Es entendible que si una empresa resuelve obtener créditos en el exterior, está asumiendo los riesgos inherentes a las posibles diferencias de cambio, pero que seguramente están ampliamente compensados con la baja tasa de interés y los cómodos plazos para su amortización, que seguramente no se pueden obtener en el mercado nacional de capitales.

De no ser así, las operaciones financieras serían una temeridad del empresario y por esa razón tampoco podría aspirar a que el Estado concurriera a deducirle esas diferencias de cambio para compartir con él, riesgos temerariamente asumidos.

Lo anterior es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

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 29 de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tavíero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro, (Salva Voto).

Jorge A. Torrado. Secretario.

IMPUESTOS DE RENTA. — Deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 3676. Actor: Distribuidora de Equipos Industriales AMEREX S. A. Apelación de la sentencia de 21 de octubre de 1975, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión impuestos de renta y complementarios año fiscal de 1968. Impuestos.

Se entra a decidir el proceso de revisión de impuestos instaurado por la Sociedad DISTRIBUIDORA DE EQUIPOS INDUSTRIALES AMEREX S. A., por medio de apoderado debidamente constituido, al no haber aceptado la mayoría de la sección el proyecto de fallo presentado por el Consejero sustanciador Miguel Lleras Pizarro.

La razón de inconformidad que ha llevado al reclamante a formular demanda radica en el rechazo que hizo la Administración de Impuestos de una deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior, pues los demás motivos de inconformidad fueron resueltos favorablemente en la vía gubernativa por la propia Administración.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 21 de octubre de 1975 denegó las súplicas de la demanda en consideración a que los créditos obtenidos en divisas extranjeras y liquidados a pesos colombianos para atender gastos diversos y hacer adquisiciones dentro del país, no dan lugar a deducción de la renta en caso de que al liquidar anualmente el valor de esas obligaciones surjan pérdidas contables por diferencias de cambio, por cuanto ese tipo de créditos no tienen destinación específica previa ni se originan en la adquisición o importación de equipos o mercancías.

Esta tesis fue estructurada hace ya mucho tiempo desde el 5 de abril de 1962, por sentencia emanada de esta misma Corporación.

Con fundamento en esa sentencia la Dirección General de Impuestos Nacionales produjo una circular acomodando las diferentes situacio-

nes que se presentan en los créditos foráneos a las establecidas jurisprudencialmente por el Consejo de Estado.

Dicha Circular que se halla distinguida con el número 3610 de 9 de abril de 1973, fue a su vez demandada precisamente para obtener la nulidad de la parte relacionada con las pérdidas en diferencias en cambio por préstamos en el exterior de empresas que desarrollan su actividad en el país obtenidos en divisas extranjeras y liquidados en pesos colombianos. En esa oportunidad la Sala estudió cuidadosamente el punto, y aun cuando no contó con las luces jurídicas del Consejero Lleras, consideró que la no deducción de esas pérdidas por diferencias de cambio se ajustaban al criterio general que informa nuestro sistema tributario.

Posteriormente el Consejo de Estado ha venido rechazando este tipo de deducciones en casos concretos y el criterio al respecto ha sido uniforme y permanente por lo que no se ve razón alguna para modificarlo.

No se puede negar que en el expediente obran todas las pruebas sobre los distintos créditos obtenidos por la empresa, pero resulta claro también que con esos dineros liquidados a pesos colombianos se atendieron toda clase de gastos e inversiones en el país, inclusive el pago de jornales y sueldos. Es entendible que si una empresa resuelve obtener créditos en el exterior, está asumiendo los riesgos inherentes a las posibles diferencias de cambio, pero que seguramente están ampliamente compensados con la baja tasa de interés y los cómodos plazos para su amortización, que seguramente no se pueden obtener en el mercado nacional de capitales.

De no ser así, las operaciones financieras serían una temeridad del empresario y por esa razón tampoco podría aspirar a que el Estado concurriera a deducirle esas diferencias de cambio para compartir con él, riesgos temerariamente asumidos.

Lo anterior es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

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 29 de septiembre de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya, Miguel Lleras Pizarro, (Salva Voto).

Jorge A. Torrado. Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. — SALVAMENTO DE VOTO. — Diferencias en las tasas de cambio de pesos a dólares.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre cinco de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Radicación 3676. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1968. Demandante: Distribuidora de Equipos Industriales Amerex S. A.

Fueron afortunados mis ilustres colegas cuando adoptaron el fallo de 16 de julio de 1976 en el negocio radicado con el número 2867, "sin mis luces jurídicas" como se expresa irónicamente en la sentencia de que ahora discrepo. Para motivar mi disentimiento de hoy me basta transcribir parcialmente el salvamento de 12 de septiembre de 1977, en el negocio radicado con el númro 3713 y parte del proyecto que la mayoría rechazó en este caso.

Dije en el salvamento:

1º Diferencias en las tasas de cambio de pesos a dólares.

Lo decidido hoy se funda en la sentencia pronunciada el 16 de julio de 1976 en el negocio radicado con el número 2867 que con ponencia del Consejero Bernardo Ortiz Amaya denegó la solicitud de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número 3610 de 9 de abril de 1963 transcrito en el oficio número 7303 de 5 de abril de 1972. No participé ni en la preparación ni en la discusión ni en la aprobación de ese fallo.

En esa sentencia de 1976, los argumentos del demandante se califican de **habilidosas elucubraciones** (sic) y su posición de "equivocada y paralogística". Como elucubración no es palabra que exista en castellano habrá de suponerse que quiso decirse lucubración que es la acción y efecto de lucubrar que a su turno significa trabajar velando y con aplicación en obras de ingenio. Habilidoso es chilenismo aceptado ya como adjetivo consagrado por el uso que significa que tiene habilidades o sea capacidad, inteligencia y disposición para una cosa. En ese aspecto al demandante de entonces don Rafael Mario Zapata le fue bien.

En cuanto a paralogístico es adjetivo inexistente pero es legítimo suponer que su autor pretendió hacerlo derivar del verbo paralogizar

que es tanto como tratar de convencer con argumentos falaces. Y falaz es el vicioso de la mentira, el engaño, el fraude o sea la falacia.

Mi presente disentimiento quedará cubierto, anticipadamente, con aquellos tan contradictorios calificativos. En general de acuerdo con normas y principios suficientemente conocidos, los costos indispensables para la operación industrial o comercial o profesional de donde proviene la renta gravable, son deducibles. Así lo determina el artículo 43 de la Ley 81 de 1960 y lo repite el artículo 90 del Decreto 437 de 1961 que es el estatuto en que se han fundado todas las conclusiones de que discrepo, en donde se lee: "las expensas necesarias deducibles de la renta bruta están constituidas por todos los gastos normalmente acostumbrados en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta esté sujeta a impuestos, pagados durante el año o período gravable".

El artículo 160 del mismo decreto reza:

"Los pagos hechos en dólares u otras divisas (sic) extranjeras se estimarán, al determinar la deducción de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas. (La ley toma como divisas (sic) las monedas extranjeras).

"Cuando existan deudas por concepto de deducciones que deban ser pagadas en divisas extranjeras, los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar, al valor comercial en 31 de diciembre que para las respectivas divisas fije la División de Impuestos Nacionales.

"En la fecha en que se realice el pago de las deudas a que se refiere el inciso anterior, el contribuyente deberá hacer el correspondiente ajuste por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar respectiva, por la diferencia entre el valor en pesos colombianos efectivamente pagado y el valor de la deducción a que los pagos se refieren.

"El contribuyente deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio copia de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes previstos en ese artículo.

"Parágrafo. **Las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas extranjeras en el pago de deducciones, cuando aquéllas constituyan activos movibles para el contribuyente, se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable de éste".**

Que las diferencias en las tasas de cambio son deducibles o afecten la cuenta de pérdidas y ganancias es más o menos lo mismo pero no equivale como lo afirman el fiscal y la sentencia a pérdida de capital o sea a disminución de patrimonio. Disminuiría el patrimonio solo en el caso de que la cuenta de pérdidas y ganancias arroje saldo negativo y no pueda figurar en el pasivo caso en el cual afectaría la cuenta de capital. Pero este excepcional extremo no es el del presente caso ni tampoco es lo general. La cuenta de pérdidas y ganancias se afecta precisamente con los costos de operación entre los que se reconocen tradicionalmente y constituyen práctica inequívoca en toda contabilidad bien organizada, los intereses y demás costos de los créditos o préstamos que se hayan obtenido, en donde quiera, para aten-

der como capital de trabajo, a la actividad que produce la renta. Obviamente si el crédito no se utiliza como capital de trabajo sino que se invierte en activos fijos en ese caso sí afecta el costo del patrimonio o más exactamente su valor.

Este pensamiento o interpretación bien puede calificarse como un modo de paralogizar pero no es tan estrambótico o al menos es paralogismo en buena compañía como lo revela el texto del Oficio número 14971 de 12 de noviembre de 1962 de la Dirección de Impuestos Nacionales en donde se lee:

"En respuesta a su atenta nota de la referencia le manifiesto a usted que de conformidad con los artículos 46 y 160 del Decreto 437 de 1961, cuando existan deudas por concepto de deducciones que deban ser pagados en divisas extranjeras, los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar, al valor comercial en 31 de diciembre que para las respectivas divisas fije la División de Impuestos. Y de acuerdo a (sic) las disposiciones, en fecha en que se realice el pago, el contribuyente deberá hacer **el correspondiente ajuste por pérdidas y ganancias** y la cuenta por pagar respectiva **por la diferencia** entre el valor en moneda colombiana efectivamente pagado y el valor de la deducción a que los pagos se refieren. En los parágrafos de las mismas normas se establece, por otra parte, que las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas extranjeras en el pago de deducciones, **cuando aquéllas constituyen activos movibles, se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable.**

"Por otra parte, bien puede considerarse como un mayor costo de la mercancía, la financiación de un préstamo en divisas extranjeras para pagar oportunamente a los primeros acreedores, teniendo en cuenta que los préstamos concedidos en el exterior para la cancelación de mercancías no van a ser distribuidos en otro tino de operaciones; de tal modo que al recurrir a la refinanciación pueda precisarse que se trata de una sustitución del acreedor. En este caso el contribuyente debe hacer en **su declaración de renta la pertinente demostración".**

Lo que habría podido objetarse en el presente caso sería la falta de adecuada demostración contable por la ausencia de precisión en cuanto al destino que se dio a las monedas extranjeras. Pero este es un problema de hecho y de prueba y no de derecho o de doctrina.

En este negocio de Equipos Industriales Amerex S. A. sí hay plena prueba del destino que se dio a las monedas extranjeras (vulgo: divisas), que fue, precisamente, el de capital de trabajo, tal como se demostró en el proyecto derrotado, así:

La demanda se dirige contra la actuación administrativa que comenzó por la liquidación número 009510B de 10 de julio de 1970 y culminó con la Resolución número R-04271-H de 12 de julio de 1974 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en cuanto por ella no se reconoció como deducible dentro de los costos ordinarios del giro común de la sociedad el mayor valor que hubo de pagar en pesos para cancelar préstamos debidos en dólares y los intereses correspondientes.

En la demanda se explican así los motivos jurídicos de la inconformidad:

"DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

"Artículo 21 del Decreto 437/61. Esta norma que reglamenta el artículo 23 de la Ley 81 de 1960, establece que 'la renta bruta se forma con todos los ingresos ordinarios y extraordinarios que haya obtenido el contribuyente durante el año gravable, menos los costos imputables a tales ingresos'. Mientras tanto el mencionado artículo 23 de la Ley 81 de 1960 establece que para formar la renta bruta se suman todos los ingresos ordinarios o extraordinarios producidos en el año o período gravable, siempre que hayan constituido enriquecimiento para el contribuyente y se sustrae el costo imputable a los ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. 'De la cantidad así determinada se restan las deducciones legales y se obtiene la renta líquida. Este último resultado menos las exenciones, constituye la renta líquida gravable a la cual se aplica la tarifa del impuesto'. Tanto en el escrito en el cual se sustenta el recurso de reclamación ordinaria contra la tantas veces mencionada liquidación oficial del impuesto de mi cliente, como en la declaración de renta de éste por el año de 1968, se demostró claramente la recepción de préstamos en dólares de las empresas Chase Manhattan Bank de New York S. A., de Mintrade S. A. de Panamá y Empresas Sudamericanas Consolidadas S. A. de Panamá; que los dólares correspondientes a estos préstamos se vendieron a los bancos de Londres y Montreal Ltda. Sucursal Principal de Bogotá y del Comercio, Casa Principal, y, finalmente, que los pesos colombianos resultantes de la venta de tales dólares ingresaron a las cuentas corrientes que mi poderdante tiene en los bancos mencionados.

"Dado los cuadros comparativos que se incluyeron dentro del mismo memorial y como anexo a éste, puede verse en forma clara y precisa que tales préstamos influyeron automáticamente en el aumento de producción de renta de mi cliente, y, por tanto, éstos pueden clasificarse como gastos necesarios para la producción de ella y ser por consiguiente deducibles de su renta. Como la deducción se pidió oportunamente y se reunieron los requisitos legales del caso, ella no puede ser desconocida dada la presunción de veracidad que rodea la declaración misma.

"Artículo 160 del Decreto 437 de 1961. Esta norma establece que son deducibles las pérdidas sufridas por el contribuyente al realizar pagos en dólares u otras divisas cuando determina que ellas "se estimarán al determinar la deducción de quien hizo los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas".

"Aquí no distingue el Legislador si la deducibilidad de ellas depende de su aplicación en la adquisición de mercancías y donde no distingue el Legislador no le es posible hacerlo al intérprete, como reiteradamente trata de hacerlo la Dirección General de Impuestos Nacionales a través de las doctrinas que ha sentado en la Circular 3610 de 9 de abril y Oficio 6866 de 30 de mayo de 1962.

"Esta situación se refleja más claramente aún, cuando se ve en detalle el aumento de la actividad económica de mi poderdante en el año gravable de 1967, comparándolo con 1968, pues el total de su ac-

tividad aumenta en aproximadamente $ 11.000.000.00, lo que no habría sido posible lograr sin los préstamos recibidos del exterior, pues éstos dedicados a capital de trabajo, sirvieron en lo esencial para aumentar la importación de mercancías para los distintos departamentos que conforman la Empresa y que constituyen la columna vertebral de su actividad económica.

"Artículo 10 del Decreto 1366 de 1967. Esta norma determina que de la renta bruta puede restarse para obtener la Renta Líquida, como deducción, 'las expensas necesarias pagadas durante el año o período fiscal en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta sea gravable'. 'La necesidad de los gastos deberá determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta los normalmente acostumbrados en la clase de actividades de que se trata'. Como la norma transcrita no fue variada con la promulgación de la Ley 63 de 1967 o de su Decreto Reglamentario el 154 de 1968, puesto que el artículo 22 de este último se refirió al mismo principio al decir que 'para determinar la Renta Líquida, deben restarse de la Renta Bruta las deducciones legales de cualquier actividad cuya renta sea gravable de conformidad con el artículo 43 de la Ley 81 de 1960, **independientemente de los gastos, pérdidas u otras disminuciones inherentes a la obtención de las rentas exentas**'. (subrayamos).

"Lo anterior permite ver que los únicos gastos, pérdidas o disminuciones no deducibles son los que ocurren en la obtención de rentas exentas y por tanto queda claro que en sentido contrario sí son deducibles estos mismos conceptos cuando ellos se relacionan con la obtención de rentas gravables. Si el interés constituye el costo del dinero tomado en mutuo, es indudable que las pérdidas en cambio son otro costo, si el mutuo se contrató en divisas y se reunieron, además, los requisitos de su registro.

"Ordinal 3º artículo 43 Ley 81 de 1960, reglamentado por el artículo 104 del Decreto 437 de 1961. Si las pérdidas causadas por las diferencias de cambio no fueren deducibles con base en los argumentos anteriores, deben entonces serlo con fundamento a éstos, los que tienen el mismo texto y el primero de ellos se citó en el memorial por medio del cual se interpuso el recurso de reclamación contra la liquidación oficial del impuesto que nos ocupa y su texto es el siguiente: 'Son deducibles las pérdidas totales o parciales sufridas durante el año o período gravable de que se trata, **en cualquier clase de bienes destinados o vinculados a negocios o actividades productoras de renta gravable**, por destrucción, incendio, naufragio, rotura, inutilidad física o económica, muerte, destrucción, desfalco o apropiación indebida por un tercero, etc., siempre que no hayan sido compensados por seguro o de otra manera, a excepción de las sufridas en propiedades para las cuales se haya solicitado deducción por depreciación en el mismo año gravable, caso en el cual se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de este Decreto' (Subrayamos).

"En el caso que nos ocupa, la pérdida en cambio no es otra cosa que una destrucción o inutilización de parte de los activos que mi cliente usó para cubrir ese mayor valor, insuperable para mi poderdante puesto que constituye una verdadera fuerza mayor, que se causa por fenómenos propios de la actividad económica de los países en desarro-

llo y que el Estado reconoce cuando fija mes a mes, en forma obligatoria y general, el valor que debe pagarse por los dólares o divisas extranjeras.

"El hecho de que tales préstamos se hubieren traído como capital de trabajo, no resta fuerza a la pérdida sufrida por el mayor valor en pesos colombianos de los préstamos extranjeros con los cuales se aumentó el capital de trabajo de la Empresa, pues este capital es un activo que mi poderdante destinó y vinculó a sus negocios productores de la renta gravable, como se determinó en los anexos XXV y XXVI de la mencionada declaración de renta.

"Aquí se cumple la condición del artículo citado, puesto que la pérdida sufrida por mi poderdante en las diferencias de cambio no fue compensada de ninguna manera, ocurrió respecto de elementos usados en las actividades creadoras de renta y constituye una clara pérdida de su capacidad económica".

El Tribunal no accedió a lo demandado con la siguiente principal argumentación tomada de otra sentencia del mismo Tribunal: "Divisas obtenidas a crédito y convertidas en pesos colombianos. En este supuesto, las diferencias del cambio no adquieren el carácter de deducibles y constituyen ganancias o pérdidas extraordinarias y los ajustes contables del caso implican sólo aumentos o disminuciones de capital".

En su alegato de conclusión el apoderado del demandante insiste en los puntos de vista presentados en la demanda y se explaya en ellos agregando la advertencia de que los créditos en moneda extranjera fueron contratados con estricta subordinación a los preceptos del Decreto Ley 444 de 1967.

El señor Fiscal pide la confirmación de la sentencia con argumentos derivados de los que se contienen en el fallo de 16 de julio de 1976, Expediente 2867, de esta Sala del Consejo cuando se acogieron los argumentos del mismo colaborador para denegar la nulidad de la Circular número 3610 de 9 de abril de 1963 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Como en el curso del debate prolongado en este proceso se ha insistido mucho en la naturaleza de los gastos que hizo la empresa con el producto de los empréstitos se decretó un examen pericial sobre los libros, cuyas conclusiones coincidieron, en lo sustancial, con los certificados de auditoría que la demandante acompañó con su declaración de renta, y el perito llegó a conclusiones que serán objeto de comentario más adelante.

Para resolver ha debido considerarse

1º Basta leer el texto de los artículos 104 y 107 del Decreto 437 de 1961 para que pueda comprobarse que el concepto de pérdidas allí consignado no tiene parentesco con la ausencia de utilidades como consecuencia de la operación comercial o industrial del empresario. Estos preceptos aluden a fenómenos de fuerza mayor como destrucción, incendio, naufragio, rotura, inutilidad física o económica, muerte, sustracción, desfalco o apropiación indebida por un tercero, etc.... fenómenos que nada tienen que ver con la buena o mala administración de

la actividad económica ni con los vaivenes del mercado que un buen administrador puede prever y que, aunque fueran imprevisibles, en nada se relacionan con las catástrofes. El etcétera no significa que la pérdida se origine en trastornos monetarios sino en calamidades de naturaleza similar a las enunciadas en la norma. Aunque es obvio, esta circunstancia se pone de presente de modo más vívido al leer el inciso 2º del artículo 104 según el cual el valor total de la pérdida no puede deducirse cuando se trate de propiedades para las cuales se haya solicitado deducción por depreciación en el mismo año gravable y además porque la compensación por seguros o por indemnización pagada por el agente que causó el daño las hace bien diferentes a las de naturaleza comercial ordinaria.

2º Lo que es deducible, y afecta la cuenta de pérdidas y ganancias, son los costos de operación entre los que tradicionalmente se incluyen los intereses por los créditos que se hayan obtenido para capital de trabajo. Si el crédito se invirtió en activos fijos en ese caso el costo del crédito es costo del activo y por tanto afecta la cuenta de patrimonio y no la de pérdidas y ganancias.

3º El artículo 160 del mismo estatuto reza: "los pagos hechos en dólares u otras divisas extranieras se estimarán al determinar la deducción de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas.

"Cuando existan deudas por concepto de deducciones que deban ser pagadas en divisas extranieras, los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar, al valor comercial en 31 de diciembre que para las respectivas divisas fije la División de Impuestos Nacionales.

"En la fecha en que se realice el pago de las deudas a que se refiere el inciso anterior, el contribuyente deberá hacer el correspondiente ajuste por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar respectiva, por la diferencia entre el valor en pesos colombianos efectivamente pagado y el valor de la deducción a que los pagos se refieren". En el parágrafo se recuerda que las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas extranieras en el pago de deducciones, cuando **aquéllas constituyan activos movibles para el contribuyente**, se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable de éstas.

El texto del artículo 46 es suficientemente claro: "los pagos hechos en dólares u otras divisas extranieras se estimarán, al determinar el costo de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas.

4º Cuando para cumplir mejor la actividad que es objeto del contribuyente de la que proviene la renta, se requiera de capital, bien para adquisición de activos fijos bien para trabajo o circulante, es práctica contable tradicional que los costos de la financiación son costos de la operación aún en el caso de los activos fijos porque el precio de éstos no debe confundirse con el precio del dinero para adquirirlos. La única diferencia consecuente de uno y otro destino es la de que el valor o costo de los activos fijos se lleva a la cuenta de patrimonio en tanto que el valor del préstamo para capital de trabajo afecta la cuen-

ta de pérdidas y ganancias en cuanto a intereses y comisiones, pero, obviamente, en cuanto a capital afecta la cuenta de patrimonio mientras la deuda se mantenga.

5º De las precedentes sencillas consideraciones se concluye que uno es el valor de la deuda, que tiene tratamiento contable exacto mientras la deuda exista, y que afecta al patrimonio, y otro es el valor de los intereses, comisiones u otros costos de la financiación. En el caso presente son costos de la financiación tanto los intereses como las diferencias en la tasa de cambio porque el valor del capital original no varía porque se necesiten más monedas nacionales para pagar las extranjeras que se debían.

Después de prolijo informe atinente al trabajo de examinar los libros de contabilidad de la empresa y de determinar partida por partida cómo fueron manejados y contabilizados los empréstitos en moneda extranjera y de allegar copias de los asientos de contabilidad, que coinciden en su totalidad con las que se enviaron junto con la declaración de la renta, (ver cuaderno número dos) el perito concluye así:

"RESUMEN GENERAL POR PERDIDAS EN CAMBIO

"En préstamos por	US$	77.790.00	—Mintrade S. A.	$ 184.085.31
"En Cta. Cte. por	US$	11.852.58	—Schlubach	6.874.50
"En Cta. Cte. por	US$	5.465.06	—Samincorp	3.067.51
"En Cta. Cte. por	US$	13.300.00	—Mintrade S.A.	1.676.48
"En reserva para garantía de cambio				4.750.89
Total				$ 200.454.69

"De conformidad con la solicitud en el memorial petitorio del Honorable Consejo de Estado y teniendo en cuenta todas las circunstancias que aparecen en el presente informe, en mi condición de perito contable conceptúo:

"1º Que el producto de los préstamos en moneda extranjera no fue utilizado como capital fijo: ingresaron a las Cuentas Corrientes de los Bancos con los cuales mantiene relaciones Amerex S. A.

"2º Que dichos dineros fueron utilizados en el incremento de importaciones, aumento en la existencia de mercancías, lo cual conlleva (sic) una mayor producción de la renta.

"3º Que en el presente informe, se detalla y comprueba:

"a) Las Entidades que efectuaron los préstamos;

"b) Las fechas de los mismos;

"c) La cuantía de cada uno de ellos;

"d) La tasa de interés;

"e) La venta de dichas divisas a los Bancos de Londres y Comercio;

"f) Las fechas de las remesas tanto por capital como por intereses;

"g) La tasa de cambio a como se efectuaron cada una de las remesas.

"4º Que Distribuidora de Equipos Industriales Amerex S. A., cumplió con todos los requisitos legales, especialmente los establecidos en el Decreto Ley 444 de 1967 y en su artículo 128 que dice: 'Los préstamos externos que obtengan las personas naturales o jurídicas residentes en Colombia para inversiones o gastos en el país, deberán registrarse en la Oficina de Cambios. Esta hará el registro, previa la comprobación del otorgamiento del préstamo y siempre que se reúnan las condiciones establecidas los (sic) la Junta Monetaria conforme a esta Sección'.

"5º Que todas las operaciones por concepto de préstamos en el exterior, así como los intereses causados, las remesas respectivas y las pérdidas por diferencia en cambio, se hallan respaldadas por comprobantes externos e internos y debidamente contabilizados y asentados en los libros de contabilidad de la Empresa.

"6º Que la contabilidad se lleva de acuerdo a las normas y técnicas contables y los libros se hallan debidamente registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá.

"7º Que las fotocopias de los documentos que adjunto, 79 en total y que ocasionan el presente informe, acreditan una vez más todo el origen y desarrollo de las operaciones por concepto de préstamos en el exterior".

Como consecuencia la nueva liquidación, computando las deducciones por diferencias de cambio, reconocidas como costo de financiación, es la siguiente:

DISTRIBUIDORA DE EQUIPOS INDUSTRIALES AMEREX S. A.

RENTA	Año gravable de 1968	
La gravada en resoluciones demandadas	1.612.398.00	
Menos pérdida por diferencia de cambio así:		
Relacionada en anexo de la declaración de renta (fl. 318 antecedentes) 206.843.84		
Menos valor considerado por la sociedad como "No deducible" según anexos de la declaración a folio 111 antecedentes 22.758.53	184.085.31	
RENTA GRAVABLE	1.428.312.69	382.193.00
Sanción por extemporaneidad 10% sobre	382.193.00	38.219.00
Impuestos especiales		
3% Fomento eléctrico e Instituto Colombiano Seguros Sociales sobre	1.041.119.69	31.234.00

34% Provivienda sobre el 6% de	1.026.119.69	20.932.00
Subtotal:		472.578.00

Inversiones sustitutivas

66% Provivienda en cédulas del Banco Central Hipotecario sobre el 6% de	1.026.119.69	40.634.00
TOTAL A CARGO DE LA CONTRIBUYENTE:		513.212.00

En cuanto al antecedente mencionado por la mayoría sobre la sentencia de 5 de abril de 1962, cabe advertir que entonces no se había promulgado el Decreto Ley 444 de 1967, en especial sus artículos 128 y 130, atinentes a este caso.

Respetuosamente.

Miguel Lleras Pizarro

IMPUESTOS. — Requisitos para que opere el Silencio administrativo. Notificaciones de la liquidación de impuestos. (Decreto 1651 de 1961).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente número 4998. Actor: María Saba Vitali de Gerosa.

Se resuelve la consulta de la sentencia de fecha 10 de octubre de 1977, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el juicio de impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1970, adelantado por María Saba Vitali de Gerosa.

La contribuyente pidió ante la administración la nulidad de la liquidación oficial, por no indicar en su texto los recursos que procedían contra ella, como lo prescribe el artículo 12 del Decreto-Ley 2733 de 1959.

La Administración no encontró justificada la petición de la señora de Gerosa y confirmó la liquidación.

Acudió entonces ante el Tribunal Administrativo del Atlántico en demanda de fallo favorable, por no haberse resuelto la petición de nulidad dentro de los dos años de presentada y el Tribunal, mediante sentencia de fecha 16 de octubre de 1977, accedió a lo pedido, declarando nula la liquidación oficial y las providencias que la confirmaron y dejando en firme la liquidación privada.

Se considera

Para que tenga lugar el fenómeno de la declaratoria de fallo favorable por silencio de la administración, en los casos contemplados en las Leyes 53 de 1967, artículo 36, y 8º de 1970, artículo 9º, se requiere que se trate de los recursos contra las liquidaciones a que se refiere el Decreto-Ley 1651 de 1961, esto es, el recurso ordinario o del extraordinario y siempre que se cumplan las exigencias del artículo 33 del mismo estatuto, o sea pago de la liquidación privada, indicación de los motivos de inconformidad contra la liquidación y demás allí señalados.

En el caso que se examina, lo que la contribuyente pidió fue la nulidad de la liquidación del gravamen por falta de notificación en la forma indicada en el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959, para cuyo caso no tiene ocurrencia el fenómeno del silencio.

Por lo demás, para las notificaciones de las liquidaciones del impuesto sobre la renta la norma aplicable no es el referido decreto sino las normas del Decreto 1651 de 1961, que no impone como requisito el de que en el texto de la liquidación se señalen los recursos contra ella.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Revócase la sentencia consultada y en su lugar se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. — Artículos 169 del Decreto 444 de 1967 y 45 del Decreto 1366 del mismo año. Los Departamentos y Municipios no podrán establecer ninpún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

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

Referencia: Expediente número 4853. Actor: Urreas y Cía. Leonisa Internacional.

Se resuelve la consulta de la sentencia de fecha 12 de agosto de 1977 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el juicio de revisión de impuesto de Industria y Comercio fijado a la sociedad Urreas y Cía., Leonisa Internacional, contenida en la Resolución Nº 30 de octubre 1º de 1975 del Jefe del Departamento de Impuestos del Municipio de Medellín, confirmada por la Junta de Hacienda del mismo Municipio en providencia que figura en el acta número 22 de 10 de diciembre de 1975, en el tiempo comprendido entre el 1º de octubre de 1966 y 31 de diciembre de 1975.

La razón fundamental aducida por la sociedad reclamante para sostener que no está obligada a pagar el referido impuesto es que su actividad exclusiva se basa en la exportación de prendas de vestir para mujer "a todos los países del mundo".

Señaló como disposiciones violadas los artículos 4º de la Ley 29 de 1963, 169 del Decreto 444 de 1967 y 1º del acuerdo del Concejo de Medellín distinguido con el número 7 de 1973.

El Tribunal encontró que la sociedad tenía en parte razón, con base en las siguientes consideraciones:

"Desde su presentación ante las autoridades Municipales, la sociedad viene sosteniendo el hecho de no ser sujeto del impuesto de Industria y Comercio porque su actividad es exclusivamente exportadora, lo cual se evidencia en el proceso en la forma siguiente:

"En su declaración para matrícula se indicó —como actividad la 'exportación de bienes muebles a todos los países del mundo— pren-

das de vestir para mujer', y en informe que se anexó a la misma se dijo: 'Adjunto presentamos a ustedes una solicitud para matrícula de nuestra compañía con el fin de cumplir con los estatutos vigentes sobre impuesto de Industria y Comercio. En vista de que el objeto social de nuestra compañía lo constituye esencialmente la actividad exportadora, ella no está sujeta a contribuir con el mencionado impuesto municipal debido especialmente a una norma de mayor jerarquía..."

"Y en el informe del Visitador o fiscalizador del Departamento de Impuestos, que sirve de fundamento a la liquidación impugnada, se lee: 'Clase negocio: Exportación de bienes muebles a todos los países del mundo. Capital invertido $ 500.000. Observaciones: la revisión se hizo con base en libros de contabilidad debidamente registrados, y declaraciones de renta nacional con sus respectivos anexos. Sociedad constituida por Escritura Nº 4412 de septiembre 26 del 66 de la Notaría 6ª de Medellín. Capital Social ...$ 500.000.00 Objeto Social. — Exportación de bienes muebles a todos los países del mundo...'

"Luego, entonces, no puede quedar la menor duda de que la sociedad en virtud de su objeto y actividad exclusivamente exportadora está exenta del impuesto de Industria y Comercio, por disponerlo así los artículos 169 del Decreto 444/67 y 45 del Decreto 1366 del mismo año, en los siguientes términos: 'Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta'".

"El Decreto 444 entró en vigencia el 22 de marzo de 1967 y a partir de esa fecha en adelante rige el mandato prohibitivo a los departamentos y municipios para imponer toda especie de gravámenes a las exportaciones, derogando, desde luego, toda reglamentación municipal al respecto.

"En relación con lo anterior dijo este Tribunal en negocio similar lo que sigue: 'El Decreto 444 en cuanto no permite gravar exportaciones no tiene efecto retroactivo y la prohibición para las personas públicas citadas contenidas en el artículo 169 debe entenderse sólo hacia el futuro, ya que si estas entidades gravaban esa actividad con antelación, bien pueden exigir esos impuestos hasta la fecha en que entró a regir el mencionado Decreto. De lo dicho se desprende que el ordenamiento aludido no puede ser interpretado en la forma recortada como lo hace la oficina municipal. Expedido ese ordenamiento superior quedaron derogados los que pugnaban con él y no sólo los de igual o similar categoría sino también, como es obvio, los colocados en escala normativa inferior. Por esta razón aunque el Municipio de Medellín haya establecido el impuesto de Industria y Comercio desde antes de 1967 no puede desconocer la prohibición clara introducida en los decretos que se dejan mencionados, alegando implícitamente un inadmisible derecho adquirido, pero sí le permite cobrar los correspondientes a períodos anteriores, porque para ello estaba debidamente facultado y obraba conforme a la ley'.

"Lo expuesto resulta particularmente cierto y valedero en el presente caso, no obstante que en la demanda se hace especial referencia al artículo 4º de la Ley 29 de 1963, que mantiene la exención tributaria para los artículos de producción nacional destinados a la ex-

portación, por ser ésta una norma referida a otra que continúa vigente a pesar del principio general del artículo 1º de la misma ley, y que por esta razón debió ser invocada en la demanda. En otros términos, si el artículo 4º se refiere a disposiciones sobre régimen tributario especial que continúan vigentes, se debió indicar éstas, pues ha de tenerse en cuenta que el campo del debate jurídico lo circunscribe el demandante con la expresión de las disposiciones que estime violadas y el concepto de esa violación. De este campo no puede salirse el fallador porque las acciones contencioso administrativas no dan lugar a una confrontación general de legalidad. Esta jurisdicción es eminentemente rogada y no oficiosa, según doctrina constante del Honorable Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, construida sobre el numeral 4º del artículo 84 del C. C. A.

"De lo anterior se concluye que de marzo de 1967 a 31 de diciembre de 1975 operará la revisión, por cuanto la actividad gravada está exenta del impuesto pretendido, no ocurriendo lo mismo en lo relativo al gravamen por los meses de octubre de 1966 a febrero de 1967 por no tener efectos retroactivos la exención o exoneración contemplada en el artículo 169 del Decreto 444".

De otra parte, como uno de los factores que determinan el valor del impuesto es el monto de la producción, el impuesto incide directamente sobre el costo de los productos destinados a la exportación, disminuyéndose así uno de los incentivos que establece la ley para incrementar la exportación.

La nueva liquidación está correcta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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.

IMPUESTOS. — Títulos de deuda exentos, Títulos de deuda pública, Definición. Otros títulos de deuda.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre diez de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación 4850. Consulta de la sentencia del Tribunal de Caldas sobre impuestos de renta por el año de 1970. Actor: Roberto Jaramillo Uribe.

Se pidió revisar el acto compuesto que comenzó por la liquidación número 117316-B de 13 de abril de 1973 y culminó con la providencia número R-03701-H de 7 de julio de 1975, notificada el 31 de julio. El reclamo extraordinario se presentó el 31 de agosto de 1973.

Para confirmar el fallo consultado se reproduce parte del mismo, excelente, basado en el concepto del Fiscal del Tribunal doctor Uriel Gómez Ceballos:

"Esas peticiones tienen por base los siguientes hechos:

"1º Ante la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales el actor presentó oportunamente su declaración de renta y patrimonio, por el año gravable de 1970.

"2º La citada Oficina le determinó al demandante un gravamen por valor de $ 113.804, según liquidación oficial Nº 117316 del 13 de abril de 1973.

"3º Contra esa liquidación se interpuso el recurso de reclamación, los motivos de inconformidad fueron expuestos en memoriales del 31 de agosto y 25 de septiembre de 1973. Las razones alegadas fueron aceptadas por la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales en Resolución Nº RT-00804 de 1974. Pero como dicha providencia fuera consultada, la Dirección General de Impuestos Nacionales, mediante proveído Nº R-03701-H de 1975, la revocó y, en su lugar, confirmó la liquidación oficial inicial, 'aun en el error reconocido por la propia oficina liquidadora en oficio posterior a tal liquidación'.

En la demanda se afirma que, al verificarse la operación administrativa tachada, se desconocieron las siguientes disposiciones legales: artículos 54 del Decreto 1651 de 1961; 29 del Decreto 154 de 1968; 47,

numeral 4º, de la Ley 81 de 1960; y 36, numeral 7º del Decreto 1366 de 1967. Se da el concepto de la violación.

"Este es el fallo, previas las siguientes consideraciones:

"Contra la liquidación oficial de impuestos sobre la renta y patrimonio, por la vigencia fiscal de 1970, el contribuyente Roberto Jaramillo Uribe interpuso el recurso de reclamación extraordinaria, por cuanto que, según el memorial respectivo, se le rechazó la deducción solicitada por concepto de sueldos pagados, por la suma de $ 47.040.00, y porque se le desconoció el valor de los créditos a cargo del Instituto de Crédito Territorial y de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A., los cuales, según el reclamante, están exentos del impuesto de patrimonio, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 36 del Decreto 1366 de 1967 y numeral 4º del artículo 47 de la Ley 81 de 1960.

"Al estudiar la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales la reclamación formulada, aceptó las peticiones del contribuyente Jaramillo Uribe, menos en lo relativo a la suma de $ 118.415.00 pagada a la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. como retención en garantía. Por consiguiente, dicha Oficina practicó una nueva liquidación, fijando, consecuencialmente, un impuesto menor.

"Pero como la determinación de la Administración llegara en consulta a la Dirección General de Impuestos Nacionales, ésta, por medio de Resolución Nº R. 03701 H de julio 7 de 1975, revocó el acto administrativo consultado y declaró en firme la liquidación oficial inicial, la Nº 117316-B de abril 13 de 1973.

"Pues bien, ante el Tribunal vuelven a plantearse los mismos puntos que fueron materia de inconformidad en el memorial por medio del cual se sustentó el reclamo formulado contra la liquidación oficial inicial. Es decir, que se acepta la deducción por sueldos pagados, y la exención por los créditos a cargo del Instituto de Crédito Territorial y de la Central Hidroeléctrica de Caldas.

"La Sala ha realizado un estudio pormenorizado del presente proceso. ha analizado con el cuidado correspondiente las razones de hecho y derecho expuestas por el demandante, así como las consignadas por las autoridades tributarias, tanto en primera como en segunda instancia, lo mismo que las muy jurídicas del señor Fiscal Colaborador en su concepto de fondo, y ha llegado a las mismas conclusiones de este funcionario.

"En efecto, el artículo 36, numeral 7º, del Decreto 1366 de 1967, dice:

"'Artículo 36. El artículo 75 de la Ley 81 de 1960 quedará así:

"'No están sujetos al impuesto complementario de patrimonio:

"'7) Los bienes pertenecientes a personas que no sean gravables con el impuesto sobre la renta o los que produzcan rentas exentas de gravamen, salvo cuando la ley que conceda la exención excluya expresamente el impuesto complementario'".

"Y el artículo 47, numeral 4º de la Ley 81 de 1960, expresa:

"'Artículo 47. Son rentas exentas del impuesto las siguientes:

"'4ª Los intereses recibidos sobre bonos y otros títulos de deuda interna o externa de la República de Colombia, de los Departamentos, de las Intendencias, de las Comisarías, del Distrito Especial de Bogotá, de los Municipios o de otras entidades gubernamentales del país'".

"Ahora bien, el actor invoca en su demanda las dos normas transcritas como desconocidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales al gravársele el monto de los pagarés a cargo de la Central Hidroeléctrica de Caldas y del Instituto de Crédito Territorial con la sobretasa patrimonial, y al gravársele también en la renta el valor de los intereses recibidos de tales Entidades. Pero ciertamente se echa de menos el análisis crítico de ellas, el concepto de la violación, las razones o los motivos que lo llevan a hacer tal afirmación, ya que simplemente sostiene que aquella Dirección se vale de malabarismos 'para tratar de hacer decir a la ley lo que no dice al interpretarla en el sentido de que los pagarés no son títulos de deuda y que éstos no pueden provenir de saldos pendientes de pago por concepto de trabajos ejecutados o servicios prestados...'

"En tales circunstancias, podría pensarse que la Sala se encuentra relevada de un estudio de fondo del caso debatido, precisamente porque si las razones copiadas dadas por el actor constituyen el concepto de violación, él realmente no da base para un análisis profundo. Sin embargo, y como el Tribunal está de acuerdo con los argumentos expuestos por el señor Fiscal Colaborador en su alegato de conclusión, es por lo que se opta por transcribirlos como motivación de la presente sentencia.

"En efecto, dice así el señor Agente del Ministerio Público después de transcribir el artículo 47 de la Ley 81 de 1960, en su numeral 4º:

"'Aunque la norma es de una claridad deslumbradora para entender que los 'bonos y otros títulos de deuda', se refieren a **deuda pública** interna o externa, pues se refiere a títulos emitidos por entidades de tal carácter, para despejar cualquier equívoco es bueno transcribir lo expuesto en el anexo de la exposición de motivos, cuando el proyecto de ley se discutía en el Congreso, y en lo relacionado con el artículo 43, correspondiente al 47 finalmente aprobado:

"'Artículo 43 .....

"'El numeral 4º es igual al literal b) del numeral 3º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, en cuanto a los intereses de deuda pública externa. Para los intereses de **deuda pública interna** se concede la exención total, en vez de la parcial que han concedido leyes anteriores, para asimilar estas inversiones, generalmente obligatorias, con las efectuadas en valores semejantes como cédulas hipotecarias y bonos industriales. Se desea también mejorar el mercado en los títulos de deuda pública'. (Historia de las Leyes. Tomo XII, legislatura de 1960, Imprenta Nacional, Bogotá, 1973, pág. 320).

"'Es claro, pues, que la exención de que trata el artículo 47, numeral 4º de la Ley 81 de 1960, se refiere a intereses provenientes de títulos de deuda pública.

"'Y qué es la deuda pública? Una definición simple, siguiendo a Maurice Duverger, ('Instituciones Financieras', Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pág. 157 y ss.), y a Alejandro Ramírez Cardona, ('Sistema de Hacienda Pública', Editorial Temis, Bogotá, 1970, págs. 405 y ss.), sería en la que se diga que ella es la acreencia en dinero por la cual responden el Estado o un ente de derecho público, originada en un contrato de empréstito y representada en títulos de deuda.

" 'Esta elemental noción de deuda pública, indica que la nota característica de tal institución es su génesis en un contrato de empréstito, y así cualesquier título de deuda de entidades públicas no originado en un contrato de tal naturaleza, no puede calificarse como de deuda pública.

"'Aclarado a qué clase de títulos de deuda se refiere el artículo 47 de la Ley 81 de 1960, y, a groso modo, determinado qué es la deuda pública, toca establecer si a esa característica corresponden los títulos de deuda emitidos a favor del demandante por los establecimientos públicos Instituto de Crédito Territorial (INSCREDIAL), y Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC).

"'De los anexos de la declaración de renta del accionante, señor Jaramillo Uribe, —fls. 26, 27 y 32 del Cuaderno Nº 2— (y 28, agrega el Tribunal), y del escrito de demanda, —fls. 16 Cdno. Ppal.—, se colige fácilmente que los títulos de deuda entregados al actor por el Inscredial y la Chec, lo fueron en razón de pagos por contratos de ejecución de obra, y por tal razón, a pesar de ser títulos de deuda emitidos por entidades públicas en razón de un contrato, seguramente de derecho público, no son títulos de deuda pública, pues, como ya se vio, tales títulos deben provenir de la celebración de un contrato de empréstito.

"'Corolario de lo anterior, es sencillamente, que los intereses percibidos por el accionante en razón de los títulos de deuda emitidos a su favor por las entidades de derecho público ya mencionadas, constituyen renta gravable por no estar incluida dentro de la exenta a que se refería el numeral 4º del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, lo cual indica, además, que el patrimonio que los produjo, en este caso los créditos representados en títulos de deuda, tampoco está exento del impuesto complementario de patrimonio, exención reglada por el numeral 7º del artículo 36 del Decreto 1366 de 1967'.

"Y es que, agrega la Sala, esos créditos activos contra la Central Hidroeléctrica de Caldas y el Instituto de Crédito Territorial, no pueden estar exentos de la sobretasa patrimonial, precisamente porque no provienen de empréstitos de deuda pública interna o externa. Son créditos a cargo de tales entidades y a favor del contribuyente Jaramillo Uribe, pero cuyo origen está no en empréstitos sino en contratos de ejecución de obra que el demandante hizo para aquellas personas morales, por lo que ninguna relación tienen con un contrato de empréstito. Es decir, que la exención impetrada no encaja dentro del numeral 7º del artículo 36 del Decreto 1366 de 1967.

"Y continúa el señor Fiscal Colaborador:

"'Consideramos, entonces, que la decisión contenida en la Resolución de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que desató la

consulta y agotó la vía gubernativa, en cuanto que desechó el reconocimiento de exención patrimonial que había hecho la Oficina de Recursos Tributarios modificando la liquidación inicial, es correcta, es legal, puesto que los intereses producidos por los títulos de deuda, como vimos, no están exentos; e igual situación legal cobija al patrimonio que los produjo, patrimonio este que fue el erróneamente tomado como exento en la decisión que desató la reclamación.

"'Veamos si la corrección de errores. con relación a la renta, efectuada en la resolución que desató la consulta, y la compensación que en ella se efectuó, se hizo de la manera que la ley prevé.

"'En la liquidación oficial inicial se cometieron dos errores. Se tomaron como exentos unos intereses que no tenían esa calidad, como atrás se explicó, y se rechazó como deducción la cantidad de $ 47.040.00, que efectivamente como tal debía reconocerse, según se lee a folio 48 de la actuación administrativa. Este último yerro fue enmendado en la Resolución que desató la reclamación, (fl. 58 Cdno. Nº 2); y el primero, en la Resolución que desató la consulta, compensando el valor de la deducción inicialmente negada, con el valor de los intereses aceptados como renta exenta sin serlo, aplicando el artículo 54 del Decreto 1651 de 1961, hoy ya no vigente, pero aplicable al evento **sub examine** en virtud de lo preceptuado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. El citado artículo 54 decía:

"'Los funcionarios que conozcan de recursos podrán conocer (sic) (se anota, es corregir) todos los errores de las liquidaciones y providencias sometidas a su conocimiento, pero no podrán aumentar la suma total a cargo del contribuyente si ya se halla vencido el término de la revisión oficiosa".

"'Según el artículo 23 del Decreto 2821 de 1974, hoy día la corrección de errores por parte de los funcionarios, puede hacerse efectuando 'las compensaciones a que haya lugar'. Podía emplearse este sistema en el régimen anterior? Creemos que no, pues la norma transcrita precedentemente no lo autorizaba, dando a entender que las correcciones debían efectuarse tomando los factores de una manera global, con la limitación que la misma regla establecía.

"'Si lo anterior es así, la actuación de la Dirección General de Impuestos Nacionales en la resolución que agotó la vía gubernativa, desbordó el ordenamiento a que debía someterse, al compensar rentas exentas aceptadas, que debían rechazarse, con deducciones no aceptadas que debían tomarse en cuenta, pues aquéllas debían tomarse globalmente, lo que tampoco podría hacerse en el caso a estudio, en razón de que se aumentaría la suma total a cargo del contribuyente, evento en el cual, según el artículo 54 citado, la corrección no podía efectuarse, vencido como estaba el término de revisión, habida cuenta de la fecha de presentación de la declaración de renta. (fls. 45 vto. Cdno. Nº 2)'.

Cabe advertir que la supuesta ausencia de pagos al SENA, no existió como se ve en los certificados de folios 34 a 36 del cuaderno de antecedentes y por eso el Tribunal aceptó la deducción de sueldos que el Gobierno rechazó.

La nueva liquidación está correcta.

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:

Confírmase la sentencia consultada.

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 de noviembre de mil novecientos setenta y siete.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO VIII

JUICIOS DE JURISDICCION COACTIVA

IMPUESTOS. — Obligaciones alternativas. En el tiempo otras condiciones. Cuándo la elección corresponde al deudor, y cuándo no corresponde a éste. En el último caso el acreedor no tiene por qué requerir al deudor para que haga una escogencia que no puede hacer.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Bernardo Ortiz Amaya**)

Referencia: Expediente Nº 4696. Actor: La Nación c/ Aseguradora del Valle. S. A. Apelación auto de mandamiento ejecutivo de marzo 2/77 del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. Jurisdicción Coactiva.

El apoderado de la Sociedad ASEGURADORA DEL VALLE S. A. interpuso recurso de apelación en subsidio del de reposición contra el auto de mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales contra la sociedad mencionada por la cantidad de $ 11'834.662.47 valor resultante a cargo del contratista Pavimentaciones Asfálticas Ltda. según Resolución Nº 4933 del 6 de julio de 1976 dictada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y como consecuencia de la resolución de caducidad dictada por la misma entidad por incumplimiento del contrato 160-70 todo lo cual estaba amparado con póliza de cumplimiento otorgada por la Sociedad demandada.

El recurrente en su memorial por medio del cual interpuso el recurso considera que debe revocarse el auto de mandamiento de pago por estimar que se está en frente de una obligación alternativa de las que define y reglamenta el Código Civil en los artículos 1556 y siguientes, y que de acuerdo con dicha normación legal estando al arbitrio del deudor elegir el tipo de obligación que lo exonere de las otras no puede el acreedor demandar por una de ellas.

Igualmente considera que como la Resolución Nº 4933 modificó el guarismo fijado a cargo del contratista por la Resolución Nº 5390 del 4 de agosto de 1975 tanto aquélla como la que le confirmó son ilegales y por eso mismo no prestan mérito ejecutivo.

Oportunamente el Fondo Vial Nacional del Ministerio de Obras Públicas se presentó por medio de apoderado a impugnar la pretensión del recurrente.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales mediante providencia del 24 de junio de 1977 decidió sostener la providencia recurrida y concedió la apelación en el efecto devolutivo para ante el Consejo de Estado.

Tramitado el negocio en esta instancia, no fue sustentado por el recurrente pero en cambio el apoderado del Ministerio de Obras Públicas (Fondo Vial Nacional) expuso las razones para su oposición y los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes para pedir la confirmación del auto recurrido.

Igualmente el señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez emitió su concepto acogiendo la tesis del Juzgado de Ejecuciones y del abogado del Ministerio de Obras Públicas para pedir la confirmación del auto recurrido.

Para resolver se considera

La forma precisa y sintética como el Juzgado de Ejecuciones Fiscales señaló las razones para no revocar su providencia, tiene suficiente fuerza de convicción y por lo tanto es conveniente transcribir la parte pertinente de esa providencia. Igualmente el señor abogado del Ministerio de Obras Públicas hace un magnífico análisis del fenómeno de las obligaciones alternativas en frente del caso **sub judice** para demostrar como la alternabilidad pereció desde antes y por virtud de la resolución de caducidad del contrato de obra, por culpa de la sociedad demandada; exposición que merece ser también transcrita pues la Sala acoge sus planteamientos para tomar la decisión correspondiente.

Dijo así el Juzgado de Ejecuciones Fiscales:

"Este despacho libró orden de pago contra la Compañía Aseguradora del Valle S. A., en virtud de que se reunieron los presupuestos jurídicos para ello. En primer término las Resoluciones 5390 del 4 de agosto de 1975 confirmada por la 0745 del 16 de diciembre de 1975, la 4933 del 6 de julio de 1976 y la 7609 del 14 de septiembre de 1976, todas ellas emanadas del Fondo Vial Nacional, fueron debidamente notificadas, tanto a la firma PAVIMENTACIONES ASFALTICAS LTDA., como a la Compañía ejecutada, quienes dentro de los términos legales presentaron sus recursos y fueron resueltos por el Fondo Vial Nacional, agotándose en esta forma la vía gubernativa. Tales Resoluciones por tener en su contenido la liquidación de un contrato administrativo, tienen suficiente mérito ejecutivo, tal y como preceptivamente lo indica el artículo 193, inciso 3º del Decreto-Ley 150/76 que reza así: 'El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el jefe de la entidad contratante, si él no hubiere intervenido, presta méritos ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo..."

"En segundo término los actos administrativos antes enunciados se encuentran ejecutoriados y por tanto son exigibles, obligatorios e imperativos, mientras no sean anulados por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

"Ahora bien, se arguye por parte del recurrente que la obligación de la Compañía ejecutada es alternativa, según se desprende

del contrato de obra y del contrato de seguro, pero tal situación fue alegada en vía gubernativa y denegada por la administración, por razones muy válidas y legales como consta en la Resolución 7609 del 14 de septiembre de 1976.

"Ya este Juzgado mediante autos proferidos en procesos por casos similares había sostenido las tesis correspondientes a los mismos argumentos que presenta el apoderado de la firma ejecutada en el memorial que antecede y que a continuación se repetirán, dejando anotado que las consideraciones de dichos autos están acordes con lo manifestado en el memorial presentado por el apoderado del Fondo Vial Nacional; se exponen nuevamente las razones enunciadas, porque el suscrito considera que no debe modificar el criterio expresado en aquellos dos casos para sostener el auto ejecutivo en las presentes diligencias.

"Se había manifestado en auto de fecha 20 de enero del año en curso, que la Compañía de Seguros ha debido estar vigilante del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, para que en cualquier momento si observaba algún atraso de carácter grave, se subrogara inmediatamente en las obligaciones de éste para con el Fondo Vial Nacional, antes de producirse la caducidad administrativa de dicho contrato. Caducado administrativamente éste y finalmente liquidado, a la compañía de seguros no le quedaba otra opción que la de cancelar la suma asegurada. Como tampoco en el presente caso hubo intenciones por parte de la Aseguradora de subrogarse en las obligaciones del contratista cuando fue enterada de los atrasos en su ejecución, la tesis expuesta es la que considera este despacho como la ajustada a derecho y por tanto se sostiene.

"La segunda tesis expuesta en el auto antes citado, cabe igualmente para el presente caso, ya que el ilustre apoderado de la Compañía Aseguradora del Valle S. A., alega violación del artículo 24 del Decreto 2733/59, al referirse a las dos liquidaciones, una 'final' y otra 'final y definitiva' de los contratos del Fondo Vial Nacional con Pavimentaciones Asfálticas Ltda., Resoluciones que califica abiertamente ilegales y su ejecución coactiva da una ilegalidad mayor; ya que conforme a lo expuesto en dicho auto y repetido en otra providencia similar por este Juzgado, los actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad y no habiendo sido ni revocados, ni redarguidos de falsos, ni anulados, deben considerarse en su integridad para sostener el mandamiento ejecutivo proferido en base a ellos.

"De todos modos y como lo expresa muy claramente el inciso 2º del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil., en este proceso no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa".

Por su parte el abogado del Ministerio de Obras Públicas expuso lo siguiente:

"III. Las Obligaciones Alternativas

Ciertamente el Código Civil establece en sus artículos 1556 y ss. que frente a una obligación alternativa corresponde por regla

general al deudor la elección de una de las cosas o prestaciones debidas para efectos del pago de la obligación, y que en consecuencia no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben. También es cierto que para obtener la ejecución por obligaciones alternativas, si la elección corresponde al deudor deberá pedirse que se le requiera previamente para que haga la escogencia dentro de tres días y si no lo hiciere la elección corresponderá al acreedor.

"Sostiene el doctor Hinestrosa en el caso **sub judice** que la obligación a cargo de la Aseguradora es alternativa y que la elección de la prestación debida corresponde a la Aseguradora, ya que así lo establecieron, de una parte la cláusula 11ª del contrato celebrado entre la Firma Constructora y el Fondo Vial Nacional al exigir que en los certificados de seguro para garantizar el contrato, 'la obligación de la Aseguradora es alternativa, así: a) Terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado; b) Pagar la suma asegurada. En el primer evento, la Aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con el Fondo Vial Nacional en cualquier momento después que el programa de trabajos e inversiones, anexo del contrato garantizado, sufra atraso, o la interventoría manifieste cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor. En el segundo evento, el pago se hará directamente al Fondo Vial Nacional'; y de la otra, una de las cláusulas o estipulaciones adicionales del contrato de seguro en el cual se dispuso que 'La obligación de la Aseguradora es alternativa, así: a) Terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado; b) Pagar la suma asegurada. En el primer evento, la Aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con el Fondo Vial Nacional en cualquier momento después que el programa de trabajo e inversiones, anexo del contrato garantizado sufra atraso, o la interventoría manifieste cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor. En el segundo evento el pago se hará directamente al Fondo Vial Nacional'.

"Todo ello es evidente. Pero no lo es menos que la alternativa de la Aseguradora estaba sujeta legal y contractualmente a condición o, en otras palabras, que su posibilidad de escoger la prestación o cosa debida estaba condicionada por varias circunstancias:

"a) En el tiempo; porque es obvio que si uno de los extremos de la alternativa o de las prestaciones debidas alternativamente era 'terminar **satisfactoriamente** las obras objeto del contrato garantizado' para lo cual, 'podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con el Fondo Vial Nacional en cual (sic) momento después que el programa de trabajo e inversiones, anexo del contrato garantizado sufra atraso, o la Interventoría manifieste cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor' (se subraya) tal prestación o extremo no podía cumplirse o pretender cumplirse por la Compañía Aseguradora sino dentro del término de la ejecución del contrato. Todo contrato debe ejecutarse dentro del término de su vida jurídica. No es preciso extenderse sobre este punto en profundas alegaciones jurídicas que tiendan a demostrar lo que de tiempo atrás es bien sabido en cuanto a que el principal

efecto de la declaratoria de caducidad de un contrato es precisamente el de terminarlo. Y mal puede aspirarse a ejecutar un contrato terminado. La Compañía Aseguradora no terminó las obras objeto del contrato, no expresó jamás su deseo de hacerlo, a pesar de haber sido enterada repetidamente de los atrasos en que estaba incurriendo el Contratista y de sus incumplimientos reiterados por causas distintas de la fuerza mayor. Si no escogió la Aseguradora tal extremo de su obligación alternativa y ni siquiera expresó su voluntad de hacerlo cuando ello era posible, es decir durante el término de ejecución del contrato, pero ni aun cuando le fue notificada la Resolución de caducidad del contrato, mal puede pretender ahora cuando éste terminó en virtud de la declaratoria de caducidad, que aún tiene la posibilidad de elegir esa pretensión.

"b) Otras condiciones. Pero es más; la alternativa no solamente estaba condicionada en cuanto al tiempo, sino en cuanto al cumplimiento de una serie de requisitos previos necesarios para que la Compañía Aseguradora pudiera escoger entre las prestaciones debidas, la de terminar las obras. La ejecución del contrato por persona distinta del contratista requiere una cesión del mismo con la consiguiente subrogación por el nuevo contratista en las obligaciones del cedente. Y como en todos los contratos de derecho público, en el que venimos comentando, la cesión dependía, al tenor de lo dispuesto por la cláusula 15ª del mismo, del consentimiento previo y expreso del Fondo Vial Nacional, consentimiento más que potestativo ya que la Entidad de derecho público podía negarlo reservándose las razones que motivaron su negativa? Solicitó alguna vez la Compañía Aseguradora el consentimiento del Fondo Vial para constituirse en cesionaria del contrato y poder terminar directamente la obra? Ciertamente no. Se dio algún paso siquiera por la Aseguradora que manifestara su intención de subrogarse en las obligaciones del contratista cuando vio que éste se atrasaba en las obras e incumplía reiteradamente el contrato? Ciertamente no. Si no se cumplieron en el tiempo y en la forma debida las condiciones necesarias para tener derecho a ejecutar una de las varias cosas debidas, no puede ahora alegarse la existencia de una obligación alternativa cuando una de las dos formas de cumplimiento no es ya posible.

"Pero más aún, la obligación alternativa en el caso **sub judice** no es de aquéllas en las que la elección corresponde al deudor, ya que precisamente se pactó lo contrario en el contrato de seguro. En efecto, dice el ordinal i) de la cláusula Sexta sobre Condiciones Generales de la Póliza Matriz, adoptada mediante la Resolución Reglamentaria 1810 de 1957 de la Contraloría General de la República, y que hacen parte como **Estipulaciones Primordiales** del contrato de seguro celebrado en el presente caso, que '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'. Expresa y claramente se desprende entonces que la alternativa de continuar la ejecución de la obra por la Aseguradora hasta terminarla satisfactoriamente no dependió jamás de la elección volun-

taria de ésta, sino por el contrario de la del Fondo Vial Nacional, cuya aquiescencia era indispensable para poder elegir tal forma de cumplir la obligación.

"El inciso 2º del artículo 1557 del Código Civil establece que en tratándose de obligaciones alternativas la elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario. En este caso hemos visto cómo la elección no era de la Aseguradora ya que en una de las cláusulas primordiales del contrato de seguro se dispuso lo contrario. Y si es cierto que el artículo 1558 **ibídem** estipula que siendo la elección del deudor no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, y en concordancia con tal norma dice el artículo 496 del Código de Procedimiento Civil que debe requerirse al deudor para que haga la escogencia antes de iniciar la ejecución por obligaciones alternativas, no es menos cierto que, a contrario **sensu** si la elección no es del deudor, sino que depende de la voluntad del acreedor, éste no tiene por qué requerir a aquél antes de ejecutarlo para que haga una escogencia que no puede hacer.

"En el caso presente la Compañía Aseguradora no solicitó nunca el consentimiento del Fondo Vial Nacional para subrogarse en las obligaciones del contratista y poder terminar la obra directamente. Por su parte, el Fondo Vial Nacional jamás expresó su aquiescencia frente a esta posibilidad".

Las razones anteriores al criterio de la Sala están suficientemente ajustadas a derecho y por lo tanto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

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 1º de diciembre de mil novecientos setenta y siete.

Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Dávila Hernández.

Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CREDITOS DEL ESTADO. — ACCION EJECUTIVA. — Prescripción extintiva a los 10 años.

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

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

Referencia: Expediente número 4358. Ejecutivo de la Nación contra Floro Castaños C.

La Sección de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, libró orden de pago contra Floro Castaños Castaños, con base en el certificado expedido por el mismo administrador y según el cual adeuda a la Nación la cantidad de $ 26.842.00 por concepto de la liquidación de impuesto sobre la renta de fecha 31 de marzo de 1965, correspondiente al año fiscal de 1964. El mandamiento tiene fecha 15 de octubre de 1976 y fue notificado el 7 de marzo de 1977 y en tiempo oportuno el ejecutado propuso la excepción de prescripción de la acción ejecutiva.

Para resolver la excepción propuesta, la Sala considera:

El crédito que se cobra se hizo exigible a partir del día 1º de julio de 1965, por lo que cuando se dictó el mandamiento de pago y se notificó habían transcurrido más de diez años.

Desde la vigencia del artículo 81 de la Ley 42 de 1923, que derogó el artículo 257 del Código Fiscal, la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró al régimen del derecho común y la acción ejecutiva se extingue por el transcurso de diez años contados desde la fecha en que la obligación se hace exigible, de conformidad con la norma del artículo 2536 del Código Civil.

Por lo expuesto, la Sala declara probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva en el presente proceso. Desembárguense los bienes. El presente proceso queda así terminado. Vuelva a la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín.

Cópiese y notifíquese.

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.

TITULO IX

RECURSO DE SUPLICA
LEY 11 DE 1975

RECURSO DE SUPLICA. — Procedencia del recurso. Término para interponerse. Artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Artículo 24 del Decreto 528 de 1964. No se pueden apreciar pruebas o documentos ya que no se trata de una 3ª instancia. Para que prospere es menester que en el fallo objeto de tal recurso se siente una doctrina que contraríe la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Pérez Vives**)

Referencia: Expediente Nº 10.098. Actor: Víctor Noel Alarcón Sepúlveda

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el actor en el proceso que adelantó ante la Sección II de esta Corporación el señor VICTOR NOEL ALARCON SEPULVEDA.

Dice así el escrito del recurrente:

"El fallador de segunda instancia, Honorables Señores Consejeros, revoca la sentencia de primera instancia con la consideración de que en el expediente o proceso, a folio 2, obra copia del certificado expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional conforme al cual el señor VICTOR NOEL ALARCON SEPULVEDA realizó el curso de capacitación para guardián del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria, mas no consta allí que aprobara ese curso, que es el requisito exigido por el artículo 5º del Decreto Nº 1661 de 1965. De consiguiente, la acción no podía prosperar y la sentencia de primera instancia no podía ser mantenida.

"En mi demanda se planteó la consideración de que por haber adelantado un curso mi patrocinado VICTOR NOEL ALARCON, haberlo aprobado y haber obtenido el correspondiente diploma en la Escuela Penitenciaria Nacional, había quedado incluido en la carrera penitenciaria, detentando los privilegios de ésta, consiguientemente, no podía ser retirado por el Ministerio de Justicia por medio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, como lo hizo éste, sino de conformidad con lo establecido por el Decreto 1817 de 1964. Esta inclusión en la carrera penitenciaria derivaba de lo previsto en los artículos 101 y 102 del Decreto 1817 de 1964, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 1661 de 1965.

"El fallador de segunda instancia, como se dijo anteriormente, da como argumento cardinal el hecho de que el certificado expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional y que obra a folio 2 del expediente no determina si el señor VICTOR N. ALARCON aprobó o no el curso que es el requisito exigido por el artículo 5º del Decreto 1661 de 1965 pues que en dicho certificado únicamente se expresa que REALIZO EL CURSO DE CAPACITACION PARA GUARDIAN DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA CARCELARIA, que es como decir que simplemente asistió al curso.

"Sobre este particular me permito hacer las siguientes objeciones:

"a) El término, realizado, de conformidad con el diccionario de la Real Academia Española, significa verificar, hacer real y efectiva una cosa. De esta suerte al encontrarse el término con la expresión realizar en el certificado a que nos referimos no está, significando que asistió al curso, sino que lo cursó y lo aprobó y como remate se le expide el correspondiente certificado de idoneidad o de aprobación del curso en cuestión. Absurdo y contrario a la lógica de las cosas sería que un instituto como la Escuela Penitenciaria Nacional le expidiese diploma de esta índole a quien hubiese perdido el curso. Por otra parte, el diploma tiene fecha 31 de agosto de 1971 y la Resolución de declaración de insubsistencia tiene fecha 23 de enero de 1974, lo que quiere decir que entre la fecha del otorgamiento del diploma o certificado a que nos referimos y la declaración de insubsistencia, transcurrió un lapso, sin solución de continuidad, de tres años y medio. No aparece en la hoja de vida que al término del curso adelantado por VICTOR NOEL ALARCON SEPULVEDA el Ministerio de Justicia hubiese declarado la insubsistencia de su nombramiento, por no haber aprobado el curso correspondiente en la Escuela Penitenciaria Nacional, lo que quiere decir, contrario sensu, que lo aprobó. A esta conclusión se llega, por lógica jurídica, en razón de lo que dispone el artículo 5º del Decreto 1661 de 1965, última parte, cuyo tenor es el siguiente:

"'La Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, por medio de Resolución y previo concepto de la junta de la carrera penitenciaria, fijará las fechas de los cursos y concursos y las bases de estos últimos, para el personal que presta provisionalmente sus servicios en la División General de Prisiones. Una vez aprobado el curso o superado el concurso, el aspirante entrará en la Carrera Penitenciaria sin período de prueba. **El personal reprobado, quedará insubsistente**". (El subrayado es culpa mía).

"b) Por otra parte y en orden a demostrar que mi patrocinado no solamente aprobó el curso adelantado en la Escuela Penitenciaria Nacional con calificaciones todas que fueron superiores a la nota 3, ocupando el puesto 13 entre 53 alumnos, y obteniendo un promedio total de 4.06 y la expresa constancia al final del certificado de 'POR APROBACION DEL CURSO SE LE CONCEDIO CERTIFICADO DE IDONEIDAD', me permito anexar al alegato del presente recurso el certificado correspondiente expedido por el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional, con lo cual queda demostrado que, a más de lo que se dijo en el literal a), de este escrito, mi patrocinado VICTOR N. ALARCON sí aprobó el curso adelantado en la Escuela Penitenciaria Nacional, y cómo el certificado que obra a folio 2 constituye, como remate del curso aprobado, un auténtico diploma de idoneidad,

con lo que se evidencia que desde aquella época (agosto 31 de 1971) mi poderdante quedó incluido en la carrera penitenciaria por expresa disposición de los artículos 101 y 102 del Decreto Extraordinario 1817 de 1964, en concordancia con el artículo 5º del Decreto Reglamentario 1661 de 1965, y, consecuentemente, las peticiones de la demanda debían haber sido despachadas favorablemente por la sección segunda de esa Honorable Corporación, como en efecto lo dispuso el juzgador de primera instancia, y, por ende el fallo de segunda instancia, en cambio, debe ser revocado, despachándose favorablemente las peticiones de la demanda.

"No sobra decir que últimamente se ha sostenido ante lo Contencioso que fuera de las calificaciones de un curso se necesita la constancia de que éste se aprobó. Sobre el particular existe una disposición contenida en el estatuto de la Escuela Penitenciaria Nacional, que es el artículo 81 del Decreto 1522 de 1966, cuyo tenor es el siguiente:

"'Perderán el curso los alumnos que hubieren improbado tres materias, o dos cuando en una de éstas hubieren obtenido nota inferior a dos".

"El fallo que impugno es susceptible el recurso de súplica, honorables Señores Consejeros, al tenor de la Ley 11 de 1975, porque en casos similares al presente la Sección Segunda de esa ilustre Corporación había despachado favorablemente las peticiones de la demanda y, hoy, al negarlas por la providencia acusada, ello ha constituido un cambio de jurisprudencia.

"A continuación me permito enunciar providencias que fueron falladas favorablemente por la sección segunda, entre muchas más, en casos similares, así:

"Proceso Nº 3168. Actor: JUAN ANDRES ALVARADO PEREZ;

"Proceso Nº 3676. Actor: GERARDO CARVAJAL CARVAJAL.

"Consejero Ponente: Doctor EDUARDO AGUILAR VELEZ. Sentencia de 2 de diciembre de 1975.

"Proceso Nº 004. Actor: NEREO PORRAS ROJAS.

"Consejero Ponente: Doctor ALVARO OREJUELA GOMEZ.

"Sentencia de agosto 19 de 1975.

"Proceso Nº 1676. Actor: JOSE DAVID ROZO ROZO.

"Consejero Ponente: Doctor RAFAEL TARFUR HERRAN.

"Sentencia de 14 de marzo de 1975".

Para resolver se considera

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE SUPLICA. Como lo ha dicho esta Sala, para que el recurso establecido por la Ley 11 de 1975 sea procedente, se requiere que exista contrariedad entre un fallo proferido por determinada Sección del Consejo y la jurisprudencia anterior de cualquiera de las Secciones de la Corporación o de la Sala Plena de la misma.

Así los dispuso el artículo 2º de la Ley 11 de 1975: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

"En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia de donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto o del fallo".

La norma cuyo texto se acaba de transcribir constituye un desarrollo de lo preceptuado por el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, según el cual "Las cuatro salas o secciones de lo Contencioso Administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o sección que esté conociendo del asunto".

Como puede verse de lo anterior, el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 contiene en el fondo una prohibición a las Secciones en que se divide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de variar la jurisprudencia anterior de la Corporación sin la previa convocatoria de dicha Sala Plena (integrada por las cuatro Secciones), para que ésta apruebe el cambio de jurisprudencia.

Si no obstante la prohibición en referencia, alguna de las Secciones procediere a dictar un auto interlocutorio o una sentencia en los que se varíe la jurisprudencia anterior de Consejo, las partes en el respectivo proceso y el señor agente del Ministerio Público podrán interponer el recurso de súplica consagrado por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

Este recurso no es una tercera instancia en la cual se puedan apreciar pruebas o documentos estimados en la sentencia materia del recurso en referencia, sino un medio extraordinario de impugnación, cuyo fundamento no es otro que la prohibición en que se halla cualquiera de las Secciones en que se divide el Consejo, de variar la jurisprudencia del mismo sin cumplir previamente los requisitos determinados en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 y en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

Para que el recurso de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 prospere, es menester que en el fallo objeto del tal recurso se siente una doctrina que contraríe la jurisprudencia del Consejo.

De consiguiente, lo primero que procede de parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es efectuar el examen comparativo de la providencia recurrida con la jurisprudencia que cita en su escrito el recurrente como contrariada por dicha providencia, para ver si realmente existió cambio de jurisprudencia.

La conclusión afirmativa implica el reconocimiento de que la Sección que profirió esa providencia lo hizo sin competencia para ello, ya que sólo la Sala Plena tenía facultad para variar la jurisprudencia anterior de la Corporación.

Si la Sala estima que no hubo cambio de jurisprudencia, decidirá que el recurso no prospera y ordenará devolver el expediente a la Sección de origen.

En el caso de autos el recurrente se limitó a presentar un alegato de instancia, encaminado a revivir el debate de fondo y a demostrar que el fallo recurrido erró al estimar las pruebas que en su escrito cita la parte actora.

No precisa el recurrente cuál sea la diferencia que existe entre los fallos que invoca, sin transcribirlos siquiera en su memorial de súplica, y la sentencia recurrida.

Bastaría lo anterior, para que se desatara desfavorablemente la pretensión de la parte actora.

No obstante, encuentra la Sala que no se ha producido el cambio de jurisprudencia alegado por el recurrente, por las siguientes razones:

Dicen, en su parte sustancial, los fallos que cita el recurrente en su alegato, lo que a continuación extracta:

Sentencia de cinco de abril de mil novecientos setenta y seis.

"Consta en el expediente que el demandante fue nombrado para desempeñar el cargo de Cabo de Prisiones II, Categoría 13 de la Cárcel del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, el cual ejerció hasta el 3 de diciembre de 1973, fecha en que fue declarado insubsistente mediante la providencia acusada.

"El Gobierno Nacional, por medio de Decreto Número 1817 del 17 de julio de 1964, creó la Carrera Penitenciaria para 'el personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil' y dispuso que aquélla sería regulada por los principios que se consagran en tal estatuto y por las normas reglamentarias que se dicten para su organización.

"Según lo establecido en el artículo 101 del citado Decreto, y en el 5º del 1661 de 1965, pertenecen a la mencionada Carrera Penitenciaria, **ipso facto**, y sin necesidad de período de prueba 'las personas que hubieren obtenido título de idoneidad de la Escuela Penitenciaria Nacional' y aquéllas que aprobaron los cursos organizados por la Dirección General de Prisiones.

"De conformidad con lo anteriormente dicho, el hecho de pertenecer a la referida carrera, garantiza al funcionario, entre otros derechos, la estabilidad o inamovilidad relativa en el cargo que viene desempeñando.

"En el presente caso como lo anota el Fiscal 3º del Tribunal 'Por todas las razones expuestas y las pruebas allegadas al proceso, no se puede declarar que el acto impugnado es legal, como lo solicita el Abogado de Ministerio de Justicia en su oposición a la demanda. En cambio, la Fiscalía Tercera conceptúa que el Tribunal debe acceder a las peticiones de la demanda, pues además de las razones enunciadas anteriormente, no aparece constancia aguna de que PORRAS NI-

ÑO hubiera observado conducta deshonesta o irregular; de que el Ministerio de Justicia le hubiese llamado la atención por mala conducta o habiéndose llevado a cabo alguna investigación de carácter administrativo o penal se haya comprobado que el demandante ha incurrido en alguna de las causales de destitución de que trata el artículo 129 del Decreto 1817 de 1964. La Administración no procedió a destituirlo con fórmula de juicio lo cual, si había cargos contra el demandante, estaba en la obligación de investigar para denunciarlos oportunamente; pero el acto administrativo por medio del cual se le declaró insubsistente de su cargo, carece de la correspondiente motivación'".

Sentencia de marzo catorce de mil novecientos setenta y cinco:

"Con fundamento en los artículos 101 y 104 del Decreto-Ley 1817 de 17 de julio de 1964 se ha estimado en el fallo que para gozar de los beneficios acordados al personal de la Carrera Penitenciaria basta demostrar que se ha obtenido el correspondiente título de idoneidad, como es el caso del señor Rozo Rozo".

Sentencia de abril veintitrés de mil novecientos setenta y cinco:

"El artículo 100 del Decreto 1817 de 1964, crea la carrera 'de personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil' la cual está regulada por los principios que consagra el mismo decreto y por las normas que dicte el Gobierno para su organización. De conformidad con el artículo 101 del mismo estatuto y del 5º del Decreto 1661 de 1965, pertenecen a la citada carrera penitenciaria, sin necesidad de período de prueba e **ipso facto**, 'las personas que hubieren obtenido título de idoneidad de la Escuela Penitenciaria Nacional', o quienes hubieren aprobado los cursos que para el efecto se organicen.

"El pertenecer a la carrera penitenciaria garantiza al funcionario entre otros derechos, a la estabilidad o la inamovilidad relativa en el servicio.

"En el caso a estudio se ha demostrado que el actor señor JUAN ANDRES ALVARADO PEREZ aprobó los cursos de capacitación preceptuados en el Decreto 1817 de 1964 y que por lo mismo se le otorgó el título de Guardián. Por ello es lógico concluir, según lo dicho atrás, que pertenecía a la carrera penitenciaria y por tanto no podía ser removido libremente".

Sentencia de diciembre dos de mil novecientos setenta y cinco:

"El demandante, señor Gerardo Carvajal Carvajal, se vinculó al Ministerio de Justicia, en el ramo de prisiones desde el 16 de enero de 1967. El 13 de julio del mismo año se le expidió el diploma que obra a folio 1 y en el cual se hace constar que cursó y aprobó los estudios reglamentarios de ingreso a la Carrera Penitenciaria, de acuerdo con el Decreto 1817 de 1964 y por ello se le certificó que gozaba de idoneidad para desempeñar el cargo de Guardián en los establecimientos carcelarios del País.

"El artículo 102 del Decreto 1817 de 1964, dice:

"'Podrán pertenecer también a la carrera penitenciaria los empleados que estén prestando o hayan prestado con eficiencia servicio en el ramo de prisiones y que aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones".

"'De tal manera que el actor se encontraba prestando servicios desde el 16 de enero de 1967 y cursó y aprobó el curso correspondiente para ingresar a la carrera. Quiere decir elio que era empleado escalafonado y como tal tiene derecho a disfrutar de las prerrogativas correspondientes, y entre ellas a las de permanecer en el cargo, hasta tanto se le desvincule en forma legal".

La sentencia recurrida se expresa así:

"En concepto de la Fiscalía Cuarta, las súplicas de la demanda deben negarse, revocando las sentencias recurridas, por el siguiente motivo:

"'El demandante invoca la circunstancia de haber cursado y **aprobado** satisfactoriamente un curso de capacitación para guardián. En el expediente está demostrado que el actor se encontraba laborando en el ramo penitenciario cuando se inició la vigencia del Decreto 1661 de 1965 (13 de julio).

"'Sinembargo, considera la Fiscalía que no está demostrado que el actor haya APROBADO el curso que realizó para guardián, requisito este exigido por el artículo 5º del Decreto últimamente citado. Unicamente se encuentra acreditado que el actor **realizó** el curso, es decir, asistió al curso. (fl. 2).

"Ya esta Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en fallo de fecha 19 de septiembre de 1975, en juicio promovido por el señor ARTURO SEXTO AMARIS VERGARA, fallo que desató asunto semejante al que en este proceso se debate, sentó la siguiente doctrina:

"'Expresa la demanda que el actor cursó y aprobó satisfactoriamente el curso de información para profesores de establecimientos carcelarios, y que por tal motivo, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1817 de 1964, pertenece a la carrera penitenciaria que le da derecho a estabilidad en el empleo. Sin embargo, se observa que de acuerdo con el documento que obra a folio 2 del expediente, solamente se acredita qué asistió 'al curso de información para profesores de establecimientos carcelarios efectuado entre el 23 de agosto y el 3 de septiembre de 1971'. Este hecho de asistir a un curso no es lo que expresa la norma invocada en favor de su derecho: se requiere haber obtenido un 'título de idoneidad' y no simplemente la asistencia".

"También al folio 2 de este expediente obra copia del certificado, expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional conforme al cual 'el señor VICTOR N. ALARCON S. **realizó** (se subraya) el curso de Capacitación para GUARDIAN del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria'. Mas no consta allí que **aprobara** ese curso, que es el requisito exigido por el artículo 5º del Decreto Nº 1661 de 1965. De consiguiente, la acción no puede prosperar y la sentencia de primera instancia no puede ser mantenida.

"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 con la vista fiscal,

Falla:

"REVOCASE la sentencia apelada, de fecha y procedencia indicadas, y en su lugar declárase que no se accede a las súplicas de la demanda".

Como puede verse, en ninguno de los precitados fallos se afirma que un certificado o constancia de estudio, en el que se diga simplemente que el demandante "realizó" determinados estudios, deba interpretarse en el sentido de que "los aprobó".

Si así fuere, no habría duda de que existiría un cambio de jurisprudencia.

Pero lo que el recurrente pretende es que se varíe la estimación que del aludido certificado de estudios hizo la Sección II, y se aprecien las pruebas que presentó al interponer este recurso, para revocar la sentencia objeto del mismo, como si se tratara de una tercera instancia y no de un recurso extraordinario.

En efecto, el alegato de la parte actora se endereza a demostrar que en la parte de tal certificado en la que se lee "realizó", debe entenderse "cursó y aprobó", interpretación que no aceptó la Sección II sin que ello implique cambio alguno de jurisprudencia.

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 es procedente el recurso de súplica que se desata por esta providencia.

Devuélvase el expediente a la Sección II.

Publíquese, cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977).

Miguel Lleras Pizarro, (No asistió); *Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Pérez Vives, Carlos Portocarrero Mutis,* (No asistió); *Ignacio Reyes Posada, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

IMPEDIMENTOS, REGIMEN EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE SUPLICA PRESCRITO POR EL Art. 2º de la Ley 11 de 1975.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Humberto Mora Osejo**)

Sesión del día 30 de agosto de mil novecientos setenta y siete.

Referencia: Expediente Nº 10.125. Actor: María Ofelia y María Regina Toro Fernández.

Se provee sobre la manifestación que el señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo hizo, en escrito que presentó el 3 del mes en curso, en el sentido de declararse impedido para conocer del recurso de súplica interpuesto contra la sentencia proferida por la Sección Segunda el 18 de agosto de 1976, por haber conocido, como magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia, de la primera instancia.

La Sala considera

1º) El Tribunal Administrativo de Antioquia conoció y decidió la primera instancia de este juicio mediante sentencia proferida el 18 de junio de 1976, con participación de todos sus miembros, entre los cuales se cuenta al doctor Carlos Betancur Jaramillo, actualmente miembro del Consejo de Estado. Como el Tribunal Administrativo de Antioquia ordenara, de acuerdo con los artículos 134 del C. C. A. y 7º del Decreto 1722 de 1956, que su sentencia sea consultada, la Sección Segunda decidió este grado superior de jurisdicción por sentencia que dictó el 18 de agosto de 1976. La parte demandante, con base en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, interpuso recurso de súplica contra esta sentencia, por considerarla contraria a la jurisprudencia de la Corporación, con el fin de que sea revocada y, en su reemplazo, confirmada la sentencia de primera instancia. De manera que es evidente que el señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo decidió la primera instancia de este juicio, sometido posteriormente al conocimiento de la Sección Segunda y actualmente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

2º) El recurso de apelación y el grado de jurisdicción por consulta esencialmente implican la posibilidad que un juez, diferente del que profirió la decisión de primera instancia, y definido por la ley co-

mo de superior jerarquía, la revise con el fin de verificar si la dictó o no conforme a derecho para, según la conclusión que dedujere, confirmarla, modificarla, adicionarla o revocarla. De modo que es esencial al principio de las instancias que de ellas conozcan jueces diferentes, constituidos por personas distintas, para que la segunda sea una verificación, un control eficaz de la primera. La ley busca que otras personas, otros jueces, que reputa más versados, examinen lo que resolvieron los de la primera instancia y profieran la decisión que fuere pertinente.

3º) El recurso de súplica, prescrito por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, aunque excepcional o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, por apelación o consulta, e implica la posibilidad jurídica que se lo declare infundado o que prospere y se infirme, de contera, la providencia de la Sección y que, en esta hipótesis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profiera la que deba reemplazarla. Pero en todas ellas, por activa o por pasiva, mediata o inmediatamente, en relación con la providencia del Tribunal que es objeto del recurso de apelación o del grado de consulta, sobre la cual, de todos modos, repercute la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Del mismo modo como en la Jurisdicción Ordinaria la sentencia de cualquiera de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia incide, necesariamente, sobre la proferida por el Juez de Primera Instancia, el cual por esta causa está impedido para conocer, como Magistrado de la Corte y de conformidad con el artículo 142, número 2, del Código de Procedimiento Civil, del Recurso de Casación. Nótese que en este caso no se trata del recurso de apelación ni del grado de consulta, que se surten ante los Tribunales Superiores, sino del recurso extraordinario de Casación, del conocimiento de la Corte, mientras que el de súplica, que corresponde a esta Corporación, es parte integrante de aquéllos, así tenga carácter excepcional y extraordinario, no por violación de la Constitución y de la ley, como sucede con el de casación, sino por contrariar una jurisprudencia, que bien puede tener por fundamento la ostensible infracción de éstas.

4º) Las causales de impedimento y de recusación, que tienen por objeto garantizar la independencia del juez, como **competencia subjetiva**, en relación con una **competencia objetiva**, inciden, desde cuando ocurren los hechos que las constituyen, no sólo en las providencias o en algunas partes de ellas, separadamente consideradas, **sino en el juicio**, entendido como un todo, integrado por numerosas actuaciones procesales, que tiene por finalidad la decisión. De ahí que el artículo 142, número 12, del Código de Procedimiento Civil instituya como causales de impedimento, y por ende, de recusación **para conocer del juicio** "haber dado al juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo", cualquiera que sea el sentido de su actuación y de la providencia que se vaya a proferir o revisar: si actuó en una de esas formas, por inane que sea su intervención, está absolutamente impedido, y hasta puede ser recusado, para conocer del juicio hasta su terminación.

5º) Si el doctor Carlos Betancur Jaramillo dictó la "providencia" de cuya revisión se trata, como aseveró y sucedió, es evidente que está

comprendido en la causal de impedimento prescrita por el artículo 102, ordinal 2º, del C. C. A. para conocer de este juicio. La finalidad del precepto es inequívoca: busca evitar que quien como juez profirió la providencia en la primera instancia participe en la segunda, que tiene por finalidad verificar si se dictó o no conforme a derecho, para no demeritar y hacer nugatorio su objeto esencial: que otras personas, otros jueces, desprevenida e independientemente la examinen y resuelvan lo que sea de rigor. En este caso, desde cuando sobrevino la causal de impedimento, el 18 de junio de 1976, fecha en la cual el Tribunal profirió la sentencia de primera instancia, ante su ingreso al Consejo de Estado, el doctor Carlos Betancur Jaramillo está impedido para conocer de la segunda instancia, incluido el recurso de súplica, que es parte integrante de la misma. De lo contrario, sería realmente paradojal y sorprendente que, quien fue juez en la primera instancia, lo sea del de la segunda, pese a que éste debe controlar lo decidido por aquél; es decir, que se torne en juez de su juez.

6º) Pero en la hipótesis que se estimare que el artículo 102, ordinal 2º, del C. C. A., invocado por el mismo doctor Betancur Jaramillo, no es aplicable al caso, el artículo 142, número 2, del Código de Procedimiento Civil., de conformidad con el artículo 282 de aquél, no deja ningún motivo de duda, al prescribir, entre las causales de impedimento y de recusación: "haber conocido del proceso, en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente". De manera que, según este precepto, en relación con la segunda instancia, el grado de consulta, los recursos de casación, revisión y súplica, es causal de impedimento "haber conocido del proceso en instancia anterior", como sucedió en este caso en el cual el doctor Betancur Jaramillo, como miembro del Tribunal Administrativo de Antioquia, conoció y decidió el juicio en la primera instancia.

En numerosos casos, que constituyen jurisprudencia, el Consejo de Estado ha llenado los vacíos del C. C. A. con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. En relación con los impedimentos, la Sección Primera, en providencias de fechas 13 y 16 de febrero, 2 de julio y 4 de octubre de 1976 admitió el impedimento de uno de sus miembros por amistad íntima con el apoderado de la parte demandante, con base en el artículo 142, número 9, del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 282 del C. C. A.

7º) Por último, cabe advertir que el régimen del recurso de súplica, prescrito por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, es excepcional y diferente: porque la misma norma dispone, en consideración a que el cambio de jurisprudencia, según el artículo 24 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964, es de su competencia, que el recurso de súplica se interpone y surte ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; porque se trata, en consecuencia, de un precepto muy claro, cuyo tenor literal, como dispone el artículo 27 del Código Civil, no se puede desconocer "a pretexto de consultar su espíritu", que atribuye competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que, al hacerlo, instituye una excepción a las reglas generales sobre causales de impedimento y recusación; porque, de lo contrario, desde el punto de vista lógico, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 le habría otorgado una competencia a la mencionada Sala, creando a la vez, contradictoria-

mente, por esto mismo, una causal de impedimento para aquéllos de sus miembros que profirieron la providencia que sea objeto del recurso de súplica; porque ello implicaría que, necesariamente, los recursos de súplica deben resolverse con el concurso de conjueces, los cuales inconstitucionalmente tendrían, en esta forma, funciones permanentes, de sustitución de los consejeros, impedidos por el hecho de serlos; porque el recurso de súplica, así tenga un carácter especial o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, mientras que en el caso que se resuelve el doctor Betancur Jaramillo conoció y decidió instancia diferente; y porque, si el recurso de súplica se debe resolver por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con base en norma legal expresa, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, este precepto, que por lo excepcional es de restrictiva interpretación, no puede hacerse extensivo al consejero que por haber proferido la providencia que se revisa y conocido, por ende, del juicio en la primera instancia, está impedido para revisarlo en la segunda, incluido el recurso de súplica, o mediante cualquier recurso extraordinario que, en la hipótesis, llegare a ser pertinente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, admite el impedimento manifestado por el señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, lo declara separado del conocimiento de este juicio y dispone el sorteo de conjuez que lo reemplace, en diligencia que se efectuará el día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta providencia, a las tres de la tarde.

Cópiese y notifíquese.

Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Arango Henao, (No asistió); *Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho R., Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Miguel Antonio Cárdenas, Humberto Mora Osejo, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya,* (Con Salvamento); *Carlos Aníbal Restrepo S.,* (No asistió); *Carlos Portocarrero Mutis,* (Con Salvamento); *Gustavo Salazar Tapiero,* (No Asistió); *Jorge Valencia Arango,* (Con Salvamento);

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente 10.125. Actor: María Ofelia y María Regina Toro Fernández. Recurso de súplica.

Por estar en un todo de acuerdo con las razones expuestas por el señor Consejero doctor Jorge Valencia Arango, me adhiero a su salvamento de voto.

Fecha ut supra.

Carlos Portocarrero Mutis

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 10.125. Actor: María Ofelia y María Regina Toro Fernández. Recurso de súplica.

1º) El apoderado de las señoras María Ofelia y María Regina Toro Fernández interpuso recurso de súplica contra la sentencia dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado y suscrita por los Consejeros Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Aníbal Restrepo y Rafael Tafur Herrán, por considerar que ella contraría la jurisprudencia uniforme y reiterada sostenida por esta misma Corporación.

2º) En el pronunciamiento de dicha providencia no ha intervenido en forma alguna el doctor Carlos Betancur Jaramillo y la súplica formulada está sustentada en la facultad que le otorga a los interesados el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

3º) El Código Contencioso Administrativo contiene normas específicas sobre las causales de impedimento y recusación de los Consejeros de Estado y de los Magistrados de los Tribunales Administrativos en su artículo 102 y en los siguientes fija el procedimiento que se debe cumplir en estos casos; lo que permite sostener que la materia está debidamente reglamentada y no existen vacíos a ese respecto en el mencionado Código.

Por lo tanto, el artículo 282 del mismo, no es aplicable para fijar criterio sobre este punto a la luz de las normas del Código de Procedimiento Civil.

4º) En el presente caso el doctor Betancur Jaramillo ni dictó el auto o providencia suplicada ni contribuyó a dictarla.

5º) El hecho de que el doctor Betancur Jaramillo haya contribuido a dictar la sentencia de primer grado en este negocio, no impide que habiendo ingresado como Consejero a esta Corporación, pueda entrar a examinar con los demás Consejeros la viabilidad del recurso de súplica contra el fallo de segunda instancia, para determinar si en éste se contrarió la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado; pues con ese criterio estarían impedidos con mayor razón los Consejeros que dictaron el fallo y que de acuerdo con jurisprudencia adoptada por la Sala Plena no lo están.

6º) Es por lo menos prematura la manifestación de impedimento que hace el doctor Betancur y en esta etapa procesal del recurso, la Sala no puede aceptarlo.

Las consideraciones anteriores son las que motivan el presente salvamento de voto y mi disentimiento con la ponencia adoptada por la mayoría de la Sala que respeto pero que no comparto.

Bogotá, D. E., septiembre 2 de 1977.

Bernardo Ortiz Amaya

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 10.125. Actor: María Ofelia y María Regina Toro Fernández.

Con todo respeto me aparto de la anterior providencia, por las siguientes razones:

1ª Toda la construcción jurídica que hace el citado proveído para organizar y reglamentar los impedimentos, esta basada en que **"el recurso de súplica prescrito por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, aunque excepcional o extraordinario es parte integrante de la segunda instancia, por apelación o consulta".**

Ello no es así. El mal denominado, por la ley, recurso de súplica, como recurso extraordinario de anulación, constituye una acción de naturaleza distinta a la hecha valer en el juicio, una pretensión con **petitum** y **causa petendi**, diferentes a la deducida en el juicio y da lugar a un juicio distinto a aquél en que la providencia acusada se profirió.

La diferencia entre los recursos ordinarios (medios de gravamen) y los extraordinarios (acciones de impugnación) ha sido establecida doctrinariamente, la ley no se ha ocupado de tal clasificación, por los más reputados tratadistas de Derecho Procesal.

Así, Guiussepe Chiovenda (Principios de Derecho Procesal. Tomo II, volumen II, pág. 416 y ss.) Piero Calamandrei, (La Casación Civil, Tomo II, página 229 y ss.). Manuel de la Plaza (Derecho Procesal, Tomo I, página 655 y ss.), Rafael da Pine (Derecho Procesal, página 260 y ss.) y Francisco Carnelutti (Sistemas de Derecho Procesal, Tomo III, página 620 y ss.), (Nuevo Proceso Civil Italiano página 416 y ss.) para no citar sino algunos de los más representativos de esta disciplina jurídica, en forma más o menos coincidentes señalan las siguientes diferencias:

1) Con los recursos ordinarios se puede denunciar cualquier vicio de la sentencia por el solo hecho de ser parte en el pleito o haber podido serlo, con los extraordinarios solo pueden denunciarse determinados vicios de la sentencia, taxativamente señalados por la ley y solo pueden utilizarse por las partes, y en determinadas condiciones, por los terceros.

2) Los ordinarios competen a las partes, por el solo hecho de resultar gravados con la sentencia; los extraordinarios, aunque exigen

interés jurídico para impugnarlos, no por ese solo hecho pueden ser utilizados, pues el recurso solo hace ente los vicios predeterminados en la ley.

3) El Juez que conoce del recurso ordinario tiene los mismos poderes y facultades del juez que pronunció la sentencia impugnada, procede **ex-novo**, con la única limitación de la **reformatio in-pejus** mientras que en los extraordinarios los poderes y facultades del juez o Tribunal que los decide, están limitados: a) Por las causales señaladas en la ley; y b) por los planteamientos del recurrente;

4) Los recursos ordinarios dan lugar a una fase instructora, con la misma o parecida amplitud de la primera instancia; los extraordinarios dan lugar, al menos inmediatamente, a un conocimiento más restringido que el precedente y que tiene un objeto diverso;

5) Los ordinarios se dirigen directamente a la sustitución de la providencia impugnada, sin indagar si la providencia debe rescindirse primero; establecido que el recurrente es hábil para interponer el recurso y que lo interpuso en tiempo contra la sentencia impugnable por ese medio, ya se sabe que habrá necesariamente, una sentencia sobre el fondo de la controversia, confirmatoria, reformatoria o revocatoria. En estos recursos no es que no exista **indicium rescindens** sino que está íntimamente unido, en un acto único, con el **indicium rescinsorium** y se sustituye la providencia impugnada (juicium rescinsorium) porque al mismo tiempo se rescinde (indicium rescindens). Se está en frente, pues, de una **rescisión libre o ilimitada**.

Los extraordinarios buscan la rescisión de la providencia impugnada, como fin directo y solo como consecuencia de ella, la sustitución de la misma; en estos casos el **indicium rescindens** y el **indicium rescinsorium** están separados (aún en la Casación sin reenvío), porque lo principal y directamente perseguido es la rescisión del acto acusado y únicamente consecuencia de este primer éxito del recurrente, se entra a sustituir o reemplazar la sentencia rescindida o anulada. Se está, pues, en frente de una **"rescisión limitada"**.

6) Los ordinarios atacan una providencia ineficaz, o, mejor, un proyecto de providencia. En efecto, los recursos ordinarios buscan la justicia y pertenecen al litigante por el solo hecho de ser parte y aparecer gravado con la decisión impugnada, lo que indica que el juicio no ha terminado y el derecho a recurrir aparece así, como una prolongación del derecho de acción, por una parte, y la injusticia que se hace valer como contenida en el fallo, muestra la sentencia como un fenómeno no querido por la ley, como acto distinto a aquél que debe contener la declaración de la voluntad concreta de la ley, es decir, la relación jurídica sustancial permanece viva, no ha sido decidida y la sentencia sujeta a gravamen nace a la vida jurídica como acto procesal "pendente conditione" su definitividad e inmutabilidad están sujetas a las resultas del recurso interpuesto o al transcurso inútil del tiempo hábil para interponerlo.

Por el contrario, el recurso extraordinario no procede sino cuando hay "vicios en la sentencia taxativamente enumerados en la ley", sin importar en sí misma la justicia o injusticia del fallo, sino únicamente su legalidad, precisamente valorada por la tarifa de errores que la hacen recurrible, lo que indica que dicha sentencia si contiene

la definitiva voluntad de la ley y ésta no puede desaparecer sino por medio de la rescisión del fallo acusado. La sentencia sujeta a recurso extraordinario, existe como acto jurídico procesal completo, poseedor de todos los requisitos condicionantes de su eficacia, aunque anulable, previa comparación de la existencia de los vicios, predeterminados por la ley, y obviamente, solo se anula lo que jurídicamente existe y es capaz de producir efectos, igualmente, jurídicos.

7) Luego, el recurso extraordinario implica una acción distinta a la conferida por el derecho material y que constituye el objeto del juicio, dicha acción tiene objeto distinto como que se dirige a atacar la sentencia, a rescindirla, a anularla, mediante el valimento de unos determinados vicios que son la **causa petendi**; de la anulación —**el petitum.**

8) Los medios de impugnación obedecen a una de dos finalidades: 1) Prevenir los vicios de juicio o actividad que hagan o puedan hacer injusta o ineficaz la sentencia, lo que se logra con los recursos ordinarios —prolongación del derecho de acción— y, obviamente, dentro del mismo proceso; y 2) Reprimir los vicios de juicio o actividad, cuando ya la decisión llamada a hacer tránsito de cosa juzgada ha sido dictada por haber surtido la única instancia o las dos previstas por la ley, mediante las causales predeterminadas por el derecho positivo y por tanto ya el remedio procesal no es posible dentro del mismo proceso, por lo que se acude a los recursos extraordinarios, cuyo objeto directo, ya se dijo, es la rescisión de la sentencia recurrida y no una nueva declaración jurisdiccional sobre la relación jurídica sustancial.

9) El recurso ordinario nació y se ha desarrollado en el campo procesal, no puede ser ejercitado, sino contra un pronunciamiento jurisdiccional, mientras que la acción de impugnación (recurso extraordinario), tanto sirve para invalidar una sentencia como un negocio jurídico, e inclusive, puede decirse que es un instituto transportado al proceso de conceptos propios del derecho sustancial; es la típica acción rescisoria.

10) Tanto el recurso ordinario como el extraordinario, dan lugar a un nuevo procedimiento, pero bien distinto en cada caso. El ordinario da lugar a una nueva fase o instancia dentro de un proceso todavía no agotado, en la cual se continúa el debate sobre la existencia de la misma voluntad de la ley que ha sido objeto de las precedentes fases procesales (la investigación de la pretensión frente a la ley que abstractamente la protege); el recurso extraordinario, en cambio, da lugar a un proceso nuevo, objeto del cual no es la constatación de la voluntad de la ley que fue ya objeto de la sentencia impugnada, sino la comprobación de una voluntad de la ley absolutamente nueva, de la cual deriva, a favor del impugnante, el derecho a obtener la invalidación de la sentencia por un vicio existente en la misma, incluído en la tarifa legal del recurso.

Como consecuencia de lo anterior, resulta:

a) El recurso extraordinario constituye una acción distinta fundamentalmente a la acción ejercitada en el juicio sobre el fondo del pleito, que da origen a un debate que no puede considerarse como una tercera (en el caso de la casación) o segunda (en el caso de la "súplica" analizada y en los de revisión) del proceso;

b) Como tal, tiene **causa petendi** distinta a la del juicio plenario: un vicio predeterminado por la ley y existente en la sentencia; **un petitum** distinto al alegado en el juicio de mérito: que se declara la invalidez del fallo acusado, que se anule total o parcialmente, y este **petitum** está íntimamente relacionado con el principio de la **"reformatio in pejus"** al cual puede renunciarse expresamente por el recurrente;

c) En el recurso extraordinario no hay pruebas, en su acepción técnica y legal —medios objeto de convicción pues la **comprobación** de vicios que afecta la sentencia, se hace por métodos comparativos, enfrentado el fallo con la ley para verificar si tal proveído judicial actualiza o concreta la hipótesis abstracta de la ley; que el vicio legalmente dosificado, sí existe en la sentencia;

d) El vicio que da lugar al recurso extraordinario, es siempre **violación de la ley**. Sin embargo, ésta que para el juez de instancia se da por sabida y exonera de prueba, en virtud de principio **"jura novit curia"** para el juez del recurso extraordinario constituye un hecho que debe demostrarse, no desde el punto de vista de la prueba inductivamente, sino en forma racional o lógica o por deducción;

e) Lógicamente, el memorial sustentatorio del recurso extraordinario, en este caso, el mal llamado de "SUPLICA", debe contener los requisitos de toda demanda: **causa petendi**, el vicio consistente en la violación del artículo 24 del Decreto 528 de 1964 y su comprobación deductiva demostrando el cambio de jurisprudencia, por la Sala o Sección respectiva o la contradicción de la doctrina del fallo con la sostenida por la Sala de lo Contencioso Administrativo; y el PETITUM, que se anule o rescinda el fallo acusado, y, en su lugar, se sustituya por otra sentencia que decida en ésta o tal forma, sus pretensiones;

f) Por tanto, la providencia que decide definitivamente un juicio de única instancia (el de la "súplica") y cuyo contenido ha de ser de **anulación** y **sustitución** o, por el contrario, de **confirmación**, únicas pretensiones posibles al recurrente en súplica, no puede ser sino una **sentencia**, a tenor del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil".

Por tanto, destruida la base de la argumentación, cae, igualmente, la conclusión que hace la providencia de la que me aparto.

2) Es argumento principal de tal proveído, el de que las causales de impedimento del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, son aplicables al proceso contencioso administrativo y que así lo ha resuelto la Sección Primera de esta Corporación.

Sin embargo, hasta donde llega mi conocimiento, la Sección Primera ha sentado la doctrina de que las causales de impedimento aplicables en estos procesos, son las indicadas en el artículo 102 del C. C. A., sin que haya vacío que llenar con auxilio del artículo 282 de este estatuto, recurriendo a las normas análogas del Código de Procedimiento Civil.

Lo que sí ha dicho y es bien distinto a lo que se afirma en la comentada providencia, es que si bien, las causales son las del C. C. A., cuando en ellas se hable de **"interés"** como él no está determinado en

este Código, precisa para interpretarlo, recurrir al interés determinado e individualizado en las causales del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil.

3) Por lo mismo, la causal 2ª del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, **no es aplicable**, en estos casos, pues el artículo 102 del C. C. A., ordinal 2º, trae la correspondiente circunstancia impeditiva, en forma que no es posible extenderla a situaciones no contempladas en ella: "Haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trata, o haber contribuido a dictarlos, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación".

4) Resulta, cuando menos, inexplicable, sostener que quien dictó la sentencia de primera instancia esté impedido para conocer del recurso extraordinario de súplica, que mira la legalidad del fallo de segunda instancia, y que NO LO ESTE quien dictó el fallo que es objeto preciso, directo, concreto e inmediato de tal recurso extraordinario, solo porque la ley dijo que de él conocería la Sala Plena de la Corporación, como si dicha Sala, formada por Conjueces, dejara de ser Sala Plena.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., septiembre 9 de 1977.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. — Artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Diferencia entre error judicial y cambio de jurisprudencia. Objeto del Recurso de súplica.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., septiembre ocho (8) de mil novecientos setenta y siete (1977).

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

Sesión del día septembre 6 de 1977.

Referencia: Expediente 10128. Actor: Laboratorios y Agencias Internacionales Ltda. LANTER.

La parte demandante en este proceso ha interpuesto el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de segunda instancia, proferida el 3 de junio de 1976 por la Sección 4ª de esta Corporación.

A continuación se enuncian los cargos sobre los cuales se fundamenta el recurso y se consignan las consideraciones de la Sala en relación con cada uno de ellos.

Primero. Sostiene el actor que la sentencia recurrida cambió la jurisprudencia sobre la "Reformatio In Peius" al hacer en la segunda instancia una liquidación del impuesto, desfavorable al apelante.

En el fallo de primera instancia se reconoció que la administración había proferido los actos acusados después de dos años de intentada la reclamación contra la liquidación del impuesto y, en tal virtud se procedió a practicar una nueva liquidación, por virtud de la cual se concretó la obligación tributaria así:

A cargo de la Sociedad Laboratorios y Agencias Internacionales Ltda.

Lanter. Nit 90.100.951	$	436.749.00
A cargo de la señorita Anita Vall de Juli de McGowan		564.399.00
A cargo de Richard Wall de Juli Nit. 80.101.569	$	1.152.157.00

Para la determinación de estos guarismos el Tribunal aplicó la tarifa ordinaria del Impuesto de Renta y Complementarios y no la tarifa única en razón de que "en el memorial de reclamación, no se hizo

alusión a la circunstancia de que Wall de Juli tuviesen su domicilio en el exterior.

El fallador de segunda instancia consideró bien aplicadas las disposiciones relativas al silencio administrativo con efectos positivos, pero no compartió el criterio del **"a quo"** en el cual fundó el rechazo de la pretensión sobre aplicación de la tarifa única del impuesto, pues estimó que la cuestión sí había sido propuesta en la vía gubernativa; pero al mismo tiempo consideró que los efectos de "la resolución tácita favorable no podían extenderse a la deducción por pago de regalías que alcanzó a la cantidad de $ 954.734.43 porque este punto sólo se propuso en memorial de apelación presentado para la segunda instancia gubernativa el 15 de diciembre de 1972" y de esta fecha, hasta la resolución definitiva no transcurrieron los dos años, señalados en la ley.

Además se expresó en el fallo recurrido en súplica, lo siguiente:

> "Independientemente del punto atinente al silencio debe advertirse que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo aunque las personas naturales y jurídicas residentes en el extranjero no estuvieran obligadas a declarar su renta y patrimonio y estuvieran sometidas a un impuesto único con retención en la fuente, en ningún caso ni la Ley ni la jurisprudencia reconocieron que existiera la prohibición de declarar como potestad utilizable por voluntad del contribuyente para que seleccionara el sistema más favorable. En el presente caso los dos contribuyentes presentaron declaración de renta y patrimonio y por tanto es correcta la decisión del Tribunal al hacer la liquidación según la tarifa ordinaria".

Sobre las bases indicadas se hizo en la sentencia la siguiente liquidación del impuesto:

Total a cargo de la Sociedad Laboratorios y Agencias	$	580.315.00
Total a cargo del socio Anita Vall de Juli		695.507.00
Total a cargo del socio Richard Wall de Juli	$	1.341.979.00

Sostiene el actor que, como en las Resoluciones acusadas se rechazó la pretensión relativa al reconocimiento de la deducción por concepto de Regalías en razón del incumplimiento de las exigencias previstas en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1366 de 1967 y 1971 (sic) "y como, además el Tribunal no estudió el fondo de esta petición, el Consejo de Estado sólo podía analizar, si con las pruebas anexadas se cumplieron los requisitos exigidos por los artículos citados y no la oportunidad de la presentación de tales pruebas, pues, "sería resolver un tema no planteado por las autoridades de impuestos, ni contemplado por el Honorable Tribunal, ni propuesto por la Sociedad". Agrega que, por virtud de la sentencia del Consejo y como consecuencia de lo anterior se "aumentó la base impositiva de los socios", "decidiendo un tema no tocado por el Tribunal ni objeto de la apelación que desmejoró la situación de los socios. En este caso también se modificó la jurisprudencia referente a la **reformatio in pejus**".

1) Recurso Extraordinario de Súplica.

Según el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 hay lugar al recurso extraordinario de súplica cuando en el auto o sentencia proferida por una de las Secciones del Consejo **"se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia"**. Por consiguiente la razón del recurso es la contradicción entre una nueva doctrina y otra anterior, consagrada como jurisprudencia de la Corporación.

En el caso de autos, se advierte, por la sola lectura de la sentencia, que ésta no contiene ninguna nueva elaboración doctrinaria sobre el fenómeno de la **"Reformatio in Pejus"** y, por lo tanto, no puede afirmarse que allí se acoja doctrina contraria a la contenida en el fallo que señala el recurrente (sentencia de febrero 19/75); por manera que aún dentro de la hipótesis de que ésta fuese la jurisprudencia del Consejo sobre la materia, no puede afirmarse que el fallo recurrido contenga una doctrina que pudiera contraponerse a esa presunta jurisprudencia.

De la simple confrontación entre el fallo citado por el actor y la sentencia pronunciada en este proceso, a lo sumo podría concluirse que, para el caso concreto, la Sección 4ª hubiese incurrido en un error judicial al pronunciar un fallo de segunda instancia que desmejorara la situación del apelante, sin que ese error pudiera estimarse como producto de una interpretación jurisdiccional opuesta a otra que se hubiese sustentado en fallo anterior.

Con el recurso de súplica se persigue evitar cambios de jurisprudencia que no emanen de la Sala Plena, a fin de mantener una cierta unidad doctrinaria; en manera alguna el legislador pretendió instituir con él, un medio ordinario de impugnación para controvertir aspectos propios de una instancia jurisdiccional, como sería el de enmendar errores de la decisión, como pretende precisamente el actor en el caso de autos, dadas las circunstancias de que se ha hecho mérito.

2) Competencia total para revisar el proceso cuando además de la Apelación procede la Consulta.

Pero si no fuera suficiente la consideración que antecede es pertinente advertir que la doctrina contenida en la sentencia señalada por el recurrente no constituye la jurisprudencia de la Corporación en la referida materia. Lo que allí se expresa en relación con la **"reformatio in pejus"** es un punto de vista en cierta forma insólito, pues frente a él podrían aducirse innumerables sentencias del Consejo y de la propia Sección Cuarta, en las cuales se sostiene que cuando, además de la apelación procede la consulta, la "competencia para revisar el proceso es total sin que el juzgador quede limitado a las peticiones del apelante, ni se configure el fenómeno jurídico de la **"reformatio in pejus..."** (Sentencia de octubre 7 de 1976 — Expediente 3254).

En sentencia del 29 de mayo de 1946 (Anales Tomo LVI pág. 444) había expresado el Consejo:

> "Aunque la Resolución del Ministerio de Guerra ha venido al Consejo en apelación, es lo cierto que impone obligaciones a car-

go de la Caja de Sueldos de Retiro, 'que es persona administrativa de carácter nacional' (artículo 159, Ley 167 de 1941 in fine). Dicha Resolución hubiera, pues, venido a esta Corporación de todos modos en grado de consulta. Por tanto, el Consejo a pesar de que el recurso de alzada debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable al apelante, tiene en este caso jurisdicción para revocar el acto recurrido, como habrá de hacerlo, aun en aquella parte que favorece al Capitán Moncayo e impone una obligación ilegal a la Caja de Sueldos de Retiro: la de pagar $ 5.544 moneda legal a Moncayo como indemnización por la invalidez que se ha hecho mérito. La misma razón que hay para revocar el acto acusado en cuanto perjudica al recurrente, obra también para revocarlo en cuanto lo favorece con detrimento de la Caja de Sueldos de Retiro. Si, como lo estima el Consejo, el hecho de ser reservado el Decreto 1680 de 1942, lo hace inaplicable en contra de los particulares, la circunstancia de exceder dicho Decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales como la referida Caja de Sueldos de Retiro".

En sentencia del 29 de agosto de 1974 (expediente 2573), se dijo:

"La demandante apeló pero no expuso los motivos de su inconformidad y el doctor Solanilla Nieto, Fiscal 3º del Consejo, recomendó confirmar la decisión del Tribunal para no hacerle más gravosa su situación al recurrente, ya que el asunto no es susceptible de consulta, por cuanto no se ordenó en la primera instancia restitución de impuestos en cantidad igual o superior a dos mil pesos".

La misma doctrina quedó consignada en fallos del 5 de agosto de 1975 (expediente 2729), de julio 10 de 1975 (expediente 3079) y de abril 18 de 1976 (expediente 3461), con lo cual queda demostrado que esta es la jurisprudencia del Consejo, anterior y posterior a la sentencia suplicada y a la que aduce el actor en el memorial del recurso.

En tal virtud, el cargo que se examina no podrá prosperar, pues no aparece contradicción doctrinaria entre el fallo impugnado y la tesis consignada en las decisiones ya indicadas, cuya reiteración pone de manifiesto que constituye la verdadera jurisprudencia sobre esta materia.

3) Vía Gubernativa. Proceso Administrativo y competencia del Consejo de Estado sobre el tema planteado en el recurso.

2. El actor afirma que la Sección Cuarta de esta Corporación desconoció la doctrina jurisprudencial contenida en fallo del 17 de julio de 1975 (expediente 3295). Consejero ponente doctor Lleras), del cual transcribe el siguiente aparte:

"Ya que en la vía administrativa, y en la jurisdiccional, si se interpone recurso de apelación, éste no puede transformarse en consulta porque esta es instancia supletoria de la apelación y nunca sustitutiva, de modo tal que la consulta no puede concebirse sino cuando el interesado acepte lo resuelto en la primera decisión. Si apela es porque no lo acepta. Los términos de esta alternativa no dependen de la cuantía del asunto que esté debatiéndose, sino muy

directamente de la voluntad del actor o de cualquiera de quienes intervengan en el proceso, puesto que si por la naturaleza del asunto la ley admite el recurso de apelación, y se interpone y se concede, el funcionario de segunda instancia carece de competencia para tramitar y resolver como si se tratara de consulta.

"Parece evidentemente que la irregularidad en la tramitación del recurso en la vía gubernativa es causal de nulidad y habiéndola pedido, el Honorable Tribunal ha debido declararla. No obstante, no habiéndola declarado y habiendo el interesado consentido en la sentencia, la nulidad quedó saneada por voluntad de la misma persona que la impetró y entonces el fallo ahora consultado no puede revisarse ahora por este aspecto". (Subrayas fuera del texto).

Hace consistir la contradicción jurisprudencial en lo siguiente: La Sociedad demandante solicitó en la vía gubernativa que se le reconociera una deducción por concepto de regalías, en cuantía de $ 954.734.43. La administración no accedió a ese reconocimiento porque no se cumplieron las exigencias previstas en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1366 de 1967 y el Tribunal no estudió el fondo de esa petición por lo cual, el Consejo de Estado, al revisar la sentencia del inferior, únicamente podía examinar si, con las pruebas anexadas en un memorial adicional al reclamo, se habían cumplido los requisitos señalados en los mencionados artículos no podía pronunciarse sobre la oportunidad de la presentación de tales pruebas "pues sería resolver sobre un tema no planteado por las autoridades de impuestos, ni contemplado por el Tribunal, ni planteado por la sociedad".

A juicio de la Sala el razonamiento del actor se sustenta sobre una premisa equivocada, que consiste en confundir el **tema planteado** con las razones que adujo la administración para no acceder a la pretensión del contribuyente. Lo que éste pretendió en la vía gubernativa fue **el reconocimiento de una deducción, en la cuantía indicada** y las autoridades de impuestos no accedieron a ella con fundamento en una razón. El Tribunal, sin hacer un examen sobre la cuestión aceptó el reconocimiento de la deducción, y como en este punto la decisión del **"a quo"** era favorable a la Sociedad, ésta no apeló. Pero como quiera que además de admitir el proceso el recurso de alzada, era revisable en su totalidad por razón de la consulta, según jurisprudencia que ya se mencionó, es evidente que el Consejo de Estado tenía competencia para examinar lo relativo a la deducción para revocar lo resuelto por el inferior, pues, además el punto había sido materia decidida en la vía administrativa. Cosa diferente son las razones que se hubieren aducido en la vía administrativa, pues si el juzgador advierte que la decisión administrativa halla sustento en disposiciones diferentes es obvio que la pretensión del demandante no pueda prosperar con fundamento en tales disposiciones, sino en las que el juzgador considere pertinentes.

3. Afirma el recurrente:

"Por otra parte, mientras las autoridades de impuestos mantienen la decisión de aplicar la tarifa progresiva sólo por considerar que la actividad económica de los socios era permanente en Colombia, a última hora el fallo suplicado cambia las reglas del juego exponiendo como motivo, para hacer la liquidación se-

gún la tarifa normal, que los dos contribuyentes presentaron declaración de renta y que no existe prohibición legal para hacerlo voluntariamente. Así, hubo un similar cambio de jurisprudencia al demostrado en el caso de la sociedad, violándose así (sic) el principio de defensa que rige para los casos de dos instancias".

Se aduce como jurisprudencia contrariada, el siguiente aparte de la Sentencia de marzo 9 de 1972 (Ref: 1955), con ponencia del Consejero doctor Lleras Pizarro:

"El proceso gubernativo tiene por fin discutir la liquidación oficial, la espontánea o la de revisión en cuanto a sus valores y a sus fundamentos. Los errores que pueden corregir los funcionarios que conozcan de los reclamos, no pueden ser sino los que estén en discusión. Condenar al contribuyente en providencia de última instancia por motivos no discutidos durante el proceso es arbitrario en cuanto excede de las competencias de la Ley".

A la transcripción precedente, agrega el actor:

"Si así se califica ese tipo de actos del Gobierno, de igual manera, o más severamente debe hacerse respecto de los jurisdiccionales".

La Sala considera que en el caso propuesto no es pertinente ningún comentario sobre el alcance del párrafo que transcribe el recurrente, distinto al de que, según se expresa allí mismo, lo dicho en esa sentencia se refiere a la vía gubernativa en materia de impuestos. En lo atinente al proceso contencioso administrativo de revisión de la operación administrativa correspondiente, la jurisprudencia constante del Consejo se ha expresado en el sentido de que la decisión jurisdiccional ha de circunscribirse, en primer término, a las pretensiones formuladas en la demanda, las cuales no pueden abarcar materia que no se hubieren planteado en la etapa gubernativa. En cuanto a la segunda instancia del proceso ya se indicó cuál es la jurisprudencia del Consejo, cuando simultáneamente se revisa la sentencia de un Tribunal por apelación y por consulta, como es el caso de este proceso. Uno de los aspectos planteados por el reclamante en la vía administrativa fue el de la aplicación de la tarifa única, a lo cual no accedió la administración por la razón que se aduce en las resoluciones correspondientes. El Tribunal halló bien aplicada la tarifa ordinaria, aunque por razón diferente y el Consejo de Estado también consideró bien aplicada esa tarifa por razón, distinta a las anteriores.

Resulta, pues, evidente que el tema de la aplicación de la tarifa ordinaria fue planteado en la etapa gubernativa, lo cual permitió al actor formular esa pretensión en la demanda ante el Tribunal; no obstante el **"a quo"** estimó que ese punto no había sido objeto de discusión en la vía administrativa y en esa razón fundó su negativa a la aplicación de la tarifa única para personas domiciliadas fuera del país. Por último el Consejo no compartió esta apreciación del inferior, como quedó dicho antes, pero consideró bien aplicada la tarifa ordinaria porque los contribuyentes habían optado por ella al hacer su declaración de renta.

Si además se tiene en cuenta que el Consejo revisó la sentencia del Tribunal, tanto por el recurso de apelación, como por la consulta que procedía de acuerdo con la ley, es claro que el tema de aplicación de la tarifa era materia sobre la cual debía pronunciarse el fallo de segunda instancia en un sentido o en otro, favorable o desfavorable a las pretensiones del actor y que la circunstancia de una decisión desfavorable, con fundamento en razones diversas a las aducidas por el **"a quo"** no solamente no es contraria a la jurisprudencia del Consejo, sino que constituye cabal aplicación de la misma.

4) Impuesto único de Retención en la Fuente.

B. Sostiene el recurrente que el fallo suplicado cambió la jurisprudencia sobre el impuesto único para personas domiciliadas fuera del país y sobre la aplicación de la tarifa normal para esas mismas personas que voluntariamente presenten declaración de renta. Al efecto aduce las siguientes sentencias: de 30 de octubre de 1969, de agosto 6 y 13 de 1970 y de noviembre 4 de 1971.

La Sala después de un cuidadoso examen de los diferentes fallos pronunciados sobre esta materia ha llegado a la conclusión de que la jurisprudencia actual de la Sección Cuarta está consignada en las siguientes providencias: Sentencia del 18 de julio de 1974 — Expediente 2689. Consejero ponente doctor Lleras Pizarro; Sentencia de julio 4 de 1975, Expediente 3043 y Sentencia de julio 10 de 1975, Expediente 2668.

En esas sentencias se expresa que, si en verdad las personas naturales residentes en el exterior están incluidas dentro del sistema del impuesto único con retención en la fuente y sin obligación de denunciar los bienes y rentas, sin embargo ello no significa que no puedan optar por la declaración de su renta, caso en el cual, se les aplicará la tarifa ordinaria, abonándoles lo pagado como retención en la fuente.

En la sentencia del 18 de julio de 1974 se dice:

> "Si al dictar ese estatuto el gobierno excedió o no las facultades que le confirió la ley no ha sido materia de controversia ni en el presente ni en los anteriores procesos ni la Corte ha declarado inexequibles los preceptos en que se fundan las doctrinas del Consejo. Importa repetir que fue el gobierno, por medio de un decreto ley, el que decidió que las personas naturales residentes en el extranjero, de nacionalidad colombiana, estaban incluidas dentro del sistema de impuesto único con retención en la fuente y sin obligación de presentar denuncia de bienes y rentas. Se advierte, sin embargo, que el estar exentas tales personas de aquellas obligaciones no significa que les esté prohibido presentar la declaración de renta y patrimonio e inclusive la liquidación privada del impuesto, caso en el cual lo que se les haya retenido en la fuente se tendrá como buena cuenta de lo que resulten deber, bien para abonar o bien para devolver la diferencia".

En la sentencia de 4 de julio de 1975, se dice:

> "En cuanto a la inconformidad del demandante con la liquidación del Tribunal, la razón es más frágil. Ciertamente que según

la inmodificación doctrina del Consejo fundada en disposiciones legales de vigencia hoy desaparecida, las personas sin domicilio permanente en Colombia no estaban obligadas a declarar renta y patrimonio y su impuesto que debía retenerse en la fuente, obedecía a tasa fija que fue del doce por ciento para el año que ahora se discute. Pero es igualmente cierto que ni la ley ni, (sic) por tanto, las doctrinas del Consejo, afirmaron jamás que tales personas estaban impedidas para hacer sus declaraciones. Al contrario, se les reconoció el derecho de optar por una u otra vía. En el presente caso la demandante declaró como cualquiera de los contribuyentes residentes en el país y agregó, para evitar equívocos, liquidación privada cuidadosamente preparada de acuerdo con sus convicciones tributarias que respecto de sus bienes y rentas no eran las mismas de la administración de impuestos. Además al tenor del reclamo presentado al Gobierno, folio 34 y siguientes del cuaderno de antecedentes, la aspiración del contribuyente, muy amplia por cierto, coincidió con las cifras de la mentada liquidación privada. Y este primer documento, el del reclamo, que no puede aspirar a más de lo confesado en la declaración inmodificada, constituye el marco que permite formar la resolución tácita. Marco del cual no puede salirse ni la parte interesada, ni la administración ni el juez".

En la sentencia de 10 de julio de 1975 se expresa:

"Pero en este proceso carece de importancia resolver si la sociedad actora debía o no presentar declaración de renta, puesto que la presentó, en atención a que cuando esto ocurrió estaba vigente la norma que así lo imponía y si bien después el Consejo la anuló los efectos de la sentencia son hacia el futuro, quedando vigentes los actos individuales consumados en el tiempo anterior. Además, 'porque ni la ley ni la jurisprudencia del Consejo afirmaron jamás que tales personas estaban impedidas para hacer sus declaraciones. Al contrario, se les reconoció el derecho de optar por una u otra vía'. (Expediente Nº 3043, sentencia de 4 de julio de 1975, ponente doctor Miguel Lleras)".

En el fallo recurrido en súplica se reitera esta doctrina, en los términos de la transcripción que se hizo en la página 3ª de este fallo y con base en ella se hace la liquidación del impuesto de los socios Vall de Juli.

Conclúyese de lo anterior, que tampoco aparece fundado el cargo propuesto.

En razón de las consideraciones que anteceden el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara infundado el recurso interpuesto.

Previa ejecutoria devuélvase el expediente a la Sección Cuarta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Miguel Lleras Pizarro, Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, (No Asistió); *Osvaldo Abello Noguera,* (No Asistió); *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Antonio Cárdenas, Nemesio Camacho Rodríguez, Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya,* (No Asistió); *Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Portocarrero Mutis,* (No Asistió); *Humberto Mora Osejo,* (No Asistió); *Ignacio Reyes Posada, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

JURISPRUDENCIA. — Decisión de la Sala Plena respecto al concepto de jurisprudencia y lo que debe entenderse por tal, en relación con lo establecido por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., agosto diez de mil novecientos setenta y siete.

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Aníbal Restrepo S.**)

Referencia: Radicación Número 10107. Recurso de Súplica. Actor: Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla.

El apoderado del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" interpone el Recurso de Súplica para ante la Sala Plena, contra la sentencia de 12 de julio de 1976, que accedió a las pretensiones contenidas en la demanda iniciada por la Lonja Propiedad Raíz de Barranquilla, acogiéndose a lo dispuesto por la Ley 11 de 1975.

El demandante invoca como jurisprudencia contrariada la contenida en la sentencia de 24 de mayo de 1973. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, con ponencia del doctor Alfonso Arango Henao.

El pretendido recurso lo establece la norma invocada en estos términos:

"Artículo 2º Habrá Recurso de Súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictada por una de las Secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna **jurisprudencia**". (Subrayas de la Sala).

Siguiendo las normas generales de hermenéutica para la Sala debe entenderse por jurisprudencia, palabra que se ha subrayado en el texto de la Ley, lo que tiene definido el Reglamento de esta Corporación en estos términos:

"Artículo 13. Para efectos del artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto".

De tal suerte que, ante la claridad de las normas legal y estatutarias que se han dejado transcritas, debe concluirse, necesariamente, que no se está cambiando una jurisprudencia, sino simplemente se han sustentado, en el mejor de los casos, criterios diferentes en el fallo de 24 de mayo de 1973 y el que ahora se pretende suplicar.

A pesar de que el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 11 invocada, dice que "En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada", lo dicho anteriormente, indica que deben citarse, cuando menos, dos fallos acordes para entender que existe jurisprudencia del Consejo de Estado, según se ha visto.

Pero a pesar de esta omisión de forma, cabe expresar, como fundamento de la decisión que se tomará, que el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado considera como jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un punto de derecho. Pero, en este caso, en una parte, fuera de la sentencia de 24 de mayo de 1973 no se ha proferido otra decisión igual a la invocada.

Lo expuesto, es suficiente para declarar infundado el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada.

Por lo tanto, 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección Primera.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sesión verificada el día dos (2) de agosto de mil novecientos setenta y siete (1977).

Miguel Lleras Pizarro, Carlos Aníbal Restrepo S., Alfonso Arango Henao, (No Asistió); *Osvaldo Abello Noguera, Nemesio Camacho Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Antonio Cárdenas V., Jorge Dávila Hernández,* (No Asistió); *Humberto Mora Osejo,* (Salvó Voto); *Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez,* (No Asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Carlos Portocarrero Mutis, Gustavo Salazar Tapiero, Jorge Valencia Arango,* (Salvó Voto); *Carlos Betancur Jaramillo.*

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 10.107. Actor: Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla.

Con todo respeto me separo de la anterior decisión, mayoritariamente acordada, por las razones que sintetizo a continuación:

a) Es base fundamental del fallo anterior, la de que para que pueda hablarse de jurisprudencia del Consejo de Estado, se requieren, por lo menos, dos decisiones uniformes sobre el respectivo punto jurídico, por aplicación del artículo 13 del Reglamento interno de la Corporación;

b) El artículo 2º de la Ley 11 de 1975, expresamente dice que en el escrito en que se interponga el recurso de súplica, "se indicará precisamente la providencia en donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada", lo que claramente indica que basta una providencia para que exista jurisprudencia;

c) "Jurisprudencia", viene de **"juris prudente"**, **"juris dictio"**, "decir el derecho", que es precisamente la función del Juez. Basta, pues que haya interpretación de la ley en un fallo judicial, para que exista jurisprudencia, lo que está totalmente de acuerdo con el texto claro, expreso, inequívoco del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, cuya literalidad no puede desatenderse so pretexto de consultar su espíritu;

d) La tesis mayoritaria, permite llegar al absurdo de que acogida por la Sala Plena una determinada tesis jurisprudencial en un caso dado, el mismo día o al día siguiente, las distintas Secciones de la Corporación sostengan en sus fallos tesis contrarias, con el argumento de que aún no hay jurisprudencia;

e) El artículo 13 del Reglamento, implica una reglamentación del artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964 y, por lo mismo, resulta ineficaz, por inconstitucional, como que la ley solo puede ser reglamentada por el Gobierno, al tenor del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política.

Jorge Valencia Arango

Bogotá, D. E., agosto 16 de 1977.

SALVEDAD DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 10.107. Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla.

La mayoría declaró infundado el recurso de súplica porque estimó que, según el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, el recurrente debió indicar por lo menos dos providencias en las cuales se exponga la jurisprudencia que se reputa contrariada. Pero que, como se ha expedido una sentencia igual a la proferida el 24 de mayo de 1973, invocada como fundamento del recurso, la del 12 de julio de 1976 no implica cambio de jurisprudencia.

No comparto el criterio de la mayoría por lo siguiente:

1º) El recurso de súplica está regulado específicamente por el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, cuyo inciso 2º prescribe, con absoluta claridad, que el recurrente debe indicar "precisamente **la providencia** en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada" (subrayo). De manera que es claro que el precepto transcrito sólo exige que se indique una "providencia".

2º) El artículo 2º de la Ley 11 de 1975 regula un procedimiento jurisdiccional. Por lo mismo, ni aún en caso de duda, sería aplicable el artículo 13 del reglamento del Consejo de Estado porque, si lo fuere, violaría el artículo 141, ordinal 3º, de la Constitución según el cual el Consejo de Estado ejerce, entre otras atribuciones, la de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, "conforme a las reglas que señale la ley", no el reglamento de esta Corporación que, como ella así lo ha entendido, sólo regula su funcionamiento interno.

3º) Por consiguiente, la Sala debió confrontar la sentencia proferida por la Sección Primera el 12 de julio de 1976, objeto del recurso de súplica, con la doctrina expuesta en la del 24 de mayo de 1973, invocada como contrariada, para deducir de ese cotejo si hubo o no cambio de jurisprudencia.

4º) Además, la mayoría declaró que "no prospera el recurso de súplica", como una decisión de fondo o de mérito, por un motivo procesal que, según el criterio que sustenta, lógicamente debió inducirla a abstenerse de examinarlo, a saber: que el recurrente no invocó la jurisprudencia expuesta en dos sino **en una sola providencia.** Afirma oficiosamente, sin que esto fuera pertinente, que no se ha dictado otra

igual, pero de ello no hay prueba en los autos, pues el Relator sólo informó que, a su juicio, "la jurisprudencia sobre potestad reglamentaria, en lo tocante con el punto debatido, que comparte la providencia citada por el recurrente, no ha sido modificada con posterioridad".

Humberto Mora Osejo

Bogotá, D. E., 17 de agosto de 1977.

STATUS DE PENSIONADO. — Este se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación antes dicha.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., noviembre dieciséis de 1977.

(Consejero ponente: **Doctor Miguel Lleras Pizarro**)

Referencia: Radicación número 10.254. Recurso extraordinario de súplica de la Ley 11 de 1975 respecto de sentencia pronunciada por la sección segunda el 4 de agosto de 1977. Demandante: Hernando Gómez Mejía. Recurrente: Caja Nacional de Previsión.

El 26 de septiembre de 1975 el Tribunal de Cundinamarca declaró nulas las Resoluciones número J-61-38 de 31 de octubre de 1973, número J-00087 de 16 de abril de 1974 de la Dirección de la Seccional Especial de Cundinamarca y la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión Social respectivamente, por medio de las cuales se negó al actor el reajuste de la pensión jubilatoria de que viene disfrutando. El resumen de toda la controversia está contenido en los siguientes apartes del fallo de primera instancia:

"La Caja Nacional de Previsión, por medio de los actos enjuiciados, negó el reajuste de la pensión jubilatoria del doctor Hernando Gómez Mejía, por estimar que el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto 446 de 23 de marzo de 1972 no es aplicable al actor, pues dicha norma establece tal aumento en las pensiones únicamente para aquellas personas que adquieran el status de pensionado en 1972. Considera la Institución de Previsión Social que tal calidad se viene a obtener cuando la persona ha demostrado el retiro de la administración pública.

"El artículo 1º del Decreto en mención ordenó un reajuste en las pensiones de jubilación, invalidez y vejez para los servidores de la Nación como para las sustituciones pensionales del sector público nacional, a partir del 1º de abril de 1973 y mediante su artículo 3º fijó pautas para llevar a cabo el mismo. Quedaron excluidos de tal beneficio los pensionados a que se refiere el artículo 4º del Decreto 435 de 1971, es decir, el personal militar y de la Policía Nacional, el de maestros en cuanto a la pensión complementaria que reciban por los departamentos o municipios y el de los Ferrocarriles Nacionales, siem-

pre y cuando haya obtenido un reajuste por convención colectiva y que éste sea más favorable.

"El ordinal 3º del Decreto que se comenta consagró un reajuste del 10% para aquellas personas que hubieren adquirido el estado de pensionado durante el año de 1972. Quiénes adquieren tal calidad en 1972, para tener derecho a dicho beneficio? Cuándo la entidad oficial encargada de atender la pensión reconoce ésta? Cuándo el ex-servidor del Estado se retira de la administración pública y entra a disfrutar de la pensión? O cuándo la persona reúne los requisitos exigidos por la Ley, de 20 años de servicio y 50 años si es mujer o 55 si es varón, para causarse el derecho a la pensión jubilatoria?

"No puede sostenerse válidamente que tal condición viene a presentarse cuando la entidad de previsión social reconoce la prestación social por el acto administrativo correspondiente, pues este último tiene un carácter declarativo de dicho estado de pensionado y no constitutivo de un derecho; éste ya existía cuando los dos requisitos se han llenado, la edad y el tiempo mínimo; el titular de la pensión jubilatoria tiene una acreencia a su favor, se encuentra en una situación jurídica concreta, individual, un derecho que queda amparado por el artículo 30 de la Carta Fundamental que garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las normas legales, en el sentido de no poder ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores; se está en presencia de una pensión causada o consumada que debe ser respetada. El acto que la otorga tan solo se limita a reconocer la existencia de ese derecho, de ese bien que ingresa al patrimonio del beneficiario. Y tan cierto es ello que la prestación en comentario debe reconocerse a partir de la fecha en que se cumplen los dos requisitos y no de la fecha del acto".

La sección segunda confirmó por análogas razones de las que se transcribe lo siguiente:

"La resolución que reconoce la pensión no crea el derecho realmente sino que declara el status de pensionado del beneficiario. Y no es necesario entrar en mayores disquisiciones para reconocerle el derecho al doctor Gómez Mejía, ante la claridad de lo dispuesto en el Decreto 446 de 1973, pues, se repite, el retiro del cargo no puede considerarse como un elemento integrante, constitutivo o necesario para adquirir el statús de pensionado, porque ese retiro es apenas secuela lógica de ese status, es requisito necesario para entrar al disfrute de la pensión.

"Si lo dicho careciera de fundamento jurídico, pues el Legislador no hubiera consagrado en la Ley 12 de 1975 para el cónyuge supérstite a la compañera permanente y los hijos menores o inválidos de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público que falleciere antes de cumplir la edad cronológica pero completara el tiempo de servicios, el derecho a la pensión de jubilación de éste".

En cinco muy apretadas páginas el apoderado de la Caja después de citar muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sin transcribirlas, y de mencionar varias veces una sentencia del 8 de julio de 1959 del Consejo de Estado, pretende en alegación propia de instancia, demostrar que se violó la doctrina jurisprudencial del Consejo en la

que se hace la distinción entre status de pensionado y status de jubilado.

Las sentencias de 11 de junio de 1977 con ponencia del doctor Carlos Aníbal Restrepo y de 27 de julio de 1976 con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, que en copias obran en los autos, se contiene doctrina completamente diferente a la que se pretende demostrar como violada.

La sentencia objeto del recurso mantiene la jurisprudencia como puede leerse de los siguientes apartes del citado fallo de 27 de julio de 1976:

"La controversia sobre la cual versa el presente juicio, se refiere a la interpretación que debe darse a la denominación 'status de pensionado', para los efectos del reajuste establecido por medio del Decreto 446 de 1973, pues, de un lado, la Caja Nacional de Previsión sostiene en la providencia impugnada, que este derecho sólo se configura cuando se cumplen los requisitos de la edad, tiempo de servicios y el hecho de estar disfrutando el funcionario de la respectiva pensión, mientras que el actor afirma que dicho 'status' se adquiere solamente cuando se han satisfecho los dos primeros eventos antes mencionados.

"Ya en anteriores ocasiones al resolverse asuntos similares al **sub lite** 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 la de 11 de junio de 1977 se lee:

"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 reúnan 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 de 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 ocasiones al resolverse asuntos similares al sub lite, 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 consecuencia el Consejo de Estado en Sala Plena

Resuelve:

No prospera el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese. Cúmplase.

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

Alfonso Arango Henao, (No Asistió); *Osvaldo Abello Noguera, Samuel Buitrago Hurtado, Nemesio Camacho Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Humberto Mora Osejo, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez. Carlos Portocarrero Mutis, Alvaro Pérez Vives,* (No Asistió); *Ignacio Reyes Posada, Gustavo Salazar Tapiero.*

Jorge Valencia Arango, Miguel Lleras Pizarro.

Camilo Vargas Ayala, Secretario.

TITULO X

CUESTIONES PROCESALES

NULIDAD DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS. — Aplicación de la causal de nulidad prevista en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. No contemplada en el artículo 113 del C. C. A. por adelantarse el proceso después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción como la enfermedad grave del apoderado de la parte actora.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis (26) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Alvaro Orejuela Gómez**)

Referencia: Juicio Nº 0565.

El apoderado del señor GUSTAVO ARDILA RAMIREZ, interpuso recurso de súplica contra la providencia del 13 de julio del corriente año, proferida por el Consejero Sustanciador del negocio, mediante la cual "se desecha la nulidad" solicitada en memorial que obra a folios 43 y 44 del expediente, por considerar que "las nulidades en el Procedimiento Administrativo son taxativas según el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, y lo planteado por el señor apoderado del demandante no está incluido dentro de las mencionadas por dicho artículo".

Para resolver se considera

De conformidad con el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil "el proceso es nulo cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo".

La anterior nulidad puede alegarse antes de dictar sentencia o durante la actuación posterior a ésta y la solicitud se tramita como incidente, de acuerdo con lo que estatuye el artículo 154 del mismo Código. Igualmente, es causal de interrupción del proceso la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes.

En el caso de autos el Consejero Sustanciador desechó la nulidad solicitada por el apoderado de la parte actora, quien alegó enfermedad grave, como causal de interrupción del juicio. Sobre este aspecto la Sala de Decisión considera que aunque en el artículo 113 del Código

Contencioso Administrativo se señalan las causales de nulidad en los procesos contencioso administrativos, ello no significa que cuando se presentan situaciones no contempladas en dicha norma, no pueda acudirse a las del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra otros casos de nulidad, entre ellos, el planteado por el apoderado del demandante en el escrito a que se hizo referencia.

Si ello no fuera así podría configurarse una situación irregular en los eventos en que se produzca, debidamente comprobada por los medios legales, la enfermedad del apoderado de alguna de las partes, y no hubiese manera de suspender el proceso o anular la actuación anterior, a partir de la fecha de la enfermedad, por no poderse acudir a las disposiciones del Procedimiento Civil, o por no estar contemplada taxativamente esa causal en el Código Contencioso Administrativo, siendo que las normas de aquel estatuto, como lo ordena el artículo 282 **ibídem**, son aplicables a los juicios contencioso administrativos.

Por lo anteriormente expuesto, habrá de revocarse el auto suplicado y en su lugar disponer que por el Consejero Sustanciador se resuelva la nulidad impetrada, teniendo en cuenta las pruebas que se hayan aportado al efecto y previo el trámite del incidente respectivo, según lo prescrito en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, la Sala de Decisión, de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

Resuelve:

Revócase el auto suplicado de fecha 13 de julio de 1977, y en su lugar se ordena que por el Consejero Sustanciador se resuelva la nulidad propuesta por el apoderado de la parte actora, de acuerdo con lo expresado en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen.

Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INTERVENCION DE TERCEROS. — En proceso de plena jurisdicción la Sociedad interviniente podrá cumplir los actos procesales permitidos a la demandante, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos setenta y siete (1977).

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**)

Referencia: Expediente Nº 1857. Actor: Sociedad Construcciones Saab Limitada.

Para resolver sobre el recurso de súplica interpuesto por el INCORA contra el auto de 24 de marzo del presente año, por medio del cual se acepta la coadyuvancia presentada por la Compañía de Seguros Colombia S. A. en el asunto de la referencia, se considera:

En el proceso contencioso administrativo la intervención de terceros está regulada, aunque esquemáticamente, por el artículo 89 del C. C. A. Pese a ello la jurisprudencia ha ampliado algo sus términos y en ocasiones ha sostenido que esa intervención puede ser tanto de partes principales como de simples adherentes o partes secundarias. Con todo, la orientación en el segundo sentido ha sido más marcada.

La norma en cuestión permite que esa intervención se produzca tanto en el contencioso de anulación como en el de plena jurisdicción, pero con las precisiones que se enuncian a continuación: mientras en el proceso de anulación cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para impugnar o coadyuvar la demanda, sin tener que demostrar para el efecto ningún interés especial y bastándole sólo el de la simple legalidad que se presume en toda persona, en el de plena jurisdicción sólo se reconoce ese derecho a intervenir a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio; en otras palabras, a quien sea titular de un derecho subjetivo o de un derecho reflejo vulnerado por el acto.

Importa para el caso la segunda posibilidad, dada la petición concreta formulada por la firma aseguradora y por tratarse precisamente de un proceso de plena jurisdicción instaurado contra el acto administrativo expedido por el INCORA y en el cual resulta comprometida su responsabilidad contractual como garante.

El interés para intervenir resulta obvio, toda vez que la ejecutoria del acto de caducidad implicaría para la Compañía de Seguros la obligación de pagar las garantías otorgadas.

El hecho de que esta misma sociedad haya podido demandar independientemente el acto administrativo como parte directamente afectada con la medida, no le quita fundamento a la coadyuvancia pretendida y antes, por el contrario, muestra inequívocamente el interés para hacerlo. Y tampoco puede sostenerse que por el hecho de no haber demandado la Compañía de Seguros como parte principal ya no pueda hacerlo como coadyuvante, porque las oportunidades para una y otra intervención son diferentes. Mientras la que instaura la acción tiene que someterse a los términos de caducidad, la coadyuvancia o la impugnación no tienen limitación temporal ya que esa intervención puede hacerse en toda la extensión del proceso, encuéntrase éste en la primera o segunda instancia. Con la salvedad, sí, de que la interviniente toma el proceso en el estado en que esté cuando se le acepte como parte.

Y esta coadyuvancia en la forma pretendida, que puede calificarse como meramente adhesiva o secundaria, encuentra su justificación en el hecho de que si bien los efectos jurídicos de la sentencia no se salen de las partes en contienda (la contratista y la administración) la aseguradora puede resultar afectada desfavorablemente si aquélla es vencida.

En tales condiciones la sociedad interviniente podrá cumplir los actos procesales permitidos a la demandante, en cuanto no estén en oposición con los de ésta, y no impliquen disposición del derecho en litigio.

La relación sustancial que exige la ley entre la firma contratante que se presenta como parte actora y la Compañía de Seguros Colombia está plenamente acreditada en el proceso, ya que ésta otorgó las pólizas de cumplimiento exigidas para la celebración del contrato.

Por lo expuesto, la Sección III. Sala de Decisión, confirma el auto de 24 de marzo del presente año dictado por el doctor Abello Noguera y por medio del cual se acepta la coadyuvancia de la Compañía de Seguros Colombia S. A., en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Discutido y aprobado en reunión efectuada el día 17 de noviembre del presente año.

Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango, (No asistió con excusa).

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTIA. — La Ley 22 de 1977. Competencia del Consejo de Estado. Principio procesal de la inalterabilidad de la competencia del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil.

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

(Consejero ponente: **Doctor Jorge Valencia Arango**)

Referencia: Expediente Nº 2164. Actor: Compañía de Seguros Patria S. A.

El presente negocio había pasado al despacho del señor Agente del Ministerio Público, para concepto de fondo, pero el señor Fiscal consideró que la Corporación perdió competencia para seguir conociendo de él, desde el 1º de junio de 1977 en que entró en vigencia la Ley 22 del año en curso, que modificó la competencia por razón de la cuantía y solicita, consecuencialmente, que se envíe al Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente, donde debe ser tramitado en primera instancia.

Los argumentos de la Fiscalía, pueden resumirse, así:

a) Que en vigencia del artículo 20 del Decreto Ley 528 de 1964, el Consejo de Estado conocía de las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un Establecimiento Público del orden nacional, cuando la cuantía era o excedía de $ 100.000 en única instancia y, en segunda de los atribuidos en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, por el artículo 32 del mismo Decreto es decir, cuando la cuantía era o excedía de $ 30.000.00 sin llegar a $ 100.000.00;

b) Que las anteriores cuantías fueron triplicadas por el artículo 12 de la Ley 22 de 1977, en forma que los Tribunales Administrativos conocen hoy en primera instancia de las controversias contractuales cuya cuantía sea o exceda de noventa mil pesos sin llegar a $ 300.000.00, de los cuales conoce en segundo grado el Consejo de Estado y, en única instancia de las que sobrepasen los $ 300.000.00;

c) Que las pretensiones deducidas en el libelo inicial del litigio se contraen a la suma de $ 144.600.00, por la que corresponde, por competencia, al Tribunal Administrativo;

d) Que por ser la Ley 22 de 1977, norma concerniente a la "sustanciación y ritualidad de los juicios", debe aplicarse a todos los procesos en curso al momento de entrar en vigencia dicha ley, en cumplimiento del artículo 40 de la Ley 153 de 1887;

e) Que el principio de la **"perpetuatio jurisdictionis"**, consagrado por el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, tiene que ceder ante la nueva ley, que, por lo mismo, resulta de aplicación inmediata.

Para resolver se considera

1) Efectivamente, la competencia, por razón de la cuantía, fue modificada a partir del 1º de junio de 1977, por la Ley 22 de 1977, tanto para el Consejo de Estado como para los Tribunales Administrativos.

2) Pero, para decidir sobre su aplicación a los procesos que se encontraban en curso al momento de entrar en vigencia la nueva ley, resulta irrelevante la cita del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que se refiere a leyes reguladoras de la "sustanciación y ritualidad de los juicios" llamadas antiguamente "adjetivas" o "formales" y hoy simplemente "instrumentales" o "procesales", bien distintas a las normas positivas que estructuran los organismos jurisdiccionales y fijan su competencia, las cuales, de antaño, han sido calificadas por la misma Corte Suprema de Justicia, como normas "sustantivas" o "sustanciales" para todos los efectos casacionales, inclusive.

3) El principio procesal de la "inalterabilidad de la competencia", sentado primeramente por la doctrina y acogido por el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, nuevo tiene toda su vigencia, frente a la Ley 22 de 1977, por no haber previsto esta ley, nada en contra de aquel principio.

4) En efecto, el artículo 21, consagra el aludido principio, inclusive, frente a los fueros nacidos de la calidad de las partes, prevalente en nuestro Código de Procedimiento, con la sola excepción de los Agentes Diplomáticos.

Y en relación con la cuantía, indica que la competencia, por tal factor, se determina al momento de la presentación de la demanda y no se modifica, sino en juicios de sucesión, por efecto de los inventarios, y en los negocios tramitados ante Juez Municipal, por causa de demanda de reconvención o de acumulación de procesos o de demanda ejecutiva, con lo que se acogieron principios consagrados desde 1940 en el Código de Procedimiento Civil Italiano y que igualmente, acoge el Proyecto de Código de Procedimiento Laboral presentado a las Cámaras en 1970.

5) Obvio, que el principio comentado, contenido en el artículo 21, citado, puede ser desconocido por la ley nueva, que al respecto, puede disponer la aplicación de sus previsiones sobre competencias, a los procesos en curso, pues, "ley mata ley", pero nada dijo al respecto la Ley 22 de 1977 y ello es suficiente para que resulte aplicable al artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, por mandato del artículo 282 del C. C. A.

6) Por lo demás, vale la pena observar que lo que la Ley 22 de 1977 hace es actualizar las cuantías vigentes desde 1964, en consideración a la permanente devaluación monetaria, fenómeno exactamente contemplado por el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, como de aquéllos que carecen de eficacia para modificar competencia por razón de la cuantía, pues, de otra manera, el solo transcurso del tiempo haría incompetente al juez que lo era al momento de la admisión del libelo.

Las breves consideraciones anteriores, son suficientes para declarar que sigue siendo competente el Consejo de Estado para conocer del presente negocio.

En firme este proveído, vuelvan los autos al señor Agente del Ministerio Público para que rinda su concepto de fondo.

Cópiese. Notifíquese. Cúmplase. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Jorge Valencia Arango,

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

Páginas

ABANDONO ADMINISTRATIVO O DE HECHO

En este caso no cabe la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa.— Responsabilidad del Fondo Rotatorio de Aduanas. Obvio que aquí se trata de abandono administrativo o de hecho, es decir, no precedido de voluntad expresa y por escrito del abandono a que se refieren a los Arts. 188 y 191 de la Ley 179 de 1931, en cuyo caso la propiedad pasa al Gobierno, sino al abandono que se presume legalmente por el vencimiento de los plazos para presentar la documentación necesaria para la nacionalización por la falta de pago de los derechos fiscales a efecto de consumar dicha nacionalización, que es la regulada, como se vio, por el Art. 85 de la misma ley. Tampoco se trata del decomiso de mercancía, regulado como pena por el delito de contrabando en el Art. 13 del Código de Procedimiento Aduanero (Decreto Ley 955 de 1970), caso en el cual la propiedad pasa, igualmente, al Estado. Ya se vio, se repite, que aquí se contempla el caso del abandono administrativo y así lo declaró la Resolución 0095 de abril 29 de 1972, acto administrativo definitorio, en firme, no impugnada y, por el contrario, citado como fundamento de las pretensiones deducidas en este juicio. Por tanto, la venta en pública subasta, la liquidación y deducción de las sumas causadas a cargo del importador y el pago a éste del saldo líquido que quedara, constituyen actos de ejecución u operaciones administrativas de ejecución, liquidación y pago, las que deben cumplir en virtud del acto administrativo que los ordenó y decidió sobre el abandono. Pues bien, el Fondo Rotatorio de Aduanas, recibe el saldo líquido el 14 de diciembre de 1972, del Banco Popular, del valor del remate, deducidos sus derechos y para tal fecha, ya se había hecho la liquidación de los impuestos, gastos y tasas a cargo del importador. Pero sólo el 2 de julio de 1973, el importador, por medio de apoderado y con la prueba de la existencia y representación de la sociedad comercial interesada, eleva solicitud de entrega del saldo a su favor. No había nada que decidir, simplemente ordenar la entrega de lo que nadie discutía como propiedad de dicho peticionario y sin embargo, solo en 1977 se agregan los proyectos de acuerdo resolviendo la petición, primer intento en cuatro años, de hacer algo referente al cumplimiento de las delicadas funciones de la Administración. La falla de la Administración en la operación comentada, es ostensible y de ahí que haya de despacharse desfavorablemente la ex-

Páginas

cepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto no es un acto administrativo el cuestionado sino una falla del servicio, por omisión, en el desarrollo de una operación administrativa, cuya legalidad se discute directamente ante la jurisdicción contencioso-admnistrativa a fin de decidir sobre la indemnización de perjuicios que es la pretensión, conducente y fue la deducida en este juicio. (Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Exp. 1797. Actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria). 281

2. ABOGACIA

Prueba de la calidad de abogado cuando ésta se exige para desempeñar en propiedad determinados cargos. (Decreto Legislativo 250 de 1970 Art. 21). El Decreto Legislativo número 250 de 1970 denominado "Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público", dice en su artículo 21, cómo se prueba la calidad de abogado, cuando ésta se exige para desempeñar en propiedad determinados cargos, y en cuanto a la demostración de dicho ejercicio ordena que "se podrá comprobar con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas, en cargo público o privado". Para la Sala esta disposición legal define qué se entiende por ejercicio de la abogacía al señalar que es lo que debe probarse para demostrarlo. Si "el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas, en cargos públicos o privados" constituye ejercicio de la abogacía, no existe la menor duda que la documentación aportada por la doctora Samper Rodríguez indica que ha ejercido la abogacía por más de cinco años porque los cargos desempeñados como Abogada Asistente del Consejo de Estado y Asesora Jurídica del Instituto de Crédito Territorial se relacionan obviamente, con dicho ejercicio como exige el precitado artículo 21 del Decreto 250 de 1970. Cabe anotar que la Sala, por iniciativa del señor Consejero Jorge Valencia Arango, se ocupó de la presunta inconstitucionalidad del artículo 21 del nombrado Decreto 250 de 1970 con apoyo en el cual como se dijo anteriormente la doctora María Eugenia Samper demuestra reunir las calidades para ser confirmada como Magistrada. El Consejo con la sola salvedad del voto del señor Consejero Valencia Arango encontró que las razones aducidas son muy discutibles en orden a sustentar dicha inconstitucionalidad que permitan la inaplicación del tal precepto por la vía de la excepción, toda vez que desarrolla la noción de ejercicio de la abogacía que consigna el artículo 155 de la Carta, concepto que el constituyente no desarrolla. Estas y otras razones que no son del caso señalar en esta oportunidad, llevan al Consejo a aplicar la disposición de que se trata el presente caso, como lo ha venido haciendo en el pasado, en espera de que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre la materia, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Codificación Constitucional. (Auto de 13 de septiembre de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Magistrado ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango). 220

Páginas

3. ACCION

No es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el carácter de la pretensión, sino los motivos o finalidades que se persiga con ésta. La orientación jurisprudencial del Consejo cambió sustancialmente en virtud de la sentencia proferida el 10 de agosto de 1961 (Anales T. LXIII Nos. 392 a 396), en donde se sostiene que no es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el carácter de la pretensión, *sino los motivos o finalidades que se persigan con ésta*: cuando se busca únicamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta y por ende, el sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo, la pretensión es de nulidad; cuando el móvil directo del actor es la tutela de un derecho particular que ha sido lesionado por el acto, la pretensión es de plena jurisdicción. Agrega la jurisprudencia que cuando se demanda la nulidad de un acto de contenido general, se presume que el fin del actor es obtener la tutela del orden jurídico objetivo; pero que cuando el acto impugnado es de contenido particular "el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona". De donde se infiere que en ese caso es preciso escrutar el móvil del actor mediante la interpretación de su demanda para determinar la naturaleza de la pretensión formulada y, para el efecto, señala el siguiente criterio: "Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona. Cuando se utiliza el Contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1ª. Sentencia de Nov. 24 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Municipio de Soledad Exp. 2505). .. 473

4. ACCION CULTURAL POPULAR. ACPO

Su fundación y constitución, su objeto, su finalidad, voluntad de los fundadores.— Al folio 114 obra el Acta de Fundación de "Acción

Cultural Popular" suscrita el 13 de octubre de 1949 por el Obispo de Tunja Monseñor Crisanto Luque, el coordinador de Acción Social Nacional Padre Vicente Andrade Valderrama, el Coordinador de Acción Social de Tunja, Padre Jorge Monastoque y el Padre Joaquín Salcedo "en su carácter de director de las Escuelas Radiofónicas Culturales de la población de Sutatenza, el Señor Canónigo Felipe Santiago Cuervo y el Doctor Abraham Fernández de Soto. Con excepción del ordinario de la Diócesis, que, al tenor de las leyes civiles y canónicas (artículos 25 y 26 Ley 57 de 1887 Cánones 197, 397, 532, 534, 1530, 1532) lleva la representación legal de la Iglesia en su Jurisdicción, es preciso entender que el Padre Andrade, el Padre Monastoque y el Padre Salcedo, así como Monseñor Cuervo y el doctor Fernández de Soto obraban en nombre propio, pues ni la Acción Social Nacional, ni la Diocesana, ni las Escuelas Radiofónicas eran personas jurídicas que pudieran ser representadas. En la referida acta de fundación y en los estatutos aprobados y suscritos por las mismas personas se expresa que se funda y constituye una Corporación, cuyos corporados serán de dos clases, unos con la denominación de miembros fundadores por haber contribuido a la construcción de los edificios destinados al teatro y a los transmisores radiales en Sutatenza y a la adquisición de éstos y de sus repuestos y, otros, que se designan como miembros ordinarios en virtud de afiliación por razón de aportes o donaciones posteriores (Estatutos fl. 107). En el acta de fundación y en los estatutos se instituyó una Junta Directiva integrada por las mismas personas que suscribieron ese documento y que aprobaron los estatutos. En estos últimos se prescribió que correspondería a dicha Junta, no sólo el Gobierno de la Institución, sino también el atributo fundamental de "Elaborar y aprobar la reforma de los estatutos". Se determinó que el Presidente de la Junta sería el representante legal de la Entidad y asumió esta función el prelado Diocesano de Tunja. En el acta de fundación se dijo que la Entidad tendría como fin trabajar por la cultura del pueblo, utilizando especialmente el invento de la radiodifusión y los otros medios culturales que están a su alcance y cuya jurisdicción es todo el territorio de la República. En los estatutos se prescribe que "El objeto de la Corporación es trabajar por la cultura del pueblo utilizando especialmente el invento de la radiodifusión para llevar el nivel religioso, moral, cívico y educacional del campesinado, de acuerdo con las normas sociales del Catolicismo y los otros medios culturales como el cine, el teatro, etc. (Art. 3º). En el artículo siguiente se agrega que "De acuerdo con los fines expresados anteriormente establecerá escuelas radiofónicas en cualquier lugar de la República y fundará los institutos necesarios para la adecuada preparación de maestros auxiliares radiofónicos. También podrá establecer teatros y demás instituciones que sirvan para tal fin". Se advierte *prima facie* una manifiesta falta de claridad en los términos del acta fundacional y de los estatutos. Las seis personas que concurren a la constitución de la Entidad, la denominan Corporación y por ministerio de su exclusiva voluntad pretenden vincular como miembros a todas las personas que hubieren contribuido a la adquisición de los bienes que forman el patrimonio de la Entidad, sin que se conozca quiénes son esas personas, ni se aduzca ningún título para representarlas. Lo anterior

permite concluir que en estricta realidad, los fundadores de la institución sólo fueron las seis personas que se han enumerado, lo cual concuerda con la declaración de Monseñor Jorge Monastoque Valere visible al fl. 36 vto. De estas pruebas se colige que los bienes asignados como patrimonio de la Entidad constituida en 1949, fueron el resultado de la acción promotora del Padre Salcedo, en su calidad de Párroco coadjutor de Sutatenza, quien mediante la colaboración de los feligreses a través de pequeñas contribuciones en dinero, formó un patrimonio representado en bienes raíces, y equipo de radiodifusión al cual se sumó una licencia para el funcionamiento de la estación radiofónica de Sutatenza. Dada la calidad del Padre Salcedo coadjutor de la parroquia, es evidente que el titular del dominio de esos bienes era la propia parroquia de Sutatenza y que, por lo tanto, la única persona habilitada para disponer de ellos era el prelado de la Diócesis de Tunja (Artículo 25 Ley 57 de 1887 Cánones 197, 329, 198, 532, 534, 1530 y 1532), quien al participar en el acta constitutiva y expresar su voluntad en la forma ya dicha, realizó una destinación o afectación de dichos bienes a la realización del fin o del objeto previsto para "Acción Cultural Popular", como persona jurídica. No obstante la denominación que se emplea y, algunas cláusulas, como la relativa a la disolución que no concuerda con la naturaleza de la fundación, pero que debe interpretarse en función del conjunto de la voluntad expresada sobre la intangibilidad del fin propuesto, se infiere de todo lo anterior que el verdadero propósito consagrado en los actos constitutivos fue instituir una fundación. Así las cosas, la facultad de disponer la disolución debe interpretarse restrictivamente y, por ende, entenderse limitada a situaciones originadas en factores externos que, con características de fuerza mayor, hicieran imposible la realización del fin. Entendida así la voluntad de los fundadores es preciso concluir que, a pesar de la facultad de reforma de los estatutos, la Junta Directiva integrada por los propios fundadores está obligada a respetar la intangibilidad del fin señalado y de los bienes afectados, así como la naturaleza misma de la entidad creada. La Sala concluye que "Acción Cultural Popular ACPO" es una fundación; sin embargo, ello no despeja totalmente la solución del problema que se debate, porque ni a la luz del derecho positivo colombiano, ni del derecho comparado es admisible la tesis de la demanda según la cual los fundadores como tales, conservan un atributo indefinido de modificar la voluntad expresada por ellos en los actos fundacionales. Ya quedó demostrado atrás, como una vez reconocida, por el acto del Poder Público la existencia jurídica de la Fundación, aquella voluntad es absolutamente irrevocable. De no ser así, no podría concebirse la institución como una auténtica persona jurídica, que aunque heteronómica en su origen adquiere por la creación, plena autonomía para su funcionamiento y desarrollo. Pero sin perjuicio de lo anterior, es preciso tener en cuenta que en el caso *sub judice* se da un fenómeno que tiene bastante relievancia jurídica y que se deriva de la circunstancia de que los fundadores asumieron la calidad de Junta Directiva e instituyeron a ese órgano del cual formarían parte, como la máxima autoridad de la fundación, con facultades para reformar los estatutos. En estas condiciones, los

Páginas

fundadores ya no como tales, sino como poder constituido de la institución quedaron habilitados para modificar su estructura instrumental y todas aquellas materias de los estatutos que no afecten la naturaleza de la institución, ni sustituyan su finalidad específica ni impliquen una variación en la destinación de los bienes, ni conlleven la extinción de la persona jurídica. Si la Junta Directiva es como ya se ha dicho un órgano institucional, ha de entenderse que su poder de reforma está limitado a las materias que no alteren lo esencial de la voluntad primigenia. La Constitución Nacional tiene previsto, en relación con las fundaciones un régimen especial de inspección y vigilancia de la autoridad pública para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que *en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores*". Por consiguiente cuando se somete a su aprobación la reforma de estatutos de una entidad de esta naturaleza, la autoridad, después de verificar que no son contrarios a la moral o al orden legal (Artículo 44 de la C. N.) debe verificar también, si se conforman en lo esencial con la voluntad del fundador, y, en caso de que ello no ocurra, deben negarle su aprobación. En el caso *sub judice* la Gobernación de Boyacá no hizo la confrontación necesaria con la voluntad original de los fundadores, sino con unos estatutos anteriores que desconocían aquélla, con el resultado ya dicho de revocar la aprobación impartida, para revivir un régimen contrario a la voluntad original que, obligatoriamente debía tutelar de manera preferente, con lo cual se incurrió en violación del precepto contenido en el artículo 120 Nº 19 de la Constitución Nacional. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley Falla: Declárase la nulidad de la Resolución Nº 775 de 1975 (Diciembre 19) proferida por el Gobernador de Boyacá. En consecuencia la Resolución Nº 692 de 1975, dictada por la misma Gobernación, recobra la plenitud de sus efectos. (Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Acción Cultural Popular. Exp. 2425. Autoridades Departamentales). 429

5. ACCION DE REVISION DE LIQUIDACION DEFINITIVA DE IMPUESTOS

Su naturaleza.— Debe agotarse la vía gubernativa. Solicitud de nulidad de la ordenanza núm. 3 de 1972 de la Asamblea del Valle y del Decreto 1703 de 1972 dictado por el Gobernador de ese Departamento. "A) *Naturaleza de la acción.*— Es bien sabido que el Código Contencioso Administrativo consagra las dos acciones clásicas: la de *nulidad* y la de *plena jurisdicción*; que la primera es pública y por medio de ella se busca la tutela del orden jurídico abstracto sin límite en el tiempo y el juicio culmina con sentencia que produce efectos *erga omnes*, y que la segunda es privada y persigue el restablecimiento de derechos individuales conculcados por actos, hechos u operaciones de la administración con término perentorio de caducidad y el fallo que se dicte en el proceso tiene efectos *interpartes*. Pero también contempla la ley otras acciones con modalidades

especiales, entre ellas la de *revisión de la operación de liquidación definitiva de impuestos* que sólo se puede ejercer por el contribuyente dentro del término de tres meses para obtener la declaración de que no está obligado a pagar los gravámenes o se haga una nueva liquidación y se ordene la devolución de las sumas cubiertas en exceso. "De manera que tratándose de impuestos Nacionales, Departamentales o Municipales, determinados mediante una operación administrativa individualizada, la acción procedente para lograr el restablecimiento del derecho: exoneración de pago total o parcial y devolución de las sumas cubiertas por el contribuyente, es la consagrada en el título 4º, Capítulo 23 de la Ley 167 de 1941. Esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto, ordena el artículo 272 y el siguiente dispone: 'Si la Ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter nacional, departamental, o municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso administrativo cuando se hubieren agotado aquellos recursos. Sólo entonces la liquidación tendrá carácter de definitivo, y los tres meses de que habla el artículo anterior empezarán a contarse desde la fecha de ejecutoria de la última decisión'. "El Consejo de Estado —Sección Cuarta— ha expresado con indudable acierto: " 'Todas las causales de nulidad que determinan la invalidez de los actos administrativos, son valederas dentro del juicio de revisión de impuestos, y el agotamiento de la vía gubernativa para poder recurrir ante la jurisdicción es necesario que se cumpla. Pero es posible que, por fallas del contribuyente dicho agotamiento no se haya consumado o que por faltas en el procedimiento aplicado por parte de la Administración, al tramitar los reclamos correspondientes, la decisión está viciada de nulidad. " 'En el primer caso, el pronunciamiento jurisdiccional no puede producirse pues la parte interesada no ha agotado debidamente la vía gubernativa. En el segundo caso la decisión tomada por la Administración, está naturalmente viciada de nulidad y puede obtenerse la declaración correspondiente recurriendo en la oportunidad debida, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. " 'Pero además, en cuanto se trate de obtener la nulidad de un acto que decida sobre un impuesto definitivamente liquidado, la acción correspondiente tiene que ejercitarse ante la autoridad competente para ello, de acuerdo con lo previsto en materia de cuantías y negocios por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964. " 'No puede por lo tanto establecerse una dicotomía en el procedimiento, para escoger arbitrariamente el tipo de acción que se ejercita y la clase de juez que debe decidir el problema, pues en esa forma se rompería todo el sistema procesal consagrado en la ley, en función de la clase de acto que se acusa, la competencia para conocer de él, las causales de su nulidad y los términos perentorios dentro de los cuales debe ejercitarse la acción correspondiente'. "La Fiscalía está de acuerdo con el demandante en cuanto afirma que la Ordenanza Nº 3 de 1972 estableció como derechos de monopolio un gravamen sobre la venta del alcohol impotable, equivalente al 20% del precio de venta al consumidor, impuesto que se causa en el momento de salir el alcohol de la fábrica,

laboratorio, ingenio o destilería y debe ser recaudado dentro de los tres días siguientes a la compra venta'. Así se deduce, ciertamente, de los términos del acto general dictado por la Asamblea Departamental del Valle, y también de las disposiciones reglamentarias, expedidas por el Gobernador del Departamento mediante el Decreto 1703 de 1972. "Pero de esa premisa se desprende que la administración, para ejecutar las disposiciones objetivas, debe realizar una serie de actos que culminan en la liquidación del gravamen, es decir, una operación administrativa y que el contribuyente puede impugnar ante las autoridades gubernativas mediante la interposición de los recursos legales, según el procedimiento establecido en el Decreto 2733 de 1959 si es que las Ordenanzas departamentales no han establecido reglas especiales en el asunto de su competencia, para abrir la vía jurisdiccional después de ejecutoriada la última decisión. "El demandante, en el caso estudiado, no se preocupó de la operación administrativa de liquidación de los impuestos denominados 'Derechos de monopolio'. No objetó los actos administrativos de las autoridades departamentales encargadas de liquidar y recaudar el valor equivalente al 20% del precio de venta al consumidor de cada litro o fracción del alcohol impotable producido. No agotó la vía gubernativa para poder demandar ante los Tribunales contenciosos en ejercicio de la acción especial consagrada en la Ley 167 de 1941. Acudió al Tribunal Administrativo del Valle en demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho, con invocación de lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley y presentó, para respaldar su solicitud de indemnización de perjuicios, varias liquidaciones comunicadas a Ingenio Riopaila e Ingenio Meléndez (Cuaderno 1, fls. 8-9-10-11 y 25 a 30) pero, dicho sea de paso, sin la demostración de pago correspondiente pues los recibos anexados al libelo y que figuran a folios 12 y 13, en fotocopia sin autenticar, se refieren a la cancelación de impuestos sobre las ventas durante los meses de septiembre a diciembre de 1972, antes de la expedición de los actos acusados". "La Ordenanza Departamental, como norma abstracta, creadora de un impuesto, amparada con la presunción de legalidad y obligatoria mientras no haya sido anulada o suspendida por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según mandato constitucional, constituye la base de la operación administrativa de liquidación del gravamen, que es, como ha dicho el Consejo, 'la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho'. Esa norma general puede ser impugnada sin límite en el tiempo, por cualquier persona en ejercicio de la acción de nulidad, como contraria a un precepto de superior jerarquía y para preservar el orden jurídico. Pero si se ha creado una situación individual, subjetiva, y existe, por tanto, un interés particular vinculado a la supuesta violación del ordenamiento legal, no es procedente el ejercicio de la acción de nulidad y la pretensión indirecta del reconocimiento de una indemnización por la vía de la plena jurisdicción, sin atacar previamente, por medio de los recursos gubernativos, la operación administrativa correspondiente, porque la ley ha establecido, como presupuesto indispensable, el agotamiento de la vía gubernativa para acudir luego a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción especial de revisión de impuestos. "Como antes se anotó, el autor de la demanda, en representación

de varias empresas supuestamente afectadas con las operaciones administrativas de liquidación del impuesto creado por la Ordenanza Nº 3 de 1972 y reglamentado por el Decreto 1703 de 1972, no impugnó la 'serie de decisiones concatenadas que encajan dentro de la concepción del acto administrativo complejo', no agotó la vía gubernativa, sino que, so pretexto de restaurar el orden jurídico perturbado por las normas abstractas y someter a la administración al imperio del derecho objetivo, solicitó la declaración de nulidad del acto expedido por la Asamblea del Valle y el reglamento dictado por el Gobernador del Departamento y pidió, también *'el restablecimiento de los derechos lesionados'* y la condena al Departamento del Valle del Cauca a *pagar* a las sociedades *'los perjuicios de todo orden que la vigencia de los actos cuya nulidad de mando les puedan causar en el supuesto de que tales actos produzcan efectos antes de que se decrete la suspensión provisional'*. "El Tribunal Administrativo no estudió el aspecto relativo a la procedencia de la acción instaurada. No consideró los motivos y finalidades y en el fallo se limitó, simplemente, a informar que en sentencia de 26 de enero de 1976 declaró la nulidad de la Ordenanza Nº 3 de diciembre 1º de 1972 y del Decreto Nº 1703 de 28 de diciembre de 1972, para ordenar 'estese a lo resuelto', y, sin análisis alguno sobre la petición de condena al pago de perjuicios inciertos y, por consiguiente, no comprobados resolvió *declarar al Departamento del Valle del Cauca administrativamente responsable de los perjuicios que le haya podido ocasionar a las sociedades:* Ingenio Riopaila Limitada, Manuelita S. A., Ingenio Providencia S. A., e Ingenio Meléndez S. A. *con la aplicación de los actos administrativos acusados cuya nulidad se ha proferido.* Esta decisión es, francamente, inexplicabe. "B) *Acumulación de pretensiones. Acumulación de procesos. Procesos conexos, competencia.* Otro aspecto importante, que el Tribunal Administrativo no consideró, es el relacionado con la reunión, en la demanda, de las pretensiones de cuatro empresas distintas. "Giuseppe Chiovenda ha señalado: 'Todas las causas que podrían unirse, de ser propuestas por separado, pueden, por regla general, proponerse al mismo tiempo, de una vez; y todas las causas que hubieran podido promoverse de una vez pueden, *a fortiori, acumularse,* si han sido propuestas por separado. La unión puede tener lugar cuando las causas penden o podrían proponerse *ante el mismo juez,* y pueden tener lugar cuando las causas penden o podrían proponerse *ante jueces distintos.* Sólo en este segundo caso es cuando se nos presenta la cuestión de la competencia' (Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. II, Madrid 1954, pág. 258). "Varios procesos pueden ser propuestos simultáneamente o unirse después cuando son *conexos* y esto ocurre si es común alguno de los elementos de la demanda; *personas, res, causa petendi.* Pero se debe anotar, con el autor citado antes, que el simple elemento *subjetivo común* no basta para que aparezca la conexidad en sentido propio: 'las causas, en este caso, podrán proponerse unidas o unirse después de iniciadas, pero sólo por el principio de la economía de los juicios y sin desplazamiento de competencia, mientras que la acumulación de causas conexas en virtud del *objeto* o del *título* está determinada no sólo por el citado principio, sino por la necesidad de evitar fallos contradictorios, y la exigencia de la acumulación llega en este caso

hasta producir cambios en la competencia" (Ob. cit. pág. 259). "El problema del desplazamiento de competencia como resultado de la conexión, especialmente cuando ésta se determina por el criterio *objetivo* o sea por la *materia* o el *valor,* se ha resuelto por la doctrina, cuando a este último, con un sencillo principio: los *límites objetivos de la competencia por la cuantía son siempre absolutos para lo más, no siempre para lo menos* y esto quiere decir que el Juez de Superior categoría se puede convertir en competente para conocer de causas que por razón de la cuantía corresponden al inferior, pero éste no puede adquirir competencia para conocer de causas que por razón de la cuantía corresponden al superior. "Nuestro sistema procesal civil permite al demandante la acumulación de varias pretensiones en una misma demanda, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el Juez sea competente para conocer de todas; pero es posible acumular pretensiones de menor cuantía a otras de mayor valor. 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Y también autoriza la acumulación, en una demanda, de las *'pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados siempre que provenga de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros'* (C. de P. C. Art. 82). "Nuestro régimen procesal contencioso administrativo, aparte de la *coadyuvancia* que autoriza el Art. 89 de la Ley 167 de 1941 y de la *reunión de juicios* electorales que contempla el capítulo XX, no contiene reglas positivas sobre la acumulación de pretensiones. Pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 282 es posible la aplicación supletoria de las normas del procedimiento civil 'en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso adminstrativo'. "Veamos, pues, si es pertinente la acumulación de pretensiones, según las reglas que antes subrayamos contenidas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, respecto de los actos de contenido y concreto por medio de los cuales se liquidan impuestos a diferentes personas. "Es indudable que para determinar los impuestos a cada persona obligada a cubrirlos de acuerdo con las normas que los han establecido, las autoridades administrativas cumplen una actuación compleja que conforma, como se ha visto antes, una operación administrativa creadora de una situación jurídica individual. "Esas diversas relaciones jurídicas pueden nacer en diferentes momentos, y, según las circunstancias especiales, en cada caso concreto, surgir o no el derecho de acción y, aún en el supuesto afirmativo, presentar disímiles modalidades en cuanto al objeto. "Respecto a la causa o razón de la pretensión —no del acto— el concepto es complejo. Como ha dicho Chiovenda, 'la acción se individualiza y se identifica mediante los elementos de hecho que han convertido en concreta la voluntad de la ley y no por la norma abstracta de ley', y la *causa petendi* se deduce de la afirmación: de la existencia de una relación jurídica, del hecho particular que en el ámbito de dicha relación hace nacer el derecho individual y del hecho del que surge el interés en obrar. "Si se piensa en esos elementos que integran el

Páginas

concepto de causa y se relacionan con el objeto que, según se anotó antes, puede presentar diferencias esenciales, disímiles modalidades, es fácil concluir que las pretensiones de los sujetos pasivos del impuesto, en el presente caso, no versan sobre el mismo objeto o provienen de la misma causa y, por ello, resulta jurídicamente imposible la acumulación. "C) *Sentencia anterior*. Como el Tribunal Administrativo, mediante sentencia de 26 de enero de 1976 declaró la nulidad de la Ordenanza Nº 3 de 1º de diciembre de 1972 y del Decreto 1703 de 28 de diciembre de 1972, sería conveniente traer a este informativo tal providencia con las constancias respectivas sobre notificación y ejecutoria. "D) *Conclusión*. De lo expuesto se deduce la improcedencia de la acción, la falta de agotamiento de la vía gubernativa y la indebida acumulación de pretensiones y esto impone, en concepto de la Fiscalía, la revocación del fallo". (El subrayo corresponde al texto original)! (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 24 de 1977. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Actor: Ingenio Riopaila. Exp. 3735. Salvó Voto. Doctor Ortiz Amaya). 459

6. ACTO ADMINISTRATIVO QUE HA SIDO ACUMULADO

Doctrina del H. Consejo de Estado.— 1º El Consejo de Estado ha sostenido que cuando se ejercita la acción de nulidad contra un acto administrativo que ha sido anulado, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo porque hay cosa juzgada. En este proceso obra la sentencia de 26 de enero de 1976 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle y confirmada por la de fecha 27 de enero de 1977 del Consejo de Estado, por la cual se declaró la nulidad de los mismos actos acusados en el presente juicio, en virtud de demanda presentada por el ciudadano Uladislao Domínguez. En tales condiciones y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo indicado hubiera sido declarar que no hay lugar a un nuevo pronunciamiento de fondo, porque hay cosa juzgada. 2º Y en cuanto a la petición sobre indemnización de "perjuicios de todo orden que los actos acusados les hubieran podido causar a las sociedades demandantes", la Sala está de acuerdo con el pensamiento de su colaborador fiscal cuando sostiene que por tratarse de actos creadores de un impuesto han podido ser impugnados sin límite en el tiempo, por cualquier persona; pero que si se ha creado una situación individual, subjetiva, y existe un interés particular vinculado a la supuesta vinculación del ordenamiento legal no es procedente el ejercicio de la acción de nulidad y la pretensión indirecta del reconocimiento de una indemnización por la vía de la plena jurisdicción, sin atacar previamente, por medio de los recursos gubernativos, la operación administrativa correspondiente, porque la ley ha establecido, como presupuesto indispensable, el agotamiento de la vía gubernativa para acudir luego a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción especial de revisión de la operación de liquidación de impuestos, con alguno de estos objetos, para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo correspondiente cuando sea errónea o indebida; o para que se reintegren la sumas cubiertas con

Páginas

exceso por el contribuyente Como en el caso que se examina, las sociedades demandantes no han demostrado que agotaron la vía gubernativa respecto de los actos de liquidación del impuesto, su petición no puede prosperar por falta de ese presupuesto procesal, fuera de que, como lo anota el Fiscal, en el presente caso hay una indebida acumulación de pretensiones. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 24 de 1977. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Actor: Ingenio Riopaila. Exp. 3735. Salvamento de voto, doctor Bernardo Ortiz Amaya). 459

7. ACCION DE NULIDAD. PROCEDENCIA. SALVAMENTO DE VOTO

"En otras palabras, la naturaleza jurídica de tales actos era de carácter abstracto sin referencia a persona ninguna determinada y sin crear situaciones jurídicas subjetivas y concretas que permitieran señalar al titular de un derecho vulnerado para obtener su restablecimiento y la correspondiente indemnización si fuere el caso. "El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido "que contra los actos creadores de situaciones jurídicas generales sólo es procedente la acción de nulidad, mientras que la de plena jurisdicción únicamente lo es contra actos creadores de situaciones jurídicas particulares, por ser los que están, por definición, en la posibilidad de violar o desconocer directamente derechos de la misma índole (sentencia del 12 de marzo de 1976. Expediente Nº 2268 Sección Primera del Consejo de Estado), y en reiteración de la tesis anterior la misma sección en sentencia del 30 de noviembre de 1976 Expediente Nº 2262 expresó "Cabría agregar que la supuesta lesión de derecho, que se deduce como razón del restablecimiento, en el caso de haberse producido en manera alguna podía derivar directamente del acto general cuya nulidad se pretende, sino de los actos particulares de liquidación... que se hubieran realizado en ejecución de lo dispuesto en el Decreto 1418 de 1974, actos que no fueron objeto de la pretensión de nulidad. En consecuencia el planteamiento adecuado de la demanda ha debido hacerse mediante la acumulación de la pretensión de simple nulidad contra el expresado decreto y la pretensión de plena jurisdicción en relación con los actos particulares de ejecución, antes indicado...". "Lo anterior está indicando que el fenómeno sometido a estudio no es el de la indebida acumulación de pretensiones como lo sostiene el Fiscal, partiendo de las premisas de que las peticiones de los demandantes estaban circunscritas a la devolución de los pagos que hubieran tenido que hacer por concepto del cobro de los llamados "Derecho de Monopolio" sino a la posibilidad jurídica de reclamar indemnización de perjuicios de todo orden por los supuestos efectos producidos por las decisiones de carácter general y abstracto tomadas por la Asamblea Departamental y reglamentadas por el Gobernador. "Ya hemos visto, como no es posible pretender el restablecimiento del derecho mediante la previa obtención de nulidad de actos de carácter general y por lo tanto la demanda formulada por el apoderado de las Sociedades demandantes acusa una falta de presupuesto procesal de demanda en forma, que debe conducir a un fallo inhibitorio de la misma". (Sentencia de noviembre 24 de

Páginas

1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Rad. 3735. Actor: Ingenio Riopaila Ltda. y otros). 468

8. ACTO ADMINISTRATIVO

¿Cuándo debe ser motivado? ¿Cuándo debe ser la motivación? Control de legalidad y jurisdiccional sobre los motivos.— La administración por regla general, no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo a su medida, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta aseveración no se concluye que los actos administrativos puedan carecer de motivo legal, porque es bien sabido que éstos tienen que corresponder a la existencia de una situación fáctica o legal anterior de carácter determinante, máxime cuando en dichos actos se afecten ciertas situaciones jurídicas ya creadas. De allí que la carencia de motivos justificativos deja ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios. Cuando la ley exige que el acto debe ser motivada la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular. La doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el Juez, al ejercer su control, constatará si el acto se ajusta a la Ley o si corresponde a los fines señalados en la misma. Aunque no es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, la doctrina ha sentado ciertas pautas a ese respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expide siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley; en fin, todo el que cree situaciones para el administrado. Si los motivos del acto administrativo se refieren a la constatación de la situación fáctica, a su calificación jurídica o a la interpretación de la ley que lo fundamenta, el control es de legalidad y puede ir hasta la confrontación de la exactitud de los motivos expuestos. Si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular. Si la administración motiva sin estar obligada a ello, los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular. Si la administración motiva sin estar obligada a ello, los motivos expresados serán susceptibles de control jurisdiccional y su inexactitud podrá producir la anulación del acto. Finalmente, la motivación, ante todo, debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos. Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que las presente como justificación, carente de motivación. (Sentencia de agosto 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Con-

Páginas

sejero ponente: Doctor Carlos A. Restrepo S. Acción de nulidad contra la Resolución Nº 02746 del Ministerio de Trabajo. Actor: Cía. Colombiana de Cerámica S. A. Exp. 4002). 122

9. ACTO CONDICION

Cuando se demanda simplemente su declaración de nulidad, el motivo o finalidad de la pretensión se contrae a la tutela del orden jurídico objetivo, luego es procedente la pretensión de nulidad. Nada se expresó en la sentencia citada en relación con los llamados actos condición, pero considera la Sala que dentro del criterio jurisprudencial allí expuesto, cabe hacer idéntico análisis al que se hace en relación con el acto de contenido general, cuya demanda de simple nulidad debe presumirse motivada por una finalidad de tutela del orden jurídico objetivo. En efecto, si en el contenido del acto condición hay un "status" legal o reglamentario del cual se inviste a un ente o sujeto, ese "status" ha de ser determinante en la apreciación de los motivos que inducen a su impugnación, tal y como ocurre cuando se impugna al acto puramente general. De lo contrario, el viraje jurisprudencial que se operó en 1961 habría significado una regresión doctrinaria, pues ni siquiera la jurisprudencia anterior excluía la posibilidad de la acción pública para impugnar el acto condición. La doctrina de 1961 que continúa orientando las decisiones de esta Corporación, con las precisiones contenidas en algunas providencias posteriores como la del 8 de agosto de 1977, excluye la posibilidad del contencioso de simple nulidad, pero únicamente cuando se trata de la impugnación de actos de contenido particular o concreto y cuando quiera que la sola declaración de nulidad "determine el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada"; pero en ningún caso frente al acto condición, que es una categoría jurídica diferente, asimilable al acto general, por su contenido legal y reglamentario. De tal modo es legítima esta asimilación, para efectos procesales, que el propio legislador ha instituido la posibilidad del ejercicio de la acción pública para impugnar un acto condición típico, como es el nombramiento de funcionarios (artículos 189 a 193 del C. C. A.). En el caso de actos se impugnan unas resoluciones en virtud de las cuales se inscriben unos predios en el Registro Catastral de Malambo y se cancelan en el del Municipio de Soledad. Estima la Sala que se trata de verdaderos actos condición en cuanto el registro catastral es la condición legal indispensable para que un Municipio pueda ejercer sus competencias en la materia del impuesto predial: gracias a él, es posible determinar qué entidad municipal está habilitada para asumir la calidad de sujeto activo del impuesto, por manera que la inclusión de dicho registro amplía o limita la competencia correspondiente. Si, conforme a la doctrina, una de las modalidades del acto condición es la manifestación de voluntad proferida en ejercicio de un poder legal para regular el ejercicio de una potestad o de una competencia preexistentes, es indiscutible que los actos impugnados tienen este carácter y que, por lo tanto ha de presumirse que cuando se demanda simplemente su declaración de nulidad el motivo o finalidad de la pretensión se contrae a la tutela del orden jurídico objetivo, a pesar de los intereses municipales en juego, los cuales, para efecto de determinar

Páginas

la naturaleza de la pretensión no pueden considerarse sino indirectos y, por lo mismo indiferentes. Por consiguiente, la pretensión de nulidad propuesta en la demanda es procedente y no hay lugar a declarar la excepción de caducidad, ni la ineptitud sustantiva de de la demanda. (Sentencia de noviembre 24 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Municipio de Soledad. Expe. 2505). 473

10. ACTOS ADMINISTRATIVOS

Nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nº 00253 de abril 23 de 1975 y Nº 00320 de julio 23 de 1975 enviados por el señor Viceministro de Minas y Energía al doctor Darío Vallejo Jaramillo, Acerías Paz del Río S. A. y al Presidente encargado de Acerías Paz del Río S. A. Respectivamente. Los procesos de reducción, refinación y tratamiento físico de los Minerales por parte de Acerías Paz del Río constituyen actividad Minera. Se pide la nulidad de los siguientes actos administrativos: "1º Del oficio Nº 00253 de abril 23 de 1975, suscrito por el señor Viceministro de Minas y Energía y dirigido al doctor Darío Vallejo Jaramillo, Acerías Paz del Río S. A., así como de la decisión de que da cuenta el citado oficio, adoptada a título de 'consideración' por el Comité de Exenciones Arancelarias del Ministerio de Minas y Energía, en cuanto dichos actos Administrativos consideran que no constituyen actividad minera los procesos de reducción, refinación y tratamientos físicos de los minerales, la producción de coque y las operaciones de trefilado, laminado, etc. y se dice que queda fuera de las atribuciones del Ministerio de Minas y Energía conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos para tales actividades. "2º Del oficio Nº 00320 de julio 23 de 1975 dirigido por el señor Viceministro de Minas y Energía al Presidente Encargado de Acerías Paz del Río S. A., así como de la decisión allí comunicada, en cuanto por tales actos administrativos se reitera 'en todos sus puntos el criterio de exenciones de derechos de aduana para la Industria Siderúrgica expresado en nuestra comunicación 0253 de abril 23 de 1975'; se afirma que la coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 314 de 1975, y por lo anterior se decide que el Ministerio no puede autorizar exenciones de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización. Se indican como violados el ordinal d) del artículo 2º del Decreto Ley 1659 de 1964, el Art. 1º del Decreto 0314 de 1975 y el Art. 1º de la Resolución Nº 0068 de 1965 del Ministerio de Minas y Petróleos hoy Ministerio de Minas y Energía. Además el Art. 21 del Decreto 2131 de 1972 sustitutivo del Art. 132 del Decreto 1275 de 1970 y el Art. 160 y los Arts. 201 a 206 del mismo decreto. Para determinar si el proceso de extracción, preparación, transformación del carbón tal como lo practica Paz del Río es peculiar de la actividad minera o es propio de la actividad siderúrgica, se designó a los ingenieros especialistas Severiano Cadavid y Vicente Mutis cuyas notables cali-

ficaciones profesionales son generalmente reconocidas, quienes rindieron dictamen que será objeto de comentario posterior. En su alegato de conclusión, el apoderado de Paz del Río después de examinar y comentar el dictamen de los peritos termina de la siguiente manera: "Al afirmar el Ministerio de Minas y Energía en sus actos administrativos acusados que "los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos, producción de aceros, producción de coque así como las operaciones de trefilado, laminado, etc., no constituyen actividad minera" y que en consecuencia el Ministerio no tiene atribución para conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos en esas actividades (Of. 00253) y al reiterar el mismo Ministerio que "la coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como la minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 314 de 1975" por lo cual "este Ministerio no puede autorizar exención de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización" (Of. 00320), igualmente (acusada), viola en forma directa, sin lugar a dudas, las normas de superior jerarquía que he dejado citadas atrás y cuyo acatamiento le es obligatorio. "En efecto, las actividades que el organismo oficial descarta como acreedora al estímulo de la exención arancelaria, son legal y técnicamente actividades mineras para las cuales el ordinal d) del artículo 2º del Decreto Ley 1659 de 1964 garantiza exención de derechos de aduanas de importación respecto de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos que se importan no sólo para la exploración y explotación de minas, diferentes de los yacimientos de petróleo, sino también para la transformación y beneficio de los minerales explorados y explotados. Esas labores de beneficio y transformación están claramente definidas en el Art. 1º del Decreto 413 de 1975 como actividades mineras, y son indispensables y esenciales para obtener, como culminación de la fase minera de transformación los productos (hierro, carbón y caliza) aptos para constituir el insumo industrial que requiere el Alto Horno para iniciar la actividad siderúrgica de producción de arrabio. Como lo dicen con toda claridad los señores peritos, "si es indiscutible que la Siderurgia empieza cuando se echan en el Alto Horno las materias primas hierro, carbón y caliza debidamente adecuadas, es lógico que la adecuación de estos minerales mediante las etapas de beneficio y transformación pertenece a la parte minera y es propia de ella". "Y como quedó dicho en su oportunidad, la Resolución 006 de 1965 del propio Ministerio de Minas incluye en el ord. 7º de su Art. 1º los equipos para transformación, detallándolos por vía de ejemplo e incluyendo en ellos para el efecto de garantizarles la exención arancelaria, aquéllos para los cuales el Ministerio se niega ahora a reconocerles esa exención otorgada por el Decreto Ley 1659 de 1964 en su Art. 2º. "Si, pues, las normas legales (Decreto Ley 1659 de 1964, ord. d) del Art. 2º; Decreto 314 de 1975, Art. 1º; Decreto 1275 de 1970, Arts. 132 y 160 y 201 a 206) y las reglamentarias (Resolución 0068 de 1965, del Ministerio de Minas y Petróleos) otorgan el beneficio de exención arancelaria para la importación de las maquinarias, equipos técnicos, accesorios y repuestos necesarios para el beneficio y la transformación de minerales, hasta obtener un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo indus-

trial o de ser destinado directamente al consumo (palabras textuales del Art. 1º del Decreto 314 de 1975), y si todas las actividades encaminadas a obtener este producto (incluyente en ellas la coquización) son actividades legales y técnicamente clasificadas como mineras, el Ministerio de Minas y Energía violó esos principios técnicos y esas normas legales al sostener que esas actividades no son mineras sino de la industria siderúrgica y, por tanto, no cobijadas por la exención arancelaria "Como lo admite expresamente el Ministerio de Minas y Energía, y como con toda propiedad lo reiteran los señores peritos en su dictamen Acerías Paz del Río S. A. ejerce actividades mineras y, además, actividades siderúrgicas: y entre las primeras sus propios estatutos incluyen el tratamiento de los minerales y su posterior transformación. En consecuencia, para el desarrollo de las actividades mineras que forman una parte de su objeto social, Acerías tiene derecho a la exención arancelaria para la importación de los equipos, maquinarias, repuestos etc., que requiera para transformar y beneficiar en esa fase minera los minerales que extrae, de manera de obtener los insumos que le permitan iniciar la fase siderúrgica de producción de arrabio y acero, industria siderúrgica que se inicia en el Alto Horno cuando, como culminación de las actividades propias de la industria minera, obtiene los insumos industriales que requiere ese Alto Horno para operar". En el concepto del señor Fiscal pueden leerse entre otras las siguientes opiniones: "en la clasificación de los actos administrativos, como manifestaciones de voluntad formalizadas en ejercicio de un poder legal para producir efectos jurídicos, la doctrina ha colocado, en primer lugar, aquellos que crean situaciones generales, impersonales y objetivas; que contienen esencialmente, una regla de derecho. "Examinados, bajo ese concepto, los oficios 0253 de abril 23 de 1975 y 0320 de julio 23 de 1975, muestran indudablemente, las características específicas de los actos creadores de una situación jurídica general, abstracta, es decir, igual para todos los que se encuentren en idénticas condiciones de hecho. "En efecto, dice el primer documento que "los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos, producción de aceros, producción de coque así como las operaciones de trefilado, laminado, etc., no constituyen actividad minera. De esta manera queda fuera de las atribuciones de este Ministerio conceder exenciones de derechos arancelarios para las maquinarias y accesorios requeridos en estas últimas actividades". Y, en segundo expresa: "todas las fases de la minería del carbón gozarán de la exención de derechos arancelarios para la importación de los equipos requeridos. El carbón es un producto susceptible de ser comercializado de muy diferentes maneras. La coquización propiamente dicha es un proceso que no puede clasificarse como de minería y por tanto no encuadra dentro de los objetivos y alcances del Decreto 413 de 1975. Por lo anterior, este Ministerio no puede autorizar exención de derechos arancelarios para los equipos y repuestos necesarios en las operaciones de coquización". "No cabe duda de que esas son reglas en sentido material, puestas por la administración en forma de oficio dirigidos a las personas dedicadas a la industria siderúrgica, pero que hubieran podido aparecer en decreto o resolución pues lo

esencial, esto es, las disposiciones normativas, se aprecian claramente, inclusive con lo que se puede entender como considerandos de las mismas". Después de transcribir las normas citadas en la demanda concluye así: "La comparación de los actos administrativos materia de censura con las normas legales y reglamentarias antes copiadas, con base en la aceptación de que la industria siderúrgica "ejerce actividades mineras como lo son la exploración y explotación de sus minas, el beneficio primario de los minerales hasta constituir los materiales que se alimentan a la fase siderúrgica propiamente dicha", como lo ha reconocido el Ministerio de Minas y Energía, presentan una contradicción pues mientras los ordenamientos superiores autorizan la exención arancelaria para la importación de maquinarias y equipos técnicos, accesorios y repuestos necesarios para la exploración, explotación, transformación y beneficio de minerales por parte de la industria, los actos de inferior categoría le niegan respecto de los procesos de reducción, refinación, tratamientos físicos de los minerales y de las operaciones de trefilado y coquización que sí constituyen, según los expertos, actividades propias de la industria minera. De todos los antecedentes largamente mencionados aunque tan solo se destacaron los principales apartes, se concluye que el punto debatido es aquél según el cual el proceso que comienza con la extracción del carbón desde las minas hasta aquél en que se produce el coque es todo o en alguna parte propio de la actividad minera o de la actividad siderúrgica porque según sean de la primera o de la segunda las gracias mencionadas en las disposiciones transcritas pueden acordarse o no a quien se ocupa de dicho proceso. Por esta razón es inevitable transcribir casi todo el dictamen, excelente de los peritos en donde se lee. La industria siderúrgica integrada consiste esencialmente en la fabricación de acero, desde la reducción del mineral hasta la elaboración de los productos finales. Para iniciar dicha actividad, la industria siderúrgica requiere las materias primas que se obtienen de los minerales de hierro, carbón y calizas transformados de acuerdo a las especificaciones que requiere esta industria. En el complejo industrial de Acerías Paz del Río S. A. observamos instalaciones para desarrollar actividades de la industria minera y también actividades de la industria siderúrgica, como también observamos equipos suficientes para adecuar las materias primas de hierro, carbón y caliza propias de la industria minera y equipos para producir el arrabio y para su posterior transformación de productos comerciales de diversas formas. *Conclusiones*. Del análisis que acabamos de hacer sobre las etapas recorridas desde la extracción del mineral de hierro hasta la siderurgia o producción del arrabio en el Alto Horno se desprende lo siguiente: *Primer Proceso*. "Necesidad de materias primas hierro, carbón y caliza que salen de la mina en condiciones impropias para utilizarlas en siderurgia y requieren adecuarse mediante un tratamiento denominado *Preparación de Minerales* que consiste inicialmente en su trituración y cribado. Para aprovechar los finos del mineral de hierro se aglomeran con la caliza y los finos de coque por el sistema llamado de sinterización: el carbón se lava y luego por el sistema de coquización se endurece y extraen las materias volátiles nocivas en el Alto Horno y quedan valiosos subproductos como Alquitrán, Brea, Benzoles. *Se-*

Páginas

gundo Proceso. El hierro triturado y también el fino sinterizado o aglomerado y el coque del carbón, pasan así preparados al segundo proceso, que es el de alimentación del Alto Horno o Siderurgia para producción del Arrabio. "lo dicho está totalmente de acuerdo con el espíritu del Decreto 0314 de 1975 (febrero 24) que en su ordinal d) del artículo 1º dice "transformación: 'es el conjunto de procesos físicos y químicos a que se someten los minerales o los concentrados de minerales, para la obtención de un primer producto susceptible de ser utilizado como insumo industrial o de ser destinado directamente al consumo'", definiendo así la última fase del proceso o actividad minera, es decir, de la industria minera. "por último, si es indiscutible que la Siderurgia empieza cuando se echan en el Alto Horno las materias primas hierro, carbón, y caliza debidamente adecuadas, es lógico que la adecuación de estos minerales mediante las etapas de beneficio y transformación pertenece a la parte minera y es propia de ella". No son necesarias a más disposiciones para concluir que los hechos demuestran que los actos demandados son nulos porque contrarían los motivos y los objetivos de las disposiciones legales y reglamentarias de superior jerarquía que fueron ya transcritas. (Sentencia de Agosto 4/77. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 4a. Consejero ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: Acerías Paz del Río S.A. Exp. No. 3820. Resoluciones Ministeriales). 93

11. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL CONGRESO

Solicitud de declaración de nulidad de la proposición No. 64, aprobada por el Senado de la República en su sesión del día 3 de septiembre de 1975. Competencia del Consejo de Estado en una sola instancia de acuerdo con el artículo 51 del C C.A.— Algunos de los impugnadores aducen que el acto acusado es un acto de naturaleza política sobre cuya legalidad no le compete juzgamiento a la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre este punto la Sala tuvo ocasión de expresarse en providencia del 6 de noviembre de 1975, que obra a folios 24 y siguientes del proceso No. 2355. Ahora reitera la Sala que es competente para proferir una decisión de fondo en estos procesos acumulados porque se trata de una acción de nulidad contra un acto administrativo de la cual conoce esta jurisdicción, y sólo se limita a agregar lo siguiente: A) Afirma uno de los impugnadores que el Consejo de Estado incurre en contradicción en la providencia transcrita cuando acepta que "El acto acusado posee características políticas evidentes, pero al tiempo afirma que contiene aspectos puramente administrativos". La Corporación no dijo tal cosa, sino una muy diferente: Que intrínsecamente, la naturaleza del acto es administrativa a pesar de que de él se deriven consecuencias de tipo político y que para el efecto de determinar si es susceptible de control jurisdiccional contencioso administrativo lo fundamental es la naturaleza del acto y no sus eventuales repercusiones políticas. B) Otro de los impugnadores aduce el caso de Los Monjes (Proceso 1498) como antecedente jurisprudencial para concluir que en este caso, militan las mismas razones para considerar el acto acusado como un "Acto Político". A este respecto es preciso anotar que en la decisión inhibitoria en ese proceso se fundó en que los actos del Gobierno proferidos en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución al Presidente de la Re-

Páginas

pública como Jefe del Estado para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho público internacional (Artículo 120 No. 20 C. N.) escapan al control jurisdiccional contencioso administrativo, ya sea porque se las clasifique bajo la categoría de actos públicos, según algunos tratadistas, o bien por razón de que tales actos comprometan las relaciones de soberanía con otra potencia extranjera y, por lo mismo, desbordan el ámbito de "la *administración* interna" que es la materia propia de lo contencioso administrativo. Textualmente dijo la Sala en el fallo aludido: "Las referencias que preceden, le permiten concluir a la Sala lo siguiente: que al menos en el derecho positivo, en la jurisprudencia y en la doctrina de la mayor parte de los Estados Occidentales prevalece el principio de excluir los actos que atañen a las relaciones diplomáticas y en general a las relaciones internacionales del control jurisdiccional contencioso administrativo, bien sea en función de la teoría de los actos políticos que suscita en algunas vacilaciones; temores, ya sea con otros fundamentos, según quedó expuesto". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Octubre 28/77. Consejero ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis G. Sorzano. Exps. 2355, 2356 y 2431 con salvamento de voto; Doctor Humberto Mora Osejo). 203

12. ACTOS POLITICOS

Salvamento de Voto: a) La mayoría de la Sala, en la sentencia del 26 de enero de 1976, sobre los Monjes, sí consideró que el acto impugnado es, en contraposición a los administrativos, de carácter político y que, por esta causa, el Consejo de Estado no tenía competencia para proferir sentencia de fondo. Así expuso en esa providencia: "las funciones constitucionales del Gobierno, consignadas en el numeral 20 del artículo 120 de la Carta, de "Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás estados y entidades de derecho internacional"; de "recibir los agentes respectivos" y de celebrar con otros estados o entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso". *no son por su propia naturaleza una función administrativa, sino una función eminentemente política*, en cuyo ejercicio se trasciende la esfera jurídica del propio Estado hasta incidir sobre intereses de otro u otros estados y de entidades de derecho internacional. *La índole política de esa función* no deriva de una calificación explícita de la Constitución, sino de su misma naturaleza, por lo cual es preciso entender que ella ha tenido ese carácter desde el momento de su original consagración constitucional. De esta suerte la modificación del encabezamiento del artículo 120 de la C.N. realizada por el Acto Legislativo de 1968 no ha significado que, solo a partir de entonces se haya convertido en política. Lo que hizo el constituyente de 1968 fue enmendar una terminología impropia que cobijaba bajo el rubro de administrativas algunas atribuciones presidenciales que no tenían ese carácter, entre otras, ésta de que se ha hecho mención. Así, pues, hoy la Carta fundamental reconoce explícitamente que este atributo presidencial le incumbe al Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado, y no como suprema autoridad administrativa, con lo cual se acomodó el texto constitucional a la naturaleza propia de la función...". "En el derecho positivo, en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos

Páginas

países con instituciones jurídicas análogas a las nuestras *se hace la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de Gobierno,* de la cual se deriva la exclusión de estos últimos del control jurisdiccional contencioso administrativo..." ...No le corresponde, pues, al Consejo de Estado colombiano definir cuál sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el solo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia *y que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa,* por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que debe ser decidido por esta jurisdicción especial, al tenor de lo previsto en los artículos 120, Nº 20 de la C. N., 20 del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones del mismo decreto (artículos 30 a 32), de los artículos 32 a 37, 52 a 58 y 62 a 71 del C. C. A. que desarrollan la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, consignada en los artículos 141, 154 y 216, C. N. ...". (He subrayado). b) Los conceptos transcritos fueron glosados por el suscrito consejero en el correspondiente salvamento de voto, sobre la base de considerar, sustancialmente, que los actos políticos son una especie de los actos administrativos; que por lo mismo, por definición, son internos, no de carácter internacional; que como actos administrativos pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante las acciones pertinentes; que de ésta sólo se excluyen los casos taxativa y restrictivamente señalados por la ley, entre los cuales no se cuenta ninguno de ellos; y que por todo lo expuesto, en el caso que se discutía, la nota del 22 de noviembre de 1952, enviada por el Señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia al señor Embajador de Venezuela, que la mayoría definió como *acto político* contra el cual *por lo mismo* no había posibilidad de acción ante esa jurisdicción, es *acto administrativo* contra el cual bien pudo promoverse la acción de nulidad que, según el artículo 34, Ord. 10 del C. C. A., es de la competencia del Consejo de Estado en única instancia. c) De modo que es claro que *los llamados actos políticos constituyen una especie del género actos administrativos* y que en el régimen jurídico colombiano todos estos, salvo los casos de excepción determinados por la ley, pueden ser, en principio, impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. d) De todo lo expuesto se concluye que, el criterio que ahora la Sala unánimemente sustenta, expuesto en la providencia del 6 de noviembre de 1975, en rigor constituye una rectificación al que la mayoría prohijó en la transcrita y comentada sentencia del 28 de enero de 1976, de la cual disentí, entre otras causas, porque consideré que los actos políticos son administrativos y que ningún precepto legal los había excluido de la posibilidad de ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Salvamento del doctor Humberto Mora a la Sentencia de octubre 28 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis Guillermo Sorzano Exps. 2355-2356-2431). 217

Páginas

13. ACTO REGLADO O ACTO DISCRECIONAL

La Administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras: reglada o discrecionalmente.— La administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras: reglada o discrecionalmente. Obrar regladamente significa tener que ajustar su actuación al contenido, requisito o límite, dictado por una norma o precepto anterior. Obrar discrecionalmente equivale a hacerlo libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico: fiscal, social, de policía u orden público, etc. En el ejercicio de la actividad reglada, la Administración actúa conforme a las normas jurídicas. En ejercicio de la actividad discrecional lo hace según criterios no jurídicos, es decir, no legislativos; y que representan el mérito, o la oportunidad y conveniencia del acto. Al emitirlo, la Administración debe acomodar su conducta conforme a su criterio, valorando el acto. De ahí lo discrecional de su actividad. Sin que por ello queden exentos del control jurisdiccional, cuando la ley fija marcos a la discrecionalidad. (Sentencia de septiembre 16 de 1977. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente Nº 2588. Actor: Globals Films de Colombia Limitada). 335

14. ACUMULACION DE ACCIONES

Según la doctrina tradicional la indebida acumulación de acciones lleva a una decisión de inhibitoria total, por ineptitud sustantiva de la demanda; pero, según la concepción moderna, acogida por el Consejo de Estado, se acepta que en esta hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes e inhibirse en el resto.— Analizada la demanda y en especial su parte petitoria, hay que concluir que se configura en ella una indebida acumulación de pretensiones. Por un lado, la pretensión de nulidad del acto complejo (Resoluciones Nos. 02972 y 03511) que se negó a declarar ilegal la huelga de Incoal y que convoca a un Tribunal de Arbitramento; y por otro, la que busca la anulación de los actos que integran ese Tribunal. Y es indebida esta acumulación porque las pretensiones enunciadas no pueden tramitarse por una misma vía procesal. Mientras las primeras deben seguir el proceso ordinario contencioso, la última, o sea la que toca con la designación de los árbitros, sólo pueden resolverse mediante un proceso electoral. La calificación aquí hecha se infiere de la lectura del Art. 82 del C. de P. C. y en particular de lo que dispone el numeral 3º. Siguiendo este ordenamiento, no sólo el juez tendrá que ser competente para conocer de todas (aquí en principio, lo es) y que éstas no se excluyan entre sí (tampoco se observa este obstáculo) sino que las diferentes pretensiones puedan tramitarse por el mismo procedimiento. Pero aunque la doctrina tradicional afirma que en los casos de indebida acumulación de acciones la decisión debe ser inhibitoria total por ineptitud sustantiva de la demanda, la concepción moderna que es la tesis mayoritaria del Consejo de Estado, se acepta que en estas hipótesis el juzgador deberá decidir de fondo la pretensión o pretensiones que estime procedentes o inhibirse en el resto. Aunque en apariencia la elección queda al arbitrio del

Páginas

fallador, no sucede esto en la realidad porque la escogencia no es caprichosa, ya que este no podrá decidir de fondo sino aquellos extremos que hayan sufrido el trámite adecuado y para los cuales tenga competencia. Refuerza lo aquí expuesto el salvamento de voto al auto de julio 9 de 1974 de los Consejeros doctores Juan Hernández Sáenz y Carlos Portocarrero Mutis; salvedad que posteriormente fue acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Allí se lee: "Cuando en una demanda se acumulan acciones cuyo conocimiento corresponde a distintos Tribunales, ella deberá admitirse en cuanto aquéllas que sean de competencia del Consejo de Estado; pero, si se admite la demanda, sin salvedad alguna, la sentencia deberá decidir sobre aquéllas cuya calificación compete al Consejo e inhibirse de resolver en cuanto a las demás". Cabe aquí hacer una observación frente al caso concreto. Aun en la hipótesis de que la designación de los árbitros pudiera estudiarse de fondo, existiría un obstáculo para ello, ya que el acto que designó el árbitro tercero, y, que en esa forma al integrar adecuadamente el Tribunal le dio vida, no fue objeto de impugnación. Aparece en el expediente que este paso se cumplió mediante la Resolución Nº 002251 y por no haberse podido poner de acuerdo con los nombrados inicialmente. Se infiere esto de la copia del laudo, en el que los árbitros afirman tal hecho y dan el número de la resolución atrás citada y el nombre del árbitro designado por el Ministerio de Trabajo para ocupar la tercera casilla. Además, y en este mismo orden de ideas, aunque la acumulación fuera viable, la pretensión relacionada con la mencionada designación, tampoco podría resolverse porque estaría caducada al tenor del Art. 209 del C. C. A. Para este efecto cabe recordar que la demanda se presentó el día 15 de enero de 1975 (fl. 22) cuando ya habían corrido mucho más de los diez días señalados en la antecitada norma. En consecuencia la Sala pasa a estudiar las pretensiones relacionadas con la no declaratoria de ilegalidad de la huelga y con la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, aspectos para los cuales sí tenía y que sufrieron el trámite ordinario de rigor. (Sentencia de julio 16 de 1977 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 2ª. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo S. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 02972 de 1974 y la Nº 03511 de 1974 del Ministerio de Trabajo. Actor: Industrias de Cobre y Aluminio Exp. 2820). 143

15. ACUMULACION DE PRETENSIONES

Lo realizado por el Senado no entraña ningún tipo de escogencia o designación de una persona para el desempeño de una función, no se genera un contencioso electoral.— El acto por medio del cual se llamó al Ministro de Relaciones Exteriores para ejercer el poder en defecto del Designado no es un acto electoral, sino el ejercicio de una competencia plenamente reglada en la Constitución Nacional que no permite escoger entre una o más opciones o seleccionar entre varios candidatos posibles. La elección como acto de elegir implica escogencia o selección más o menos discrecional entre una o más personas. Lo realizado por el Senado en el caso propuesto no entraña ningún tipo de escogencia o designación de una persona para el desempeño de una función, sino el llamamiento a quien tenía una vocación para el ejercicio de funciones presidenciales, por

Páginas

ministerio directo de la Constitución y como consecuencia del cargo que desempeñaba en ese momento. Por consiguiente la pretensión de nulidad que se formule contra un acto de tal naturaleza no genera un contencioso electoral, sino un contencioso que se tramita por la vía ordinaria. En estas condiciones la acumulación de pretensiones propuesta en estos procesos no es indebida y por lo tanto hay lugar a decidirlas en una misma sentencia. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de octubre 28 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis G. Sorzano. Exps. Nº 2355, 2356 y 2431. Con salvamento de voto. Doctor Humberto Mora Osejo). 203

16. AGENTES DIPLOMATICOS

Solicitud de anulación de pasaporte diplomático por considerarse inválido matrimonio civil con base en el cual se expidió. Competencia del Consejo de Estado por tratarse de acto administrativo emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los fundamentos de hecho y omisiones sobre las cuales se fundamenta la acción son, en síntesis los siguientes: El doctor Gustavo García Moreno y la actora son esposos legítimos, puesto que contrajeron matrimonio por los ritos de la religión católica. Este matrimonio está separado eclesiásticamente y ninguno de los esposos ha muerto. A pesar del vínculo matrimonial existente, entre el doctor García Moreno y la señora Mantilla, aquél contrajo nuevo matrimonio civil en Venezuela con la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno. Mientras el doctor García tiene derecho a la expedición de su pasaporte diplomático, la señora Martha Lía Pinzón no disfruta de tal prerrogativa, la cual es únicamente para la *esposa legítima* que es la actora, pues la propia Ley excluye a la segunda señora "porque el matrimonio civil en estas circunstancias no tiene reconocimiento legal en Colombia frente a un matrimonio católico válido". Como el Ministerio de Relaciones Exteriores aceptó el matrimonio civil del doctor García Moreno "y autorizó y registró" el pasaporte que se enjuicia, "desconociendo los efectos civiles y políticos del matrimonio católico celebrado con la actora", el acto acusado es nulo. Finalmente la señora Beatriz de García Moreno, tiene interés directo en el juicio que se inicia. Las violaciones señaladas por el actor son éstas: El Art. 3º del Decreto 798 de 1941, porque el Ministerio de Relaciones autorizó y registró el pasaporte diplomático de la señora Martha Lía Pinzón de García, sin cumplir las exigencias contenidas en esa disposición y sin que hubiera exigido a la interesada todos los requisitos del Art. 3º del mismo decreto. El Art. 21 del mismo decreto, cuyo concepto de violación no aparece, pues, el apoderado de la actora se limita a repetir el texto de este artículo que estima quebrantado. El artículo 19 del mismo decreto porque la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno "no ha sido nombrada para ningún cargo diplomático ni consular de la República, en cambio por el acto demandado se le ha concedido pasaporte Diplomático a una persona que según la Ley no tiene derecho a ese privilegio". El Art. 20 del mismo decreto, porque mientras la norma "confiere derecho exclusivamente a la esposa legítima, esto es, a la Casada según la Ley Colombiana, como en este caso a doña Beatriz Mantilla de García Moreno, para poseer Pasaporte Diplomático como esposa

del funcionario consular doctor Gustavo García Moreno, en cambio, por el acto acusado se le dio pasaporte diplomático a una señora que no es la esposa legítima o legal del doctor Gustavo García M. como lo es la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno. La actuación del Ministerio, continúa diciendo la demanda, violó también los Arts. 113, 152 del Código Civil, los Arts. 12 y 50 de la Ley 157 de 1887 y el Art. 3º del Concordato consignado en la Ley 35 de 1888, porque no reconoció al matrimonio católico los efectos civiles y políticos que él tiene. Termina así el concepto de violación de estos preceptos: En síntesis, al conceder el pasaporte diplomático a la señora Martha Lía Pinzón de García Moreno, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio validez jurídica a un matrimonio civil de colombianos en el exterior estando casado uno de aquellos cónyuges católicamente con otra colombiana". En esta segunda etapa se constituyó como parte impugnadora y por conducto de apoderado, la señora Martha L. Pinzón de García, quien después de contestar los hechos fundamentales de la demanda y de solicitar la práctica de unas pruebas que fueron decretadas, alegó dos excepciones: la de prescripción y "la que resulta de la incompetencia de Jurisdicción que tiene el Consejo de Estado para conocer de este asunto". Ambas las fundamentó en los hechos de que da cuenta el escrito que corre a folios 62 a 63 del expediente. Así mismo el representante de la parte actora en la existencia de los quebrantos a las normas superiores que él mismo anota en su demanda, quebrantos que se fundamentan en que la actora es la esposa legítima del doctor García Moreno y no la señora que ahora se presentó como impugnadora debido a que con aquélla se contrajo con anterioridad un matrimonio católico, mientras que con ésta se celebró el mismo contrato pero con arreglo a las leyes civiles. En tales circunstancias, argumenta el representante de la actora, el único matrimonio válido es el primero que corresponde al católico y por lo mismo la segunda esposa no puede ser titular de un pasaporte diplomático como el que se pretende anular por medio de este juicio. Y como la expedición de pasaportes, diplomáticos o no, no es cuestión discrecional, sino reglada, el Ministerio de Relaciones Exteriores ha debido abstenerse de expedir pasaporte a la segunda esposa del doctor García Moreno por lo cual el que expidió a doña Martha Lía Pinzón de García, es nulo y así debe declararse en el fallo que ponga fin a este juicio. El señor Fiscal colaborador, al intervenir en su alegación final, después de recordar varias jurisprudencias de esta Corporación, las cuales transcribe en su vista dice: "De acuerdo con las jurisprudencias referidas, para que la acción de plena jurisdicción prospere, no sólo se requiere que se hable de una cuestión particular y concreta, sino que quien la instaure tenga interés jurídico para demandar. En el caso de autos la demandante alega su calidad de legítima de un diplomático que no ha sido demandado, pero aun en tal caso, de dónde podría resultar la legitimación para instaurar tal acción? Si a la señora Martha Lía Pinzón en lugar de expedirle pasaporte privado, se le expidió uno diplomático, en qué puede resultar perjudicada la demandante? Si ésta, como se afirma en el hecho segundo de la demanda, se encuentra separada eclesiásticamente de su esposo (fl. 13), y si además, aún goza de las ventajas de habérsele revalidado su pasaporte

diplomático (fl. 11), no se ve en forma alguna, de qué manera pueda resultar perjudicada, pues la simple satisfacción sentimental no alcanza a estructurar un interés jurídico para accionar. Por razones de lo anterior, no hace falta entrar a estudiar así, como se afirma en la demanda, tratándose de la esposa de un diplomático el pasaporte de esa naturaleza, está reservado exclusivamente a la esposa legítima y así, en tal evento, tendría el Ministerio de Relaciones Exteriores la obligación de investigar la legitimidad, categoría y prioridad de los matrimonios, o si al contrario, al no disponer el Art. 20 del Decreto 798 de 1941, que se trate de la esposa legítima, basta con establecer que se acredite, simplemente, sin que se tenga la facultad para entrar a definir cuestiones de derecho reservadas a la jurisdicción civil. Como conclusión de todo lo anterior en concepto de esta Fiscalía, a la actora no le asiste el interés jurídico para demandar, y, por tal razón, no se debe estudiar el mérito del negocio sino proferir sentencia inhibitoria". La Sala no se acuerda con el señor Fiscal. No interesa si la demandante está separada de su cónyuge, según las normas de la iglesia, o si como dice el Agente del Ministerio Público, "goza de las ventajas de habérsele revalidado su pasaporte diplomático". Lo que importa es saber que el pasaporte se expide a quien sea la cónyuge, es decir, a quien acredite estar casada con el diplomático. Por consiguiente, sin que se hubiera demostrado que la prueba llevada al Ministerio de Relaciones Exteriores es inválida, lo cual compete a la jurisdicción ordinaria, no se puede hablar de quebranto alguno a las normas señaladas como infringidas. Por otra parte, la demandante sí tiene interés procesal, pero ella no está legitimada en causa, porque la acción no puede prosperar, ya que la forma como se ha enfocado el problema significa que necesariamente habría que definir quién de las dos señoras, si la actora o la impugnadora, es la legítima esposa del doctor García Moreno, pues, sin, este presupuesto sería imposible establecer la vinculación de las normas invocadas como quebrantadas en la demanda. Y es claro que tal punto es esencialmente de derecho privado, por lo cual toda controversia que surja alrededor del mismo, debe ser sometida para su decisión a los jueces de la jurisdicción ordinaria, que es la competente para conocer de tales procesos. Por estas circunstancias, no encuentra la Sala quebranto alguno a las normas que como violadas invocó la demanda, toda vez que los quebrantos alegados, parten de una base que la Sala no puede aceptar, y que según la demanda, consiste en que el matrimonio válido es el que contrajo el diplomático con la demandante y el inválido es el contraído con la impugnadora, punto que, se repite, no puede definirse dentro de esta acción ni ante esta jurisdicción. Sobre las excepciones formuladas por la parte impugnadora, cabe anotar que de la prescripción no prospera, debido a que si la demanda se presentó el 4 de agosto de 1975 (fl. 19 vto.) y el pasaporte acusado se expidió el 4 de abril del mismo año, la acción no alcanzó a caducar porque se intentó dentro del término legal, sobre la incompetencia de jurisdicción está de acuerdo la Sala con el excepcionante en el sentido de que compete a la jurisdicción ordinaria resolver sobre la validez de los matrimonios del doctor García Moreno, pero no se acuerda con él, cuando cree que el Consejo de Estado no es competente para conocer de la demanda sobre el acto administrativo contenido en un pasaporte ex-

Páginas

pedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Por todo esto, las alegadas excepciones no podrán tener prosperidad, y ello se declarará en la parte resolutiva. Finalmente estima la Sala oportuno recordar que desde las gestiones adelantadas ante la Administración por la señora Beatriz Mantilla de García M., la entidad gubernamental, en comunicación de 3 de junio de 1975, enfocando perfectamente el problema que desde entonces ella tenía, le dijo: "Bien sabe usted que este Ministerio como autoridad administrativa no tiene competencia jurídica para entrar a calificar la validez o invalidez de un matrimonio civil celebrado por ciudadanos colombianos en el país o en el exterior, porque esa facultad es privativa de los Tribunales y Jueces de la República. Al expedir o revalidar un pasaporte o al conferir una carta de naturaleza o una visa ordinaria, la Cancillería se limita a presumir la validez jurídica de los documentos probatorios del estado civil que se le presentan debidamente autenticados por las autoridades competentes, y a registrar con base en ellos el estado civil correspondiente". Como se ve, pues, la Administración, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores no ha quebrantado ninguna de las normas que se adujeron como violadas por la demanda, razón por la cual, no podrán tener prosperidad las súplicas contenidas en el libelo. (Sentencia julio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1ª. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Acción de plena jurisdicción contra el registro de pasaporte diplomático Nº D 112448. Actor: Beatriz M. de García M. Exp. Nº 2341 Resoluciones Ministeriales). 165

17. ALCALDE

Posesión del Alcalde de Bogotá, ante el Presidente de la República. Art. 260 del C. de R. P. y M. Art. 20 del C. C. A. Art. 65 de la C. N. La posesión no es un acto desde el ángulo de la administración. No es un acto administrativo sobre el cual debe pronunciarse un fallo.— La violación de la ley a que hacen alusión los demandantes la concretan al Art. 260 del C. de R. P. y M. cuyo texto transcrito en el libelo demandatorio, es, en lo referente a los alcaldes municipales, de este tenor literal: "El Alcalde se posesionará ante el Juez Municipal, y en caso grave o urgente, ante dos testigos". El concepto de la violación, según la demanda, consiste en que "La posesión del Alcalde Mayor de Bogotá ante el Presidente de la República es violatoria de la norma y vicia el acto de posesión del cargo, indispensable para poderlo ejercer, según el mismo código, y por lo tanto procede la demanda por la vía contencioso administrativo". "No existe norma legal que exprese que la posesión del Alcalde de Bogotá se hace ante autoridad distinta al juez Municipal, ni se puede deducir por simple lógica que por ser su nombramiento una facultad del Presidente de la República, es éste quien debe darle posesión". "Por el hecho de que el Art. 199 de la C. N. establezca que la ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un distrito especial, sin sujeción al régimen Municipal ordinario, dentro de las condiciones que fija la Ley, no quiere decir que no sean aplicables las normas de este régimen municipal ordinario cuando la Ley no dispone una reglamentación especial, como en el caso de la posesión del alcalde. Por tanto, no existiendo

Páginas

norma especial distinta, debe aplicarse el régimen municipal ordinario contenido en el C. de R. P. y M.". El representante de la parte impugnadora formuló su alegato de conclusión fundamentando su solicitud de negativa a las peticiones de los demandantes, diciendo que recoge un acontecimiento histórico, "no susceptible de ser declarado nulo por su propia naturaleza". A su turno el Fiscal primero en su vista producida dentro del presente negocio, sostiene que la posesión de un empleado debe ser considerada como "El cumplimiento de una formalidad que perfecciona la investidura del ciudadano para el ejercicio de funciones públicas y al mismo tiempo, se recoge en él, el juramento de ser fiel a las instituciones y de realizar todos sus actos ceñido estrictamente al marco que la Ley les señale". Después de citar algunos tratadistas de derecho administrativo y varias jurisprudencias de esta Corporación, termina diciendo que "Así las cosas, es lógico concluir, que por no ser administrativo el acto materia de impugnación, esta jurisdicción es incompetente para pronunciarse sobre su legalidad". Acatando las voces del Art. 28 del C. C., se debe entender por posesión de un cargo público la promesa que, bajo juramento, hace el empleado designado de defender la Constitución y de cumplir con los deberes propios de su futuro cargo, pues, esto es lo que entiende la Ley cuando el C. de R. P. y M. se expresa en el Art. 251. La posesión del empleo, a pesar del contenido del Art. 252 del C. R. P. y M. que habla del "acto posesión", no es un acto, desde el ángulo de la administración, porque no constituye manifestación de voluntad de ésta, sino un simple hecho, con repercusiones de mucha importancia. Y los hechos no son susceptibles de anulación porque ellos dan cuenta de sucesos acaecidos que no pueden hacerse desaparecer, cosa que se persigue con la acción de nulidad. Según lo expuesto, es preciso concluir que la toma de posesión no es un acto administrativo, lo que significa que en este juicio no hay materia sobre la cual pronunciarse. La existencia del acto como lo ha repetido la Sala, es un presupuesto procesal específico para poder dictar sentencia de mérito, cuya falta sólo puede traducirse en una decisión inhibitoria. Por esto no se trata, como lo cree la Fiscalía de un problema de falta de competencia, sino de inexistencia del acto administrativo sobre el cual debe pronunciarse un fallo. (Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1ª. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Germán García Exp. 2584). 231

18. ALCALDES

Iniciativa de estos funcionarios en la creación, supresión, modificación, fusión o alteración de la existencia de establecimientos y Empresas Municipales.— "El Consejo de Estado en consulta de 13 de octubre de 1970 doctor Sáchica dijo: 'Estructurar la administración es crear los elementos que la integran, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte y regular sus mecanismos de relación en el orden al cumplimiento de la función para la cual existen. Tal facultad de estructurar comprende todos los aspectos orgánicos de la administración, separándolos de los de su funcionamiento, que son del resorte de ella misma'. "Esta Sala piensa que la estructuración así entendida no tiene que ser total, que puede

Páginas

ser parcial. En cuanto a la interpretación de ciertas expresiones de la ley, esta Sala considera que la expresión 'determinar las estructuras debe comprender también la modificación o alteración de las mismas y que la expresión 'Crear establecimiento... etc.' comprende también la modificación y extinción de los existentes, pues nada se habría hecho exigiendo requisitos para la determinación de las estructuras o la creación de los establecimientos públicos si esos requisitos no fueran ya necesarios para modificar o alterar en cualquier forma esencial las estructuras y los establecimientos públicos existentes. Coincide por otra parte, esta interpretación con la que dio la Corte, en fallo de 1º de octubre de 1969, ponente doctor Toro Agudelo: 'Conforme a la atribución 4ª del artículo 197 C. N. corresponde a los Concejos, a iniciativa del alcalde, crear esos establecimientos públicos y empresas; la facultad de crear comprende obviamente la de suprimir, modificar, fusionar o alterar en cualquier otra forma la existencia de dichas entidades'. (Gobernador de Antioquia)". (Sentencia de septiembre 26 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Exp. 2642. Actor: Rafael Ibarra). 503

19. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

En la legislación Colombiana (Ley 20 de 1921) están sometidos a la Inspección o Supervigilancia de la Superintendencia Bancaria, como Instituciones o Sociedades de crédito (D. 1821 de 1929. Art. 5º). Los certificados de Depósito y los bonos de prenda: Qué son?; requisitos para su expedición, su endoso. Derechos que la ley confiere al tenedor del bono de prenda cuando el vencimiento del plazo conferido por el acreedor, el tenedor del certificado no paga la obligación. Según la legislación colombiana se entiende por almacenes generales de depósito los establecimientos que tienen por principal objeto el depósito, conservación, custodia y, en su caso, venta de mercancías, productos y frutos de procedencia nacional o extranjera y que expidan documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de las mercancías o bien el préstamo hecho con garantía de las mismas (Ley 20 de 1921). Tales establecimientos los considera la ley como instituciones o sociedades de crédito y están sometidos a la inspección o supervigilancia de la Superintendencia Bancaria (Decreto 1821 de 1929, artículo 5º). Los documentos que expidan los almacenes son de dos clases, a saber: certificados de depósito y bonos de prenda. El certificado de depósito representa la mercancía y está destinado a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo al adquiriente de él la propiedad de la mercancía. El bono de prenda representa el contrato de préstamo con la consiguiente garantía de las mercancías depositadas y confiere por sí mismo los derechos y privilegios de un crédito prendario. Por tanto, el endoso de los dos títulos produce consecuencias diferentes; el del certificado transfiere la propiedad de las mercancías como sucede con los efectos de comercio. El del bono constituye o transfiere un crédito con garantía prendaria de las mercancías a que se refiere el certificado de depósito correspondiente. Este endoso o cesión del crédito se rige por los principios normativos de los títulos valores. Para que los almacenes

Páginas

puedan expedir tales documentos de crédito es preciso que las mercancías correspondientes se hallen libres de todo gravamen o embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general. Cuando el gravamen o embargo no hubiere sido notificado antes de la expedición de los documentos será inoponible a los tenedores (Ley 20 de 1921, artículo 8º, Decreto 1821 de 1929, artículo 9º y Código de Comercio, artículo 1186). Esos documentos los asimila el Código de Comercio a títulos valores y dispone que se les apliquen las disposiciones relativas a la letra de cambio o al pagaré negociable (Artículo 766). Pueden ser cedidos por endoso y en tal caso el endoso del bono equivale para el cesionario a la prenda de la mercancía y el del certificado le confiere el derecho de disponer de la mercancía con la condición de pagar el crédito que el bono garantiza (Ley 20 de 1921, artículo 10). La transferencia por endoso de un título de esta naturaleza implica no sólo la del derecho principal sino también la de los derechos accesorios (Código de Comercio, artículo 628). Y el artículo 629 de la misma obra dispone: "La reivindicación, el secuestro, o cualesquiera otras afecciones o gravámenes sobre los derechos consignados en un título valor o sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efectos si no comprenden el título mismo materialmente". Entre los derechos que la ley confiere al tenedor del bono de prenda, cuando al vencimiento del plazo conferido por el acreedor, el tenedor del certificado no paga la obligación, están los siguientes: 1º El derecho a retención de la mercancía se amplía para llegar a ejercitarse no sólo sobre aquélla sino también sobre el producto de la venta de la mercancía dada en prenda y depositada, en forma privilegiada sobre cualquier otro crédito con excepción de los que tiene el almacén general y que expresamente le otorga la ley, como son los gastos de almacenaje, conservación y comisión. 2º El de solicitar la venta de la mercancía, previo protesto del título, en el almacén general (Ley 20 de 1921, Art. 14). 3º El de que la venta se haga en el almacén general dentro de los treinta días siguientes al del protesto y en remate público, sin intervención judicial, a diferencia del procedimiento general para la subasta. En forma tal que lo único que autoriza suspender el remate es la circunstancia del pago acreditado ante el almacén general (Ley 20 de 1921, artículo 15). 4º El de que con el producto de la venta se pague el importe del crédito que garantiza el bono y los intereses pactados y devengados. Si hubiese exceso en el valor de la venta sobre el importe del crédito prendario será retenido en el almacén general a disposición del portador del certificado de depósito (Ley 20 de 1921, artículo 15). Si el bono ha sido endosado como en el caso de este proceso, la parte embargable será la diferencia entre el valor de la mercancía y el saldo de crédito prendario. (Sentencia del primero de septiembre de 1977. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente Nº 4153. Actor: Almagrán. Autoridades Nacionales). 308

20. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Origen, objeto y funciones.— Según el autorizado expositor de derecho comercial doctor Eduardo Soto Pombo, los Almacenes Generales tuvieron su origen en Inglaterra como consecuencia del trá-

fico comercial con sus colonias cuando a principios, del siglo XIX la empresa llamada West India Dock se dedicó al almacenaje de mercancías procedentes de América y en vista del gran desarrollo de sus negocios se vio obligada a organizar un servicio de "Billetes de depósito", el cual fue complementado más tarde por el *warrant*, llamado en la legislación hispanoamericana bono de prenda, a fin de servir a su clientela para lograr préstamos bancarios sobre las mercancías depositadas. El objeto y funciones de los almacenes los explica de la siguiente manera el mismo profesor: "El desarrollo prodigioso del comercio y las industrias en el siglo pasado, trajo como consecuencia una gran afluencia al mercado de productos mobiliarios. Bien porque la labor de explotación colonial llenaba los puertos de las metrópolis, ya porque la industria aumentaba crecientemente el número de artículos para la venta, ya porque la mecanización de la agricultura aumentó el número de las cosechas, lo cierto es que los comerciantes industriales y agricultores se vieron en la necesidad de depositar sus productos mientras eran adquiridos por los detallistas y el consumidor. Naturalmente en el entretanto, la mercancía depositada representaba una gran riqueza inmovilizada cuyo aprovechamiento era necesario buscar. Los almacenes generales de depósito obviaron tales dificultades. "En primer lugar el comerciante en poder de una simple oficina pudo mantener en depósito una gran existencia de mercancías sin recurrir a la adquisición de bodegas propias y un tren de empleados para su cuidado; el mismo fenómeno se presentó para el importador, industrial o agricultor. El depósito en los almacenes no ha sido nunca gratuito, pero sus tarifas en todo caso han representado una gran economía. "Tampoco puede perderse de vista que hasta cierto punto la responsabilidad por los riesgos pasada a los almacenes fue otro problema solucionado a muchos intermediarios en el comercio. De conservar en su poder las mercancías, los descuidos de sus empleados les causarían pérdidas, que pasaron a ser a cargo de las entidades depositarias. "Es decir, los almacenes generales de depósito entraron a recibir las mercancías para su custodia y conservación y haciéndose responsables de las pérdidas y deterioros, excepción del vicio inherente a los objetos depositados y del caso fortuito o fuerza mayor. "Además, con el establecimiento de estas instituciones la inmovilidad de las mercancías con su consiguiente estancamiento de riqueza, vino a convertirse con la expedición de títulos negociables, en un nuevo incremento de la circulación de la riqueza mueble. "Al recibir las mercancías se expiden los certificados de depósito, que permiten a los comerciantes la transferencia de la mercancía por venta a terceros, mediante el traspaso del certificado. "El certificado de depósito mismo, o un título anexo, denominado *warrant* o bono de prenda, vino a desarrollar poderosamente el contrato de prenda comercial, pues al recibir tales títulos de los almacenes el depositante o dueño de la mercancía pudo conseguir dinero prestado con la garantía prendaria de las mercancías, con la ventaja adicional de no tener que transportarlas y entregarlas a su acreedor, limitándose exclusivamente a la transferencia del título. "Además de la función de depositarios, los almacenes, por encontrarse íntimamente conectados con los negocios de mercaderías, prestan importantes funciones como comisionistas para la venta, compra y transporte de las mercancías". (Sentencia de primero de

Páginas

septiembre de mil novecientos setenta y siete. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Acción de Nulidad. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente: 4153. Actor: Almagrán). 308

21. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Sentido formal de la Ley. La presunción del Art. 762 no es desvirtuada por el parágrafo de los Arts. 25 de la Resolución Nº 3165 del Superintendente Bancario. Utilidad de los créditos directos sobre bienes depositados.— Aunque se refiere a la ley en su sentido formal el Art. 4º del C. C. enseña que ella es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional y destaca que su carácter general es el de mandar, prohibir, permitir o castigar. Lo mismo puede predicarse del reglamento y de las órdenes o preceptos que materialmente se asimilen. Por medio de leyes o de reglamentos no deben hacerse recomendaciones ni suministrarse buenos consejos. Aunque no puede decirse que quien da consejos en ejercicio de competencias generales está violando la ley porque el consejo no es obligatorio, desde el punto de vista de la administración el acto no es útil. No obstante no desvirtúa la presunción del Art. 762 del C. C., que es el cargo directo que hace la demanda sino invitación a precaverse para que los hechos que pueden probarse con posterioridad al depósito no desvirtúen la dicha presunción con desmedro del buen nombre del almacén y de los intereses de terceros que hayan negociado con bonos de prenda. Además no debe olvidarse que los almacenes pueden otorgar crédito directo a sus clientes o gestionarlo por cuenta de éstos, operaciones que no harían sino con la certidumbre sobre el "buen crédito" que merecen los depositantes, lo que implica verosimilitud sobre la propiedad del bien depositado. No prospera el cargo. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 4ª Exp. 4135. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Jorge Vélez García). 354

22. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Clases de documentos que expiden los Almacenes Generales de Depósito. Responsabilidad por el valor de las mercancías depositadas. Autorización consagrada en el Decreto 356 de 1957 a la Superintendencia Bancaria para fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de las mercancías y su reavalúo cuando fuere el caso. "El distinguido demandante, por medio de un interesantísimo estudio, llega a la conclusión de que el artículo 26 de la Resolución acusada, al disponer que el avalúo de las mercancías deberá efectuarse de común acuerdo entre el Almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial, y que aquél responderá por el valor fijado, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8º del Decreto 356 de 1957, es violatorio de la Ley porque "en el contrato de depósito en general, no debe constar el valor de las mercancías", sino, únicamente "la determinación de las mismas, al menos en cuanto a su género, cuando no sean especies individualmente identificadas", porque "el régimen especial del depósito mercantil no exige, en ninguna de sus normas, la estimación del valor de las mercan-

cías en los documentos que suscriben los Almacenes Generales de Depósito como prueba de los contratos reales que celebren" y "cualquier disposición en dicho sentido, como el expreso en las disposiciones acusadas es nulo"; porque los reglamentos acusados "ordenan imperativamente que el depósito en almacenes generales, deberá versar sobre mercancías avaluadas por las partes, imponiendo así, una evaluación sobre las cosas objeto de depósito que las normas sustantivas transcritas no contemplan excediéndolas en esta forma y arrogándose la Superintendencia una facultad de adicionar las leyes, con abuso evidente de sus atribuciones, limitadas a dictar normas generales conducentes al eficaz ejercicio de la inspección y vigilancia que le adscribe taxativamente el Art. 14 del Decreto Ley 356 de 1957", y porque, aunque, "la invocación del artículo 8º del Decreto Ley 356 de 1957, como base de la fijación de responsabilidad del almacén respecto de las mercancías depositadas, podría entenderse como la remisión *in integrum* a la hipótesis plena de dicha ley material, caso en el cual el texto acusado sería válido y su anulación carecería de fundamento", sin embargo, la fórmula "limita el ámbito y los alcances" del precepto citado y, por ende, lo viola. "Es cierto que, por regla general, las cosas, objeto de una declaración de voluntad, deben ser comerciales y estar determinadas, a lo menos, en cuanto a su género, según disposición del C. C. Art. 1513; que el mismo estatuto ha definido el depósito como contrato por medio del cual se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie, a voluntad del depositante Arts. 2236 y 2240, y que se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario Art. 2237. También es cierto que la ley civil guarda silencio sobre avalúo de las cosas cuya custodia es objeto del acto contractual gratuito y que el título VII del Co. de Co. que regula el depósito mercantil, por naturaleza remunerado tampoco se exige la estimación del valor de las mercancías en los documentos que expiden los Almacenes generales sobre los respectivos contratos (Arts. 1170 a 1191). Pero hay que tener en cuenta las modalidades inherentes a los Almacenes Generales a través de las normas especiales dictadas por el legislador ordinario o extraordinario para regular las actividades de esta clase de establecimientos cuyo principal fin, según la Ley 20 de 1921 que los creó, es el depósito, conservación, custodia y en su caso, venta de mercancías productos y frutos de procedencia nacional o extranjera y que expiden documentos de crédito transferibles por endoso y destinados a acreditar, ya sea el depósito de las mercancías o bien el préstamo hecho con garantía de las mismas. En 1921 el legislador autorizó a los Almacenes Generales para expedir dos clases de documentos: *certificados de depósito,* que representan las mercancías y sirven como instrumento de enajenación, transfiriendo al adquirente la propiedad de las mismas, y *bonos de prenda,* que representan el contrato de préstamos con la consiguiente garantía de las mercancías depositadas y confieren, por sí mismas, los derechos y privilegios de un crédito prendario. Y dispuso la Ley que tales instrumentos debían expresar las indicaciones necesarias para conocer el nombre, profesión y domicilio del depositante, la naturaleza y estado de la mercancía, su cantidad, peso o volumen, *valor*

Páginas

y calidad aproximada y las marcas y números de los bultos o de los envases que las contengan Art. 5º agregó que también se debía expresar en ambos documentos si la mercancía está asegurada, contra cuáles riesgos, por qué cantidad, el nombre de la entidad aseguradora y el valor del almacenaje (Art. 6º) y que la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas haría responsable al almacén de todo perjuicio en favor de quien lo sufre Art. 7º. "Después, el Decreto reglamento 1821 de 1929 ordenó en el Art. 13: "las mercancías que hayan de servir de base para la expedición de los títulos a que se refiere la Ley 20 de 1921 deberán ser aseguradas contra el riesgo de incendio por el *valor* que señale el depositante", y en el Art. 14 enumeró las indicaciones que debían contener los títulos y entre ellos en el numeral 5º, "el valor y calidad aproximados de las mercancías". "Y el Decreto 356 de 1957, en el Art. 8º, al tratar sobre la responsabilidad de los almacenes generales de depósito por la conservación custodia y oportuna restitución de las mercancías depositadas, se refiere al *valor* por el cual se hubieren registrado en su contabilidad; al considerar a los seguros contra el riesgo de incendio, dispone que "el monto asegurable de las mercancías depositadas será igual al que señalen los respectivos títulos, y este monto se indicará expresamente en el certificado de depósito y en el bono de prenda" Art. 9º, y al ratificar que los almacenes generales de depósito "continuarán sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, la que dictará las normas reglamentarias conducentes al eficaz ejercicio de esta facultad", la autorizó, especialmente, para *fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de la mercancía y su reavalúo, cuando fuere el caso para determinar las clases de documentos que pueden expedir los almacenes, según la naturaleza de la operación, señalando la forma y contenido de aquéllos Art. 14.* "Frente a los ordenamientos anotados, la fiscalía opina que la Superintendencia Bancaria no incurrió en exceso reglamentario al disponer que el avalúo de las mercancías debe efectuarse de común acuerdo entre el almacén y el cliente, teniendo en cuenta las facturas y su valor comercial. Y en cuanto a que el Almacén responda por el valor fijado, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8º del Decreto 356 de 1957, debe entenderse, ciertamente, que la invocación de esta norma indica el reconocimiento del "vigor pleno de la totalidad de las hipótesis legales". El Consejo se adhiere a la opinión de su fiscal y por tanto no prospera el cargo. (Sentencia de octubre 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Exp. 4135. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Jorge Vélez García). 353

23. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Legislación sobre estos almacenes. No se contemnla la restricción a que se refiere la Resolución Nº 3165 de 1975 Creación y réaimen de zonas francas. Origen de la nulidad del parágrafo 2º del Art. 76 de la Resolución Nº 3165 de 1975.— Según el actor, el parágrafo único del Art. 29 y el parágrafo 2º del Art. 76 de la Resolución enjuiciada, rebasan la normatividad superior en forma flagrante porque "la hipótesis sustancial prevista en las disposiciones debatidas es la de que en todos los casos el depósito en los Almacenes Gene-

rales y sus efectos anexos, en lo que respecta a bienes importados, únicamente puede versar sobre mercancías nacionalizadas, y en lo que atañe a bienes de exportación dicho depósito cesa, en el momento de su embarque". Y para demostrar la violación dice que, en primer término, lo dispuesto constituye una restricción transgresora del Art. 7º del Decreto 356 de 1957, cuyo mandato respecto de la expedición de certificados de depósitos y bonos de prenda "sobre mercancías y productos en tránsito" no tienen limitación específica al tránsito interno, luego también abarca el extremo, porque donde el legislador no distingue no le es dado distinguir al intérprete ni al aplicador. Y, además, el parágrafo 2º del Art. 76 quebranta los Arts. 9º literal i), 20 y 21 de la Ley 105 de 1598 y el Art. 32 del Decreto 2240 de 1962, sobre zonas francas, pues estas normas permiten introducir, negociar, modificar, transformar, manufacturar y elaborar mercancías sin nacionalizar y señalan entre las funciones de la Junta Directiva de las zonas francas, "autorizar la expedición de certificados de depósitos". En realidad, la legislación sobre Almacenes Generales de Depósito Ley 20 de 1921, Decreto 1821 de 1929, y Decreto 356 de 1957—, no contempla la restricción a que se refiere la Resolución 3165 de 1975 en el parágrafo del Art. 29 y en el parágrafo 2º del Art. 76. Esos estatutos autorizan el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta de productos de procedencia nacional y extranjera, terminados o en proceso de transformación o de beneficio y sobre mercancías y productos no recibidos aún en bodegas de los Almacenes, pero que se hallen en tránsito hacia ello en la forma acostumbrada en el comercio, y facultan a la Superintendencia Bancaria para fijar los requisitos a que deban someterse los depósitos a granel, los de mercancías de género, la financiación de mercancías en tránsito y el manejo y control de mercancías en proceso de transformación o de beneficio. Y la Ley 79 de 1931 orgánica de Aduanas, al reglamentar los Almacenes Generales de Depósito, expresa que se podrá permitir el almacenamiento y depósito de mercancías transportadas a la República para el consumo en ella, o en tránsito o destinada al aprovisionamiento de naves Art. 61; que "los recibos que se expidan en comprobación de la entrada de mercancía a los almacenes generales de depósito pueden ser negociables o no, según lo determinen el respectivo administrador del Almacén y el propietario de la mercancía" Art. 65; que ésta se someterá a todas las leyes que rigen la importación, la exportación y el transporte de mercancías sujeta a derechos" Art. 66; y que las solicitudes a la Aduana sobre entrega de mercancía para depositarla en algún almacén general de depósito, se harán de acuerdo con los reglamentos y que "la mercancía que así se quiere depositar en tales almacenes será reconocida y aforada, y en seguida se prestará una fianza por una suma igual al doble del valor de los derechos, para responder de que aquélla será retirada del Almacén general de depósito dentro del término de 2 años y de que se pagarán todos los derechos de aduana y demás gravámenes que sobre ella pesaren" Art. 67; que en relación con la manufactura de artículos compuestos en todo o en parte de materias primas importadas o de materias sujetas a impuestos internos, cuando tales artículos se destinen después a la exportación, los materiales empleados, lo mismo que todos los paquetes, cubiertas, envolturas, eti-

Páginas

quetas y demás accesorios de la manufactura o de la preparación de la mercancía para la venta, podrán trasladarse, sin necesidad del pago de derecho de aduana u otros impuestos, a cualquier almacén general de depósito acondicionado para la manufactura de mercancía o trasladarse, sin necesidad del pago de derecho de aduanas, de cualquier Almacén General de Depósito Art. 70; y, según lo dispuesto en el Art. 71, los artículos manufacturados en esos almacenes generales de depósito podrán ser retirados de ellos para su exportación, mediante fianza que responderá de la presentación de pruebas al Administrador sobre el desembarque de tal mercancía en algún país extranjero. (D. O. 21370). "También, como lo anota el doctor Vélez García, hay que tener en cuenta que por medio de la Ley 105 de 1958 se creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y se autorizó al Gobierno para establecer otras, preferentemente en las ciudades de Cali o Buenaventura, Cartagena, Cúcuta y Santa Marta (D. O. 29860), consagrándose un régimen especial respecto de la introducción de mercancía y materias primas a esas zonas y la posibilidad de su retiro de las mismas para la exportación y para la importación al resto del territorio nacional, con regulación diferentes en uno y otro caso. Y tampoco se pueden desconocer las disposiciones del Decreto Reglamentario 1082 de 1971 (D. O. 33362). "Por todo lo expuesto la Fiscalía cree que el demandante tiene razón en este punto". La mayoría de la Sala acoge el siguiente razonamiento que, después de discutido, redactó el consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya. (El conductor del proceso adhiere al concepto del fiscal, sin ninguna salvedad). El Consejo adhiere a la opinión del fiscal en cuanto se relaciona con el parágrafo 2º del Art. 76 de la resolución, pues evidentemente dicha norma no se compadece con las previsiones legales que consagraron un régimen especial para la introducción de mercancía y materias primas a las zonas francas establecidas en determinados lugares de la República. Pero esas consideraciones no pueden ser aplicables al parágrafo único del Art. 29 de la misma resolución, puesto que dicho parágrafo está registrando tan solo el fenómeno correspondiente a la actividad que como agentes de aduana puedan desarrollar los almacenes generales de depósito, tal como lo establece el Art. 28 de la misma resolución y por lo tanto dentro de esa específica función, lógicamente el depósito efectuado por petición del interesado sólo se inicia desde el momento de su nacionalización para las mercancías importadas y tiene que cesar para las de exportación en el momento de ser embarcadas para su transporte al exterior. El mencionado parágrafo no establece ninguna limitación a las funciones de los Almacenes Generales de Depósito pues tan sólo registra las consecuencias obvias y naturales del contrato de depósito establecido para efectos de cumplir la función de agentes de aduana de sus respectivos clientes. De acuerdo con lo anterior no se observan violaciones que originen nulidad en el parágrafo único del Art. 29 de la resolución acusada pero en cambio el parágrafo 2º del Art. 76 de la misma resolución sí contraría normas de superior jerarquía lo que así se declarará. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Exp. 4135. Actor: Jorge Vélez García). 353

Páginas

24. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

El precio en que se vendan las mercancías depositadas en los casos de los Arts. 12 y 13 del Decreto 356 de 1957 será el del mercado. El valor aceptado en el momento de perfeccionar el depósito es solo una guía. Las mercancías pueden ser vendidas por los almacenes generales de depósito en los casos taxativamente indicados en la Ley y sin restricciones distintas a las señaladas en la misma Ley. Después de expedido el certificado o del bono, las mercancías no pueden ser objeto de embargo, prenda o gravamen que perjudique su plena y libre disposición.— El valor aceptado en el momento de perfeccionar el depósito es solo guía pero pretender que obliga al almacén es tanto como suponer que la subasta no permite sino ofertas hacia arriba del precio básico aunque el mercado esté inapetente. La resolución del superintendente carece de fuerza por falta de competencia legal y de poder real para cambiar las reglas del mercado. Además, es de la esencia del sistema de los almacenes generales de depósito que éstos, en los casos taxativamente indicados por la ley, puedan vender la cosa depositada sin restricciones distintas de las señaladas en la misma Ley. Así lo reconoció esta Sala en reciente fallo pronunciado en el negocio radicado con el número 4153, con ponencia del Consejero Gustavo Salazar, teniendo en cuenta que el Art. 9º del Decreto 1821 de 1929 estatuye que después de expedido el certificado o el bono o ambos las mercancías "no podrán sufrir" (sic) embargo, prenda o gravamen que perjudique su plena y libre disposición. La plena y libre disposición de la mercancía ya depositada, es la nota dominante del carácter del sistema, en el obvio entendido que la libre disposición no existe sino en el momento indicado por la Ley. Pero ese momento no es admisible restricción sobre la libertad para disponer del bien y un precio rígido como el que pretende la Superintendencia sería un obstáculo o un perjuicio como reza el decreto. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Jorge Vélez García. Exp. 4135). 353

25. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Autorización previa del funcionario respectivo para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo. Liquidación administrativa o que se hayan declarado en quiebra. El Decreto 356 de 1957, autorizó a la Superintendencia Bancaria para señalar el procedimiento en tales casos.— El Art. 45 de la Resolución demandada dice que para proceder a la subasta de mercancías abandonadas que pertenezcan a depositantes que estén sometidos a trámite de concordato preventivo, liquidación administrativa o que hayan sido declarados en quiebra, el almacén deberá obtener previa autorización del funcionario respectivo, excepto cuando se trata de la subasta de mercancía que corran el riesgo de deterioro o de causar daños a otros efectos depositados, caso en el cual al almacén le bastará informar al funcionario que en todo caso realizada la subasta el almacén pondrá a disposición del funcionario respectivo el precio obtenido en el remate sin perjuicio de lo esta-

Páginas

blecido en el artículo 339 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones que regule la materia. El autor del libelo considera que la Superintendencia Bancaria ha exigido un requisito que ninguna norma legal contiene y que desconoce la atribución de los almacenes generales para proceder a la venta sin necesidad de autorización de funcionario alguno, y "consigna una nueva norma, que según su interpretación podría contrariar el privilegio absoluto que las normas legales vigentes consagran sobre el producto de las ventas de las mercancías y la regulación legal del derecho que el tenedor de certificado de depósito posee sobre el excedente o remanente de dicho producto, una vez pagados para almacén general y al tenedor del bono". Observa la Fiscalía, en primer lugar, que la Resolución 3165 de 1975 dedica el capítulo V al procedimiento para la venta, que contiene 15 artículos, de los cuales el 45 se refiere a la subasta de mercancías abandonadas, es decir, aquéllas que no han sido retiradas por el depositante al vencimiento del plazo pactado para el depósito, si además, se ha comunicado el vencimiento del contrato, al depositante por correo certificado, a la última dirección registrada en el almacén y las mercancías no han sido retiradas dentro de los treinta días siguientes, contados a partir de la notificación o no se ha pactado nuevo plazo para el depósito. Sobre el destino de la mercancía abandonadas o decomisadas, la Ley 79 de 1931 había dispuesto que serían avaluadas y después de fijado el valor de los derechos correspondientes, serían vendidas en pública subasta en los días y horas, y en la forma, condición y lugar preciso en el reglamento (Art. 82). Y el Decreto 356 de 1957 autorizó a la Superintendencia Bancaria para "señalar el procedimiento mediante el cual los almacenes pueden disponer de las mercancías abandonadas indicando las diligencias previas y la aplicación del producto de tal disposición, cuando lo hubiere". (Art. 14 literal g). No se ve en la reglamentación expedida ninguna infracción a las normas vigentes sobre la materia. La mayoría de la Sala comparte la anterior opinión. No prospera el cargo. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Exp. 4135. Actor: Jorge Vélez García). 353

26. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Objeto y origen de los fondos de los Almacenes Generales de Depósito. Función de los Almacenes Generales de Depósito. Competencia del Superintendente Bancario en relación a los Almacenes Generales de Depósito. Legalidad del Establecimiento de las provisiones obligatorias para atender deudas de difícil cobro, Art. 14 del Decreto 356 de 1957, Art. 450 del Co. de Co. Ley 45 de 1923 Art. 87. Según el Art. 16 del Decreto Extraordinario 356 de 1957 convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961 son aplicables a los almacenes generales de depósito las leyes bancarias, *en cuanto no pugnen con su naturaleza especial.* La Sentencia a que alude el señor Fiscal y que en parte transcribe se refiere a preceptos de la Resolución 1619 de 1969 aplicable solamente a los establecimientos bancarios y a las corporaciones financieras. En su Art. 3º cuya nulidad no decretó el Consejo se ordenaba contabilizar como de dudoso recaudo las deudas originadas por cualquier concepto cuan-

do hubiera transcurrido un año desde la fecha de vencimiento de la correspondiente obligación y cualquiera que fuese la garantía y ordenaba incluir en el grupo de deudas de dudoso recaudo los créditos provenientes de ingresos causados y no recaudados con más de un año de vencimiento. El Art. 4º ordenaba a los bancos y a las corporaciones financieras constituir "una provisión con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias por valor igual al de la deuda" a menos que en pago tuviera caución real. La sentencia fundó su negativa en la necesidad de que el Superintendente, vigile que el capital y activos del banco estén saneados en el sentido que la Ley da a esa expresión, porque sus mandatos y las precauciones del Superintendente obedecen "a la necesidad de darle seguridad a quienes han confiado sus haberes al banco y al público en general, puesto que las operaciones principales de tales establecimientos son los depósitos a la vista con los que se realizaban los préstamos con interés por lo que deben precautelar la cartera y constituir reservas razonables para no correr riesgos fatales". El objeto y el origen de los fondos de los almacenes generales de depósito son diferentes aunque el capital provenga en parte de los bancos que están autorizados para invertir en tales establecimientos. El Artículo 1º del citado Decreto 356 determina el marco exacto de la función de los Almacenes Generales de Depósito cuando dice que son las empresas que se constituyan y que tengan por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y productos de procedencia nacional y extranjera y si así lo solicitaren los interesados, la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, transferibles por endoso y destinados a acreditar, respectivamente, la propiedad y depósito de las mercancías y productos y la constitución de garantía prendaria sobre ellos: El Art. 14 señala con precisión las competencias del superintendente en relación con los almacenes de depósito las cuales debe ejercer por medio de resoluciones motivadas que son las siguientes: "a) Fijar las tarifas máximas que los Almacenes Generales de Depósito pueden cobrar por los servicios que presten; "b) Señalar los plazos máximos para las diferentes clases de depósitos que puedan recibir los Almacenes cuando así lo considere necesario; "c) Suspender transitoriamente las operaciones de depósito o de expedición de títulos sobre determinadas mercancías o productos, cuando se observen tendencias a su acaparamiento o alzas injustificadas en sus precios o exceso de existencia de artículos importados no indispensables, suspensión que podrá ser para todo el territorio nacional o para determinadas regiones o plazas; "d) Fijar las condiciones que deben tener los lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales que hayan de usar los Almacenes, y darles la correspondiente aprobación, teniendo en cuenta su ubicación, su adaptación y su seguridad para la conservación y control de la mercancía o productos de que se trate y el buen servicio que debe prestar; "e) Fijar las normas generales a que deben someterse el avalúo de la mercancía y su reavalúo, cuando fuere el caso; "f) Fijar los sistemas generales de contabilidad y de estadística que deban usar los Almacenes; "g) Señalar el procedimiento mediante el cual los Almacenes pueden disponer de las mercancías abandonadas, indicando las diligencias previas, y la aplicación del producto de tal disposición, cuando lo hubiere;

Páginas

"h) Fijar los requisitos a que deben someterse los depósitos a granel, los de mercancías de género, la financiación de mercancía en tránsito, y el manejo y control de mercancías en proceso de transformación o de beneficio; "i) Determinar las clases de documentos que pueden expedir los Almacenes, según la naturaleza de la operación, señalando la forma y contenido de aquéllos; "j) Autorizar nuevas operaciones, dentro de las normas generales de este Decreto, de la Ley 20 de 1921 y del Decreto 1821 de 1929, y fijar sus requisitos; "k) Señalar las normas a que debe someterse el uso de lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales para efectuar en ellos operaciones con el público en general; el de lugar, bodegas, depósitos o recipientes especiales para efectuar en ellos operaciones exclusivamente con el cliente y reglamentar el uso de lugares, bodegas, depósitos o recipientes especiales de unos almacenes por otros; "l) Fijar las normas generales para el retiro total o parcial de la mercancía depositada; "m) Señalar el procedimiento conforme al cual los Almacenes pueden recibir abonos a la deuda garantizada con prenda sobre la mercancía depositada; "n) Reglamentar la apertura y cierre de sucursales o de una sucursal; "ñ) Aprobar cualquiera reforma que quiera introducirse a los estatutos y reglamentos de los Almacenes, y los proyectos de distribución de utilidades y de colocación de acciones por aumentos de capital, y "o) Fijar el monto de depósitos con certificados de Depósitos y bonos de prenda que los Almacenes Generales de Depósitos pueden tener en relación con su capital y reserva". Ni los estatutos sobre almacenes generales de depósito ni la Ley bancaria hacen diferencia entre "provisión" y la palabra reserva y según las explicaciones de la Superintendencia ambas palabras tienen el mismo significado. Algunos tratadistas de contabilidad distinguen entre provisión y reservas (véase por ejemplo Manual del contador de W. A. Paton) diferencia que consiste en que la reserva se constituye luego de liquidadas las utilidades, con parte de ellas o sea que lo que se destina a reservas se resta de lo que ha de distribuirse como dividendo en tanto que la provisión se considera un gasto propio de la operación que por tanto disminuiría el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias. La provisión es un "castigo" que se hace a una cuenta del activo, a título de depreciación por uso, absolvencia, daño inesperado, o riesgo inminente de pérdida. No debe hacerse con imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque indirectamente la afecta, sino como deducción del valor de un bien del activo. La ley también adoptó ese nuevo término en el Art. 74 del Decreto 187 de 1975 cuando aceptó como deducibles algunas cantidades destinadas a prever las dificultades para recaudo de algunas deudas así: "Art. 74. Como deducción por concepto de *provisión individual* para deudas de dudoso o difícil cobro fíjase como cuotas razonables hasta un 33% anual del valor nominal de cada deuda con más de un año de vencida". El Art. 73 del mismo reglamento establece que "cuando el contribuyente considere tener derecho a que se le deduzca de su renta bruta una suma por concepto de provisión individual para deudas de dudoso o difícil cobro deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio las siguientes informaciones .....". El Art. 72 estatuye "que los contribuyentes que lleven contabilidad por el sistema de causación tendrán derecho a una deducción de la renta bruta *por*

Páginas

concepto de provisión individual para deudas de difícil o dudoso cobro siempre que llenen los requisitos siguientes: "...Todas estas reglas se fundan en el Art. 70 del Decreto Legislativo 2063 de 1954 según el cual "*son deducibles*, para los contribuyentes que llevan contabilidad por el sistema de causación las cantidades razonables que con criterio comercial fije el reglamento como provisión para deudas de dudoso o difícil cobro, siempre que tales deudas se hayan originado en operaciones productoras de renta, correspondan a cartera vencida, y se cumplan los demás requisitos legales." Lo que ahora se discute no es el tratamiento tributario sino la circunstancia según la cual, las deudas de difícil cobro y "las provisiones" para atender a esa eventualidad son determinaciones que de acuerdo con la Ley puede adoptar libremente el contribuyente en tanto que según la resolución acusada tales provisiones son obligatorias, o obligatoriedad que por no provenir de la Ley no podría establecerse por vía de reglamento del superintendente por significar restricción a la libertad administrativa de las empresas comerciales del derecho privado. Empero, es deber del Superintendente velar por la autenticidad real de los balances, en el sentido de que revelen el exacto estado del negocio de los almacenes, tal como lo preceptúa el Art. 450 del Co. de Co. que exige para "determinar el resultado definitivo de las operaciones realizadas" que se hayan "apropiado" (provisión) previamente, *"las partidas necesarias" para atender el deprecio, desvalorización y garantía del patrimonio social.* Si las deudas de difícil o dudoso cobro se contabilizan en el activo corriente, como "líquidas" o "liquidables" no siéndolo, se falsea el resultado y se autoriza implícitamente, como utilidades, el reparto de bienes que no las han causado, sino al contrario, disminuyen las que puedan liquidarse como tales. Como los Arts. 9º, 10, 11 y 12 atañen *a deudas sin garantía real* respecto de las cuales haya motivo para considerarlas de difícil o improbable recaudo, el cual motivo debe ser estudiado, calificado y aprobado por la junta directiva del empresario acreedor y luego sometido al juicio de la superintendencia, no hay exceso sino precaución razonable, conforme con las facultades de la Ley 45 de 1923, Art. 87 aplicable por disposición expresa del Decreto 356 de 1957. Por tanto, no prospera el cargo. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Acción de nulidad contra la Resolución 3165 de diciembre de 1975 de la Superbancaria. Actor: Jorge Vélez García. Expediente 4135). 353

27. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO

Salvamento de voto.— Esta larga sentencia fue objeto de no menos extensas deliberaciones durante más de un mes. La controversia fue constructiva e indujo al ponente a variar varias de sus opiniones originales. Empero, en dos puntos no fue posible el acuerdo y por eso debo explicar los motivos de mi discrepancia. Antes de hacerlo cabe una indispensable observación. En el fallo, contra la costumbre, se reproducen casi todos los alegatos de demandante, demandado y fiscal porque el conjunto constituye estudio sobre los aspectos legales de la organización de los almacenes generales de depósito materia que en Colombia dispone de poca literatura nacional. El tomo que podría publicarse con este fallo sería útil

Páginas

también para mostrar la urgente necesidad de una nueva y completa ley que no deje a los discutibles reglamentos de una agencia administrativa, de por sí sujetos a variaciones, a veces, caprichosas, la dirección estable y planeada de tan indispensables institutos. Aunque sentencia y salvamento no sean ejemplar acierto, como lo temo, si cumplen el aludido objetivo de promover la nueva legislación, tan largo examen quedaría justificado. Mi desistimiento consiste en: 1º Ha debido anularse el parágrafo del Art. 29 por las clarísimas razones expuestas por el señor Fiscal que acojo en su integridad y que no requieren adiciones. 2º Ha debido anularse el Art. 45 por las siguientes razones que traía el proyecto original. La doctrina que inspira el sistema legal de los almacenes generales de depósito consiste en el privilegio que a éstos se otorga para dirigir la total operación desde el momento en que se acepta el depósito hasta cuando termina el contrato por cumplimiento de las obligaciones y derechos recíprocos o por incumplimiento del depositante o sus sucesores. Así la venta de la cosa depositada sin intervención judicial. Así la presunción de libertad de gravámenes si no se conocen antes del momento de perfeccionar el contrato; así la inoponibilidad de derechos de terceros surgidos o conocidos después de emitido el título o el bono o ambos; así la exención de concurrir con otros acreedores al reparto de bienes del quebrado o de quien propone concordato. Por el principio que sustenta esta particular legislación, su privilegio no puede suspenderse o respecto de él crearse excepciones, sino por disposición expresa de la Ley y solo de la Ley; nunca puede nacer del reglamento, de la orden de la aplicación por analogía. La venta por abandono es una de las varias que pueden hacer los almacenes con la sola condición de que exista el abandono, que no tiene definición en la Ley ni en el Decreto 1821 de 1929 y mera alusión en el Decreto 356 de 1957 en cuyo artículo 14, literal g) se autoriza al superintendente para "señalar el procedimiento mediante el cual los almacenes pueden disponer de las mercancías abandonadas". Esta facultad no significa competencia para crear normas de jerarquía legal de modo que si el artículo demandado, con pretexto de ejercer la verdadera competencia, *señala* la obligación de obtener permiso previo del "funcionario respectivo" (sic) cuando el "depositante esté sometido a tratamiento de concordato preventivo, liquidación administrativa o quiebra" está excediéndose porque en ningún caso la ley impone a los almacenes permiso de alguien para vender la mercancía depositada. Si no requiere licencia el depositante *incumple* a menos cuando *abandona*, que es otra forma de incumplimiento. La exorbitancia del precepto del superintendente se destaca al ver cómo en la misma norma y por las mismas razones de concurso, concordato, etc., exime del permiso si además *de abandonada*, la mercancía corre el riesgo de deterioro o se causan daño a otras cosas. De otro lado la exigencia de poner a disposición del "funcionario respectivo", el precio obtenido en el remate contraría el precepto del Art. 13 del Decreto 356 de 1957 que da preferencia al propio almacén para pagarse los gastos de almacenaje, de la venta, de la conservación de las cosas y de la comisión del depositario. (Salvamento de voto del Consejero Miguel Lleras Pizarro a la sentencia de octubre 26 de 1977 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. En la que el mismo fue ponente. Actor: Jorge Vélez García. Exp. 4135). 406

Páginas

C

28. CATASTRO

Registros catastrales, declaración de nulidad de las Resoluciones 001 de enero 2 de 1976, 0048 de enero 9 de 1976 de la Dirección General de Catastro del Atlántico y 427 de marzo 25 de 1976, expedido por la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Primero: En los actos acusados se expresa que con ellos se persiguió dictar las medidas necesarias en orden a retrotraer la situación catastral al estado anterior a los actos que declaró nulos la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, vale decir a la Ordenanza Nº 15 de 1961 y el acta de deslinde de octubre 21 del mismo año. Las autoridades catastrales creyeron precisar ese estado anterior con lo preceptuado en la Resolución Nº 2 de 1964 de la Dirección Seccional del Catastro, pero ocurre que en el artículo 2º de tal proveído se expresa que "Las cancelaciones que se ordenan por medio de la presente resolución y que se inscriben en el Municipio de Soledad se sujetan a la jurisdicción territorial establecida por los límites técnicos ratificados por la Asamblea Departamental, *por medio de la Ordenanza Nº 15 de noviembre 14 de 1961* acto este último que fue precisamente uno de los que declaró nulos la jurisdicción contencioso administrativa. Así las cosas, los actos impugnados dentro de este proceso no pueden entenderse enderezados al cumplimiento de las sentencias, sino que, al contrario, la consecuencia fundamental que se deriva de ellos es la de revivir la situación creada por los actos cuya nulidad fue declarada por vía jurisdiccional. *Segundo:* Normalmente el Registro Catastral ha de elaborarse sobre la base de los límites de cada Distrito Municipal. En el caso de Soledad y de Malambo no existe delimitación señalada por medio de ordenanza de la Asamblea, pues la única que se dictó para tal efecto fue anulada por esta jurisdicción. Las normas sobre formación del catastro preceptúan que éste se realice de acuerdo con el deslinde ratificado en la forma prevista por la Ley 62 de 1939 y que cuando ese deslinde no se haya efectuado o no se haya ratificado, ha de reputarse como línea limítrofe, el *"límite fiscal existente"*, para lo cual se tendrán en cuenta los títulos de propiedad y los comprobantes de pago del impuesto predial (artículo 37 Res. 1173 de 1965). Según se expresa en los actos acusados lo único que se tuvo en cuenta para la elaboración de los registros fue la Resolución Nº 2 de 1964 elaborada con fundamento en dos actos que fueron anulados y por ende, nula también. La documentación que debía tener en cuenta las autoridades catastrales para elaborar los registros debía referirse a una fecha anterior a ese acto y anterior también al acta de deslinde de octubre de 1961 y a la ordenanza Nº 15 de 1961. Esa documentación no podía ser otra sino "los títulos de propiedad y los comprobantes de pago del impuesto predial" anteriores al 20 de octubre de 1961, como lo dispone el artículo 37 de la Resolución Nº 1173 de 1965, reglamentaria del catastro. Como en los actos acusados se procedió en forma diferente, resulta claro que los actos impugnados quebrantan la disposición en referencia. *Tercero:* El demandante considera que también se incurrió en violación del numeral 4º del artículo 187 de la Constitución Nacional porque las autoridades catastrales fijaron los límí-

Páginas

tes entre los Municipios, con lo cual se invadió la órbita de competencia de la Asamblea. La Sala estima que a los actos acusados no puede atribuírseles ese alcance, máxime si las normas catastrales autorizan para efectos puramente fiscales, la elaboración de registros catastrales cuando no exista delimitación entre dos o más Municipios. Estos registros tienen una finalidad y un alcance muy específico y de ninguna manera podría dárseles el carácter de delimitación territorial, que es a lo que se refiere el artículo 187 de la Constitución Nacional. Por la misma razón los actos impugnados tampoco entrañan violación de los artículos 97 Nº 23 de la Ley 4ª de 1913 y 8ª de la Ley 62 de 1939, pues ellos no aclaran las líneas dudosas limítrofes, ni implican agregación o segregación de términos municipales. *Cuarto*: No adujo el demandante como concepto específico de violación el desconocimiento de las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, el cual resulta evidente según se desprende del análisis de los actos impugnados, pues éstos conducen a revivir una situación creada por otros actos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo había anulado anteriormente. Pero como quiera que en este caso prospera uno de los cargos formulados por el demandante, el juzgador está en condiciones de fundar su proveído en otros argumentos adicionales. Por ello considera que los actos impugnados también son violatorios de los artículos 92 y 99 del C. C. A., en cuanto se reproduce la Resolución Nº 2 de 1964, dictada en desarrollo de actos anulados por las sentencias que se mencionaron anteriormente. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara la nulidad de las Resoluciones 001 de 1976 (enero 2), 0048 de 1976 (enero 9) de la Dirección General de Catastro del Atlántico y 427 de 1976 (marzo 25) expedido por la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de noviembre 24 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo P. Actor: Municipio de Soledad Exp. 2505). 473

29. CESANTIA DE FUNCIONARIOS DEL SERVICIO EXTERIOR

Relación de las normas legales que regulan la jurisdicción y la cesantía del personal que ha servido en el exterior.— El representante de la Caja Nacional de Previsión formuló la excepción de incompetencia de jurisdicción porque consideró que la cuantía es inferior a $ 50.000.00 pesos sin embargo la Fiscalía hace notar que tal cuantía sobrepasa ampliamente tal suma si se tienen en cuenta el monto del sueldo, de los gastos de representación y de la prima de Navidad por lo cual, no debe prosperar la excepción. El concepto del Ministerio Público es amplio, es concreto, y, a juicio de la Sala, es aceptado por lo cual, se acuerda con él y lo transcribe así: "Sea lo primero observar que para saber cuál es la legislación aplicable al caso de autos, es necesario hacer un análisis de las normas expedidas desde el año de 1945, hasta el presente así: según el literal A) del artículo 17 de la Ley 6ª de dicho año, la cesantía debe pagarse a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios prestados con posterioridad a enero 1º de 1942. Según el artículo 1º del Decreto Nº 2467 de 1946 la cesantía se liquida de conformidad

con el último sueldo devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso se liquida por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si éste es menor a los doce meses. De conformidad con la Ley 65 de 1946 *la cesantía* se reconoce por todo el tiempo trabajado *continua o discontinuamente* a partir de enero 1º de 1942 y en su cómputo debe incluirse no sólo el salario fijo sino lo que se percibe a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. Al tenor del Decreto 1160 de 1947 *la cesantía* se liquida a razón de un mes de sueldo y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa del retiro y por servicios continuos o discontinuos, y a la vez expresa que se entiende por *Servicios Discontinuos*, para efectos de cesantía los presentados bajo una misma relación jurídica de trabajo en la cual haya habido suspensiones o interrupciones en el servicio como los provenientes de licencias sin remuneración, vacaciones, licencias por enfermedad o accidente de trabajo sin que la relación se haya roto y por lo tanto, esos servicios discontinuos son acumulables para la Cesantía. "Y pese a que esta norma inicialmente está prevista para los particulares es aplicable a la relación de trabajo de Derecho Público a virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. En consecuencia, para la liquidación de la *cesantía definitiva* se pueden acumular los tiempos discontinuos en la forma indicada y *los continuos*, o sea, aquéllos en los cuales no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio. Dispone además, la respectiva norma legal que cuando el funcionario recibe no sólo un salario o ingreso fijo sino que también percibe primas o bonificaciones que no tienen el carácter de mensuales se debe dividir por doce (12) el monto de las primas percibidas en el último año de servicio y se suma dicho promedio a la última remuneración fija mensual, e igual tratamiento tiene el valor de las horas suplementarias o extras, pero cuando se trata de viáticos sólo se pueden incluir si se perciben por un término no menor de seis (6) meses. Estas disposiciones se aplican al personal de empleados oficiales vinculados a la Administración Nacional y a los funcionarios que laboren con los Departamentos y Municipios, según lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 6ª de 1945, aunque para los municipales exista una disposición complementaria. Así las cosas, al Personal del servicio Diplomático y a quienes laboran en el exterior le son aplicables estas reglas porque hacen parte de los empleados oficiales del Estado siempre que carezcan de régimen especial al respecto, y con las modificaciones introducidas en el régimen que se relaciona a continuación así: "A partir de febrero 8 de 1951, fecha en que entró a regir el Decreto Legislativo Nº 311 del citado año, aclaratorio de las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, quedó modificado en parte el régimen anterior en virtud de estas nuevas reglas: "Art. 1º Las Prestaciones Sociales de los empleados que hayan servido en el exterior se liquidarán y pagarán en pesos colombianos a razón de un peso por cada dólar recibido". "Art. 2º Quedan suspendidas las disposiciones legales contrarias al presente decreto". "De esta manera, a partir de la citada fecha las prestaciones del personal que sirve en el exterior y percibe sus haberes en dólares se liquida a razón de un peso por cada dólar y cabe observar que esta regla no menciona ni

permite interpretar que la liquidación se haga según el cambio que tenga el dólar en relación con el peso colombiano, pues su tenor es claro. "De otra parte, la Ley 141 de diciembre 16 de 1961 adoptó como leyes todos los decretos legislativos que con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional fueron dictados a partir de noviembre 9 de 1949 hasta julio 20 de 1958, siempre que sus normas no hubieren sido abolidas o modificadas por leyes posteriores y por consiguiente, como se cumplieron los presupuestos señalados, el Decreto Legislativo Nº 311 de 1951 se convirtió en Legislación permanente, y esa es la razón por la cual se continuaron apoyando los principios de este último decreto. "A partir de noviembre 1º de 1968 según lo dispuesto en el Decreto 2224 de 1968 entró en vigencia el Decreto Nº 2016 de julio 17 del mismo año el cual dispuso que los empleados del servicio exterior tienen derecho al pago de las prestaciones sociales, entre las cuales se encuentran las cesantías, liquidadas con *base en las asignaciones del cargo equivalente* en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores que contempla dicha norma, salvo los previstos en el artículo 66 *ibidem*, la anterior regla fue modificada por el Decreto 1253 de 1975 que rigió desde junio 27 de 1975, el cual ordenó que la liquidación se efectuara tomando como base la moneda en que se perciben las respectivas remuneraciones y la tasa de cambio será la que establezca la Junta Monetaria en diciembre 31 de cada año fiscal. Este régimen, a su vez, fue derogado en diciembre 11 de 1975 por medio de la Ley 41 de ese año, la cual regresó al régimen previsto en el Decreto 2016 de 1968. "Téngase en cuenta que la anterior evolución legal sobre la cesantía para el personal que presta sus servicios en el exterior no fue modificada en el Decreto Ley Nº 1732 de 1960 que entró a regir en julio 18 de 1960 y que regló el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular como cuadro especial dentro de la Carrera Administrativa, porque aunque fijó para cada categoría una equivalencia dentro de los cargos internos del Ministerio de Relaciones Exteriores, v. gr. a la categoría de *Embajador* correspondían los cargos de Secretario General, Director del Ministerio, Jefe de Ceremonial Diplomático, Decano del Instituto Colombiano de Estudios Internacionales, lo hizo con el ánimo de estructurar el escalafón de dicha carrera, pero sin remitir su aplicación al régimen prestacional que tiene sus propias reglas. Además, nada influye en la modificación de las interpretaciones anteriores el hecho de que para el *reajuste pensional* que contempló la Ley 171 de 1961 se ordenará que, si el sueldo correspondía a servicios oficiales en el Exterior remunerados en dólares se tomaría como base el sueldo que habría devengado el funcionario en un empleo equivalente dentro del país, según el Escalafón oficial, porque la *pensión* es una prestación diferente a la *cesantía* y cada una de éstas tiene sus propias reglas las cuales sólo podrían tener operancia ante un vacío legal. "Tampoco sirve de fundamento lo dispuesto en el artículo 10 Ley 4ª de 1966 para modificar los criterios interpretativos anteriores cuando señala la equivalencia de los Embajadores en el Exterior con los Ministros del Despacho porque dicha regla se aplica a la liquidación y pago de las *pensiones de jubilación e invalidez*, mientras la cesantía es una prestación diferente. "Luego de todo se colige que la cesantía tiene unas reglas generales básicas contempladas en la legislación inicial que se modificaron solo en ciertos

Páginas

detalles en el régimen posterior o para el personal sometido a legislación especial, pero que para el personal que ha servido en el exterior, y ha percibido remuneración en dólares, tal como los funcionarios diplomáticos y consulares, ha tenido diversos sistemas de liquidación y por consiguiente, cada problema se resuelve según la legislación vigente en su momento. "En el *sub judice*, como el demandante se desvinculó en diciembre de 1966 cuando regía el régimen que consagró el Decreto 311 de 1951 a virtud de la Ley 141 de 1961, los actos proferidos por la administración se ajustan a derecho. "Finalmente, no es aplicable el criterio sostenido por el Consejo de Estado en los fallos de febrero 21 de 1974 (Beneficiarios de Alfonso Quijano Conde y Marta Arango de Hoffman) porque en ellos se dio aplicación al Decreto 2016 de 1968 sólo en razón de que la Administración reconoció la prestación cuando ya estaba vigente dicho estatuto (rigió desde noviembre 1º de 1968) situación que no es la *sub judice* porque el reconocimiento de que trata esta controversia se hizo en abril 14 de 1968 cuando aún regía la Ley 141 de 1961 y el Decreto 311 de 1951". (Sentencia de noviembre 25 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho R. Actor: Luis Córdoba. Expediente 4241. Autoridades Nacionales). 248

30. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTIA

La Ley 22 de 1977. Competencia del Consejo de Estado. Principio procesal de la inalterabilidad de la competencia, Art. 21 del Código de Procedimiento Civil.— Efectivamente, la competencia, por razón de la cuantía, fue modificada a partir del 1º de junio de 1977, por la Ley 22 de 1977, tanto para el Consejo de Estado como para los Tribunales Administrativos. Pero, para decidir sobre su aplicación a los procesos que se encontraban en curso al momento de entrar en vigencia de la nueva ley, resulta irrelevante la cita del Art. 40 de la Ley 153 de 1887 que se refiere a leyes reguladoras de la "sustanciación y ritualidad de los juicios" llamadas antiguamente "adjetivas" o "formales" y hoy simplemente "instrumentales" o "procesales", bien distintas a las normas positivas que estructuren los organismos jurisdiccionales y fijan su competencia, las cuales, de antaño, han sido calificadas por la misma Corte Suprema de Justicia, como normas "sustantivas" o "sustanciales" para todos los efectos casacionales, inclusive. El principio procesal de la "inalterabilidad de la competencia", sentado primeramente por la doctrina y acogida por el Art. 21 del Código de Procedimiento Civil, nuevo tiene toda su vigencia, frente a la Ley 22 de 1977, por no haber previsto esta ley, nada en contra de aquel principio. En efecto, el Art. 21, consagra el aludido principio inclusive, frente a los fueros nacidos de la calidad de las partes, prevalente en nuestro código de procedimiento, con la sola excepción de los Agentes Diplomáticos. Y en relación con la cuantía, indica que la competencia, por tal factor, se determina el momento de la presentación de la demanda y no se modifica, sino en juicios de sucesión, por efecto de los inventarios, y en los negocios tramitados ante el Juez Municipal, por causa de demanda de reconvención o de acumulación de procesos o de demanda ejecutiva, con lo que se acogieron principios consagrados desde 1940 en el Código de Procedimiento Civil Italiano

Páginas

y que igualmente, acoge el proyecto del C. de P. L. presentado a las Cámaras de 1970. Obvio, que el principio comentado, contenido en el Art. 21 citado, puede ser desconocido por la ley nueva, que al respecto, puede disponer la aplicación de sus previsiones sobre competencias, a los procesos en curso, pues, "ley mata ley", pero nada se dijo al respecto de la Ley 22 de 1977 y ello es suficiente para que resulte aplicable el Art. 21 del Código de Procedimiento Civil, por mandato del Art. 282 del C. C. A. Por lo demás, vale la pena observar que lo que la Ley 22 de 1977 hace es actualizar las cuantías vigentes desde 1964, en consideración a la permanente devaluación monetaria, fenómeno exactamente contemplado por el Art. 21 del Código de Procedimiento Civil, como de aquéllos que carecen de eficacia para modificar la competencia por razón de la cuantía, pues, de otra manera, el solo transcurso del tiempo haría incompetente al juez que lo era al momento de la admisión del libelo. (Sentencia de julio 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Compañía de Seguros Patria S. A. Exp. 2164). 859

31. CONSULTA

Para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento compete a los Tribunales Administrativos en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada al pago de suma superior a los dos mil pesos, no haya interpuesto el recurso de apelación.— El artículo 134 de la Ley 167 de 1941 estableció el grado de consulta como subsidiario del recurso de apelación en beneficio de la entidad de Derecho Público, cuando hubiere sido condenada a pagar una suma de dinero superior a $ 2.000.00 según el Decreto 1722 de 1956. De forma, que para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento compete a los Tribunales en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada al pago de suma superior a los dos mil pesos, no haya interpuesto el recurso de apelación. En el caso a estudio, el propio Tribunal Administrativo de Antioquia está aceptando que el juicio es de única instancia, lo que indica que la sentencia por él proferida por definición, excluye tanto el recurso de apelación como la consulta. (Auto de septiembre 15 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Nota de la Relatoría. Concordante con Auto de Octubre 28 de 1977 y Sentencia septiembre 15 de 1977. Radicación 2006. Actor: Margarita Sierra viuda de A). 447

32. CONSULTA

Requisitos para que proceda. El artículo 134 de la Ley 167 de 1941 estableció el grado de consulta como subsidiario del recurso de apelación en beneficio de la entidad de derecho público, cuando hubiere sido condenada a pagar una suma de dinero superior a dos mil pesos ($ 2.000.00) según el Decreto 1722 de 1956.— De forma que para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales Administrativos en primera instancia y que la entidad de derecho público condenada

Páginas

al pago de suma superior a esa cifra no haya interpuesto el recurso de apelación. (Auto de septiembre 15 de 1977. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 2004. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Guillermo Cardona Mora). 513

33. CONTRALOR

Nulidad de la Resolución Nº 005 de 1975 expedida por la H. Asamblea de Córdoba por medio de la cual se destituyó al señor Contralor General del Departamento. Para tal efecto debe llevarse a cabo proceso Administrativo ya que las personas que desempeñan cargos a los cuales la Ley señala expresamente período de duración, están amparados por el derecho a no ser removidos sino incurren en causal legal debidamente comprobada.— El argumento central del Tribunal para acceder a las súplicas de la demanda consiste en que los cargos que le imputaron al señor Contralor debieron ser probados, y además, debió dársele la oportunidad de defensa, lo que no podía ser en forma distinta que mediante el proceso administrativo correspondiente de competencia de la Procuraduría del Distrito; y como así no lo hizo la Asamblea Departamental, los motivos para desconocer el período fijo que constitucionalmente ampara al señor contralor, no tiene asidero legal. Los cargos o empleos a los cuales la ley les ha señalado expresamente período de duración, están amparados quienes los ejerzan por el derecho a no ser removidos durante el ejercicio de su período legal, sino cuando incurren en causal legal debidamente comprobada. Ese es el caso de los Contralores Departamentales a quienes el Art. 187 de la Constitución Nacional señaló un período de dos años a iniciarse el primero de julio de 1945 según el Art. 9º de la Ley 47 de 1945. En el caso presente se observa la precipitud de la Asamblea Departamental de Córdoba al destituir al doctor Fabio Navarro S. del cargo de contralor departamental por medio de la Resolución 005 de 1975, que estaba ejerciendo en forma legal, resolución que si bien fue aprobada por mayoría de votos, sin embargo no fue la culminación de un proceso administrativo legalmente adelantado, y por el contrario, por todos los antecedentes y pruebas consignados en el expediente, se establece que los cargos o acusaciones hechos contra el titular de la Contraloría no resultaban suficientes para motivar en ellos la grave sanción de destitución. Esta apreciación del Consejo surge al confrontar los considerandos de la Resolución acusada con todo el acervo probatorio que obra en el expediente, que permite deducir que la destitución del actor no fue precedida de una severa investigación que permitiera precisar con certeza que el funcionario aludido había realizado actos no solamente censurables sino capaces de merecer una sanción tan grave como es la destitución, por los motivos expuestos en la resolución impugnada, considerandos que de por sí colocaban al demandante en grave situación moral ante la sociedad y ante sus conciudadanos. En el acta Nº 13 de noviembre 12 de 1974, se dice que el Diputado Oscar Sánchez pide la palabra para rendir el informe de la comisión que investigó las irregularidades cometidas por el señor contralor, comisión que como allí mismo se dice, sólo fue cumplida por él; ese informe no obra en el expedien-

Páginas

te. Por último, conviene aclarar, en primer lugar, que como el demandante en el momento de la destitución se hallaba en una situación que se le desconoció con el acto acusado, era titular de una acción subjetiva para solicitar la nulidad a ese acto con restablecimiento del derecho. Y en segundo lugar, que no era necesario que el demandante impetrara la nulidad que con carácter de interino recayó en la persona del doctor Gustavo Jiménez B., para la Contraloría del Departamento de Córdoba, porque es tesis ya reiterada del Consejo, que el acto por el cual se verifica el nombramiento de reemplazo del funcionario destituido, se puede producir después de los cuatro meses que éste tiene para instaurar la demanda, esto es, cuando ya la acción ha prescrito; además, mientras la demanda se admite, quien entró a reemplazarlo pudo haber sido reemplazado a su vez y presentarse esta ocurrencia indefinidamente durante el curso del juicio y sería injusto negar al actor su derecho, por la ocurrencia de circunstancias que a él le eran incontrolables. Si se privó del empleo a un agente de la Administración por medio de un acto nulo, no puede resultar válido el acto por el cual se hizo otra nominación, pues la nulidad del primer acto origina la de los que le siguen, como lo estima el tratadista Waline. La motivación de una providencia por la cual se destituye a un funcionario debe no ser solamente cierta, sino justa. (Sentencia de octubre 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago H. Actor: Fabio Navarro S. Exp. 2127). 455

34. CONTRATO ACCESORIO DE SEGUROS

El asegurador no es extraño al contrato principal. Contrato Administrativo de Seguros.— Como se vio atrás, por la transcripción que del libelo petitorio se hizo, Aseguradora Colseguros S. A. pretende, principalmente, la nulidad de las Resoluciones Nos. 01092 de 20 de marzo de 1972 y 03125 de 21 de julio del mismo año por las cuales se declaró la caducidad del contrato administrativo Nº 271 de 1970, celebrado entre el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la Sociedad Vías, Canales y Puertos Ltda., la declaración de nulidad de la cuenta de cobro Nº 177 de 28 de agosto de 1972 por $ 3.272.177.10, formulada por Incora a la demandante y consecuencial declaración de que Colseguros S. A. está exonerada de toda responsabilidad, frente a Incora, por razón del incumplimiento del contrato Nº 271 de 1970 y la póliza Nº 45627, certificado Nº 6861, contrato de Seguros celebrado con Vías, Canales y Puertos Ltda. en favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Subsidiariamente y en su orden, pretende que se declare la inoponibilidad a la demandante del contrato Nº 271 de 1970 y la declaratoria de invalidez del contrato accesorio de Seguro ya referido y la exoneración de responsabilidad para la actora, por razón del incumplimiento del citado Contrato Nº 271 o, la declaración de que Colseguros S. A., sólo está obligada a pagar lo que se demuestre incorrectamente invertido del anticipo dado a Vías, Canales y Puertos Ltda., y los perjuicios que realmente se demuestran causados por el incumplimiento del aludido contrato Nº 271. Incora, por medio del apoderado, solicita se decrete la inhibición del Consejo para fallar en el fondo, por falta del presupuesto procesal demanda en forma.

Páginas

con base en los artículos 82, numerales 1º y 3º y 35 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, basándose en indebida acumulación de acciones y falta de competencia, pues sostiene que el Decreto Ley 528 de 1964, artículo 30, ordinal 1º literal a), atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de *"las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional..."* y el contrato que se hace valer en este juicio es uno de Seguro, de derecho privado y celebrado entre particulares. El contrato de Seguros que se controvierte en este proceso, aunque aparentemente celebrado entre dos particulares, Colseguros S. A., y Vías, Canales y Puertos Ltda., por acceder a un contrato administrativo de construcción de obras (*accesorium sequitur principale)* y constituir precisamente el afianzamiento o aseguramiento del cumplimiento de dicho contrato principal, constituye a la Administración, Incora, en beneficiario de dicho contrato de Seguros, somete su vigencia y eficacia a su aceptación, la que, por lo demás, condiciona la vigencia del contrato principal y convierte, por otra parte, a Colseguros, por la naturaleza del riesgo asegurado, en parte del contrato principal, como solidaria con el contratista en cuanto a la obligación de cumplimiento. Así, pues, el asegurador no sólo no es extraño al contrato principal, sino que es parte obligada en el mismo, conjunta y solidariamente con la firma contratista, y la Administración, Incora, en este caso, no es extraña al contrato accesorio de Seguros, del cual es beneficiaria y cuya aceptación condiciona la vigencia del Seguro e impone, inclusive, la forma y contenido de dicho contrato, como que la póliza respectiva tiene que sujetarse al modelo señalado por la Contraloría General de la República. Así, pues, el contrato accesorio, goza de la naturaleza del Contrato principal y aunque, por su naturaleza de derecho privado, por sus fines, los riesgos asegurados y la forma y contenido reglados por el Estado, devienen en contrato administrativo de Seguros y, por lo mismo, cualquier controversia relativa a dicho contrato, en que sea parte la Administración, compete a la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria conozca de los litigios que se presentan, originados en el mismo convenio, pero exclusivamente entre asegurador y contratista. (Sentencia de noviembre 23 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda., y Colseguros S. A. Exps. 1427 y 1428). 547

35. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE COMISION DE ESTUDIOS

Obligaciones contractuales de las partes. Efectos del contrato. La destitución no puede juzgarse como incumplimiento por parte de la Administración.— El doctor Enrique Lasprilla R. en su condición de empleado del Departamento Nacional de Estadística celebró con dicha entidad en agosto de 1970 un contrato por medio del cual se comprometió a: a) Adelantar y aprobar el curso sobre demografía y bioestadística en la Universidad de Carolina del Norte; b) A laborar para el Gobierno en el sitio y con la remuneración que éste disponga, un tiempo igual al triple del invertido en el curso de la especialización. Esas fueron sus obligaciones contractuales. El

Páginas

Gobierno conforme a la cláusula quinta del convenio podía darlo por terminado, por cualquier causa a su juicio que motivara tal determinación, dando aviso al contratista con sesenta (60) días de anticipación sin que éste tuviera derecho a indemnización alguna. Además, podía declarar la caducidad administrativa del mismo por las causales contempladas en la Ley y por el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractúales. Concluido el año de especialización el actor se reincorporó a sus labores en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, hasta cuando fue declarado insubsistente por el acto acusado que surtió sus efectos fiscales a partir del 1º de mayo de 1972. El Decreto 2196 de 1965 que se indicó como violado por el acto acusado expresa en su Art. 2º que el funcionario favorecido con una beca, al regresar al país queda obligado a prestar sus servicios en la Respectiva Rama de la Administración Pública a que pertenece y dentro de su especialidad, en cargo de igual o superior nivel, por un término equivalente a tres veces el tiempo que dure la comisión de estudios, el cual no podrá ser, en ningún caso, menor de un año. Es decir, esta norma impone una obligación al contratista mas no a la Administración y así se evidencia en el contrato que suscribieron el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el doctor Enrique Lasprilla. Fuera de ello el Dane al regreso del mencionado doctor Lasprilla puso a disposición del mismo el cargo de Economista III-24 y luego el de 28 que desempeñó hasta su destitución. Y la destitución de que fue objeto el actor no puede juzgarse como incumplimiento del convenio por parte del Dane, pues es claro que siendo un funcionario de libre nombramiento y remoción como se evidencia de autos y es circunstancia que no ha sido objeto de discusión en el juicio, a pesar de ese contrato conservaba ese carácter; y mal podía pensarse que por ministerio del mismo iba a tornarse en empleado con un período fijo de tres años. Además, estima la Sala, que el contrato de que se hace mérito tuvo su ejecución desde el mismo momento del reintegro del doctor Lasprilla a su cargo en el Dane al finalizar el curso de especialización, sin que sus efectos puedan tener un alcance indefinido que dé margen a demandar el reconocimiento de derecho presuntamente emanado de él. Y bien dice la colaboradora Fiscal, uno es el acto administrativo acusado y otros son los efectos que en un momento dado, pueda tener el referido contrato que no está enjuiciado. (Sentencia de agosto 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 00928 del Dane. Actor: Enrique Lasprilla S. Exp. 3618. Autoridades Nacionales). 350

36. CONTRATO DE CONCESION, EXPLORACION Y EXPLOTACION DE CALIZAS. DECRETO 1275 ARTICULO 27 DE 1970.— DERECHO PREFERENCIAL DEL CONTRATISTA

El señor agente del Ministerio Público en su vista de fondo, conceptúa que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. Dice así la vista fiscal: "...La Resolución 002647 de agosto 6 de 1974 originaria del Ministerio de Minas y Energía y que es el principal acto acusado, desató la oposición que el señor Guillermo Laserna P. había formulado ante esa entidad a la solicitud de permi-

so presentada por el señor Juan Rodríguez, para la exploración y explotación de yacimientos de mármol situados en el municipio de San Luis, corregimiento de Payandé en el Departamento del Tolima solicitud de permiso que fue radicada en el Nº 542 "según se desprende del texto del acto acusado, la oposición del señor Laserna Pinzón se basó en estas dos circunstancias: "a) que el área del Permiso, se superpone a las zonas pertenecientes al contrato 1061 del cual es titular el opositor. "b) que por la razón antes expuesta, tiene derecho preferencial el área objeto del permiso. En relación con la superposición del área, a lo largo del expediente se observa que este punto no tiene discusión alguna pues está plenamente demostrado que el permiso 542 se superpone en el terreno de la Concesión 1061 en un área de 152 hectáreas y 1.000 metros cuadrados. El Ministerio de Minas, para considerar que el solo hecho de la superposición no era suficiente para la prosperidad de la oposición manifestó lo siguiente: "podría pensarse que la superposición en comentario es hecho suficiente para desatar la controversia planteada ya que por una parte existe el contrato 1061 y por la otra la solicitud de Permiso 542 cuyas zonas se interfieren en gran parte, pero ello no es posible puesto que hay necesidad de examinar con detenimiento el objeto del contrato en mención y si ese objeto coincide realmente con el de permiso. Así, en caso afirmativo, la impugnación sería fundada". El Ministerio basándose en varios informes técnicos, llega a la conclusión de que son completamente distintas las "calizas" (contrato 1061) y los Mármoles (permisos 542) y que no exista interferencia entre las explotaciones que se adelantan tanto dentro del contrato 1061 —calizas y del permiso 542 (mármol)—. Para la Fiscalía es incuestionable lo anterior, no solamente por basarse en estudios técnicos sino por el hecho de que en este juicio ni tan siquiera pretendió desvirtuar esta conclusión. Entonces, sólo queda por analizar la afirmación del actor en el sentido de que él tiene derecho preferencial al área del permiso. Afirma el actor, para sustentar su tesis lo siguiente: "El Art. 1º literal b) del Decreto 1275 de 1970, que entre las finalidades del Estatuto Minero se encuentra la de "facilitar la explotación económica de todos los recursos minerales *que se descubran* en el país y procurar que mediante la aplicación de sistemas y procedimientos técnicos se obtengan el aprovechamiento integral de todos los minerales que se encuentren en los yacimientos... etc.". Según esto —dice el actor— para llegar "al aprovechamiento total de todos los minerales que se encuentran en los yacimientos, es necesario que exista un contrato con el Gobierno y lógicamente cuando la norma habla del aprovechamiento total de los minerales que se encuentran en los yacimientos, quiere decir que el concesionario tiene derecho a explotar los distintos minerales que se descubran dentro del área del contrato, para lo cual el mismo Decreto 1275 le da prelación al tenor de las voces del Art. 91. "A este respecto es conveniente precisar las fechas en que fueron presentadas al Ministerio de Minas y Energía las solicitudes de exploración del mineral del mármol. "A folio 61 del C. Nº 1 se encuentra el dictamen de los peritos. Dichos expertos, en base al expediente administrativo relacionado con la Concesión 1061 que se encuentra en el Ministerio de Minas precisaron estas fechas: a) la propuesta 1061 fue presentada el 24 de octubre de 1958. b) el

área le fue entregada anteriormente al concesionario Laserna Pinzón el 21 de abril de 1972. c) la solicitud para explotar mármol la formuló el concesionario el 24 de julio de 1974. Por otra parte, y no obstante que no obra en el expediente prueba directa, del texto del acto acusado se desprende que el señor Juan Rodríguez L., presentó ante el Ministerio de Minas y Energía la propuesta de permiso para explotar Mármol en el año de 1970. "Es decir el permiso para explotar el mineral de mármol fue presentado por el señor Rodríguez L., por lo menos cuatro (4) años de anterioridad al del concesionario de calizas, señor Laserna P., lo cual quiere decir en concepto de esta Fiscalía que no es cierta la afirmación de que el señor Laserna P., "descubrió" el mineral de mármol que se encuentra dentro del contrato 1061. Por otra parte tal caso se afirma en la resolución acusada y como se demostró con prueba testimonial en este proceso, el titular del permiso 542, desde el año de 1969, por lo menos, se encontraba explotando dichos minerales. No se debe ignorar que el Estatuto Minero al consagrar ciertas "prelaciones" estatuyó que el explotador tiene preferencia sobre cualquier persona, para el caso de presentación de propuestas (Art. 57 del Decreto 1275 de 1970). "En resumen, para la Fiscalía debe tener prelación el que descubrió el yacimiento y el que lo había venido explotando desde mucho tiempo atrás. "Sería injusto a todas luces que con interpretaciones a un texto legal, se le desconociera su derecho al verdadero descubridor y explotador de los yacimientos en disputa que en caso *sub judice* lo vienen a ser el solicitante del permiso 542. Por lo tanto la Fiscalía considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar con lo cual se quiere decir que los actos acusados no solamente son legales sino ajustados a la realidad". Entre las razones que fundamentan los citados actos administrativos, tienen importancia, para la decisión de la *litis*, los siguientes: a) Que hay diferencia técnica, química y física entre los minerales "calizas y mármoles"; b) Que los aludidos minerales puedan contratarse separadamente; c) Que aunque hay superposición parcial entre las zonas en que están situados los yacimientos de mármol y caliza, está demostrado, plenamente, que la explotación de uno y de otro no se interfieren ni resultan incompatibles para adelantarse por distintos empresarios; d) Que el oponente, por ser titular de un contrato de exploración y explotación de calizas, no tiene, por ese solo hecho, derecho preferencial a la concesión o permiso para explotar otros minerales que se encuentren en la misma zona concedida; e) Que el permiso fue solicitado en enero 8 de 1970 y la propuesta del oponente, para la explotación de mineral, fue hecha en 24 de julio de 1974, por lo que tiene prelación, en igualdad de circunstancias, quien primero la formuló en el tiempo; f) Que el titular del permiso 542, comenzó a explotar técnicamente, el mineral de mármol, por lo menos desde 1962, por lo que, como explotador, tiene claro derecho de preferencia en relación con el mármol. Es de anotar, que de las razones anotadas, sólo aparecen controvertidas, las señaladas bajo los literales d), e) y f) por lo que, las restantes, no impugnadas, serían suficientes, para mantener la presunta legalidad de los actos demandados. Sin embargo, no sobran las siguientes consideraciones: 1º) El contrato de concesión Nº 1061 de 1971, aunque celebrado bajo la vigencia del Decreto 1275

Páginas

de 1970, se rige por la legislación anterior al estatuto mencionado, especialmente por el Decreto 805 de 1947, pues la propuesta fue admitida antes del 8 de septiembre de 1970, día en que entró en vigencia el referido Decreto 1275 y, por ende, resulta aplicable lo previsto por el Art. 273, *ibidem*, que, al disponer que las propuéstas y solicitudes pendientes de admisión, deberían adaptarse al nuevo régimen previsto en ese Decreto, disponía a *contrario sensu*, que las admitidas como los términos y diligencias iniciadas, se regirán por las disposiciones legales anteriores. 2º) Y es que no puede ser de otra manera, pues el referido contrato 1061, según sus cláusulas 5ª y 9ª, abarca los períodos de exploración y explotación de calizas, lo que sea legítimo a tenor de los Arts. 1º y 6º del Decreto 905 de 1947, y resultaría ilegítimo, bajo el régimen del Decreto 1275 de 1970 que prevé la licencia como sistema de exploración y el contrato de concesión como sistema de explotación. 3º) Mientras bajo el régimen del Decreto 805 de 1947, cada mineral debe ser objeto de contrato separado para su exploración y explotación, bajo el nuevo régimen la Licencia habilita a su titular para explorar toda clase de minerales que se encuentren en la zona referida y que son económicamente explotables, mientras que la explotación debe ser objeto de contrato, de concesión para cada mineral. 4º) Acorde con lo anterior, el contrato 1061, se refiere exclusivamente a calizas y para sus períodos de exploración y explotación, pero no a Mármoles, que es lo que se refiere la solicitud 542 de 1970. 5º) Por tanto, si concesión y permiso se refieran a Calizas, la prelación o derecho de preferencia del concesionario demandante, sería claro, no sólo por el contrato, sino porque al juzgar la solicitud de permiso al tenor del Decreto 1275 de 1970, bajo cuya vigencia se formuló la oposición del concesionario y explorador, sería clara. 6º) Pero, referido el contrato a Calizas, exclusivamente, porque así lo dice el contrato y porque así lo ordenaba la legislación aplicable a su caso, no puede por sí solo, derivar derecho alguno para su titular frente al solicitante de un permiso para explotar un mineral distinto. 7º) Por último, demostrado como está y como fue deducido en los actos acusados, con verdad no desvirtuada en este proceso, que el solicitante del permiso explotaba técnica y comercialmente, el mineral, por lo menos desde 1962, es decir, 12 años antes de que el oponente hiciera propuesta de explotación de dicho mineral, el derecho del solicitante frente a su oponente, resulta claro y diáfano, frente al Decreto 1275 de 1970 y frente, también, a la legislación anterior, Decreto 805 de 1947. En otras palabras, con el solo contrato de concesión 1061, de 1971, el demandante no podría lograr la propiedad de sus pretensiones. (Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Guillermo Laserna. Exp. 1810. Resoluciones Ministeriales). 192

37. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Objeto ilícito.— La jurisdicción contenciosa administrativa sí es competente para conocer de actos relacionados con la caducidad de prestación de servicios, por ser del orden administrativo y de actos emanados de la Administración. Pero si el convenio se refiere a funciones de carácter permanente, en relación con las cuales no

Páginas

pueden celebrarse contratos de prestación de servicios no se podrá acceder a las peticiones de la demanda. De conformidad con el artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968 que posteriormente fue modificado por el Decreto 3074 del mismo año, "para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestaciones de servicios para el desempeño de dichas funciones". En tal virtud el negocio *sub lite* debe ser definido en armonía con las disposiciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto las providencias impugnadas constituyen actos administrativos susceptibles de ser demandados ante esta juridicción y no ante la justicia laboral ordinaria, pues de las cláusulas del convenio suscrito entre el Gobierno Nacional y el actor se colige que aunque se trata de un contrato administrativo, se viola de manera flagrante el precepto anteriormente transcrito, ya que aquél carece de objeto lícito, porque versa sobre materias que no pueden regularse mediante convenciones con los particulares, como quiera que están taxativamente reservadas a funcionarios administrativos y nunca a contratistas. En esta forma al contrario de lo que sostienen el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y la Fiscalía Cuarta de esta Corporación, la jurisdicción contenciosa administrativa sí es competente para conocer de actos relacionados con la caducidad de contratos de prestación de servicios, por ser —se repite— del orden administrativo y de actos emanados de la Administración. Pero como el convenio se refiere a funciones de carácter permanente, en relación con las cuales no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, habrá de revocarse la sentencia del Tribunal, que declaró la inhibición para decidir el presente negocio en primera instancia por falta de competencia y, en su lugar no accederá a las peticiones de la demanda. (Sentencia de 20 de septiembre de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 2688). 161

38. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No es procedente demandar la resolución de los contratos administrativos cuando su plazo se ha vencido. Puede y debe demandarse la nulidad de los Actos Administrativos y, en forma directa la indemnización de los perjuicios causados. Demanda de Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. contra Incora.— La demanda, además de pedir la nulidad de las Resoluciones sobre caducidad de los contratos 341 y 271, impetra la resolución de dichos contratos y la condena al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual. Esta Corporación ha dicho en repetidas ocasiones, que no es procedente demandar la resolución de los contratos administrativos cuando su plazo se ha vencido, pues la resolución sólo se esgrime frente a un contrato vigente y resulta *inane* frente a un contrato fenecido. Por otra parte, la caducidad implica la terminación del contrato y aunque con posterioridad se anule el acto que la decretó, lo cierto es que el vínculo jurídico por decisión unilateral que, al resultar ilegal, deviene sólo en fuente eficaz de la indemnización demandada. Y si, como, igualmente, lo ha dicho esta Sala no es posible condenar a la administración a cumplir un

Páginas

contrato cuyo plazo está vencido o cuyo objeto ya no es realizable o se está realizando en virtud de otro contrato o debió concluirse, como en el caso de autos en que las carreteras cuya construcción había sido contratada con la sociedad demandante, fueron nuevamente contratadas con otra firma, según consta en el expediente. Y, en fin, los contratos de tracto sucesivo no son, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, susceptibles de resolución ya que es imposible devolver a los contratantes a la situación que tenían al momento del contrato resuelto, ante la serie de hechos cumplidos en ejecución del convenio, por naturaleza irreversibles. De ahí, que en estos casos, en el derecho privado, se habla de *Resiliación*. La conclusión que se impone es la de que ante controversias como la que se estudia, la alternativa del artículo 1546 del C. C., es inaplicable y puede y debe demandarse la nulidad de los actos administrativos y, en forma directa, la indemnización de los perjuicios causados o, también, quizás en forma más ajustada a la técnica procesal, la nulidad de los actos administrativos, la declaración de que el contrato terminó por decisión unilateral e ilegal o culpa de la administración y la consecuencial condena al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual. Por tanto, se declarará la nulidad de las Resoluciones acusadas y se condenará al pago de los perjuicios materiales causados y se denegará la resolución suplicada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. Sentencia de noviembre 23 de 1977. Exps. 1427 y 1428). 547

39. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Bases para la liquidación de perjuicios.— Para señalar las bases que se deban tener en cuenta para la liquidación de los perjuicios, se harán las siguientes observaciones: a) Los contratos fueron celebrados con base en precios unitarios, es decir, a precio fijo, con reajustes previstos en los mismos convenios; b) Dada la modalidad y cláusulas de dichos contratos, los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores vinculados a las obras, por cuenta, directa o indirecta de la firma contratante, corren a cargo de ésta y cualquier pago que por tales conceptos haya hecho el Incora, deberá ser reembolsado por el contratista o compensado con el monto de la indemnización, con la única excepción de la indemnización por terminación intempestiva de los contratos de trabajo, en caso de que se haya pagado, originada por la caducidad decretada; c) El valor del tiempo de la maquinaria paralizada por los hechos culposos imputados al Incora, correrá por cuenta de tal entidad, pero sólo hasta la fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución que decidió la reposición de la declaratoria de caducidad de cada uno de tales contratos, pues a partir de tal momento, desaparece toda responsabilidad para la entidad demandada, por la falta de utilización de dicha maquinaria; d) No hay lugar a indemnización de ninguna clase, por la paralización de trabajos, ociosidad de personal y maquinaria, originados en los hechos constitutivos de fuerza mayor y que se han analizado en esta providencia; e) Corren a cargo del Incora, los valores correspondientes a arrendamiento o usufructo de maquinaria, pagados, por el contratista, entre la fecha

Páginas

de la declaratoria de caducidad y la fecha en que el plazo contractual debía vencerse; f) Determinada, con base en el dictamen pericial que obra en autos, la cantidad de obra ejecutada y su valor según el respectivo contrato, con los reajustes a que tenía derecho el contratista hasta la fecha de ejecutoria de la resolución declarativa de la caducidad, según el mismo contrato, se tendrá este valor como factor inicial de la liquidación; g) Al valor anterior se le restará lo efectivamente pagado por el Incora por tal obra ejecutada; h) Al saldo anterior, se le sumarán los valores determinados como indemnización en los literales anteriores; i) Al total así deducido, se le agregará el valor de la utilidad líquida que el contratista hubiere podido obtener en el desarrollo normal del contrato y referido a la cantidad y valor de la obra que faltaba por ejecutar al momento de la declaratoria de caducidad, determinados precios y reajustes pactados; j) Al total anterior se le restará el saldo no amortizado del valor del anticipo recibido por cada uno de los contratos; k) Se deducirá, igualmente, el valor pagado por el Incora a personal dependiente directa o indirectamente del contratista demandante, por concepto de salarios y prestaciones sociales, obviamente, sin incluir indemnización por terminación intempestiva de los respectivos contratos; l) Se agregará a lo anterior, las pérdidas o mayores costos ocasionados por la mora en el pago del anticipo del contrato Nº 271, la falta de señalamiento de fuentes de materiales en ambos contratos y la caída del puente sobre el Río Banadía en relación con el contrato Nº 341. Así se concretará la suma reconocida por indemnización de perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. Sentencia de noviembre 23 de 1977. Exps. 1427 y 1428). 547

40. CORPORACIONES Y FUNDACIONES

Antecedentes normativos. Derecho Comparado. Derecho Colombiano. La Voluntad Creadora. Los Bienes. El Fin.- Corporaciones y Fundaciones. 1.—Antecedentes Normativos. La normatividad sustantiva sobre estas dos formas de la personalidad jurídica, contenida en nuestro C. C., no es lo suficientemente completa y acabada. Ello se explica en primer lugar, por el vacío absoluto que ofrecía sobre esta misma materia el Código Napoleónico y que tuvo como causa fundamental el extremo individualismo prevaleciente, a raíz de la Revolución. Don Andrés Bello se propuso colmar ese vacío y consignó, al efecto las disposiciones que conforman el Título XXXIII del Libro Primero del Código Chileno, las cuales corresponden al Capítulo XXXVI del mismo Libro de nuestro C. C., salvo las modificaciones que se le introdujeron por medio de la Ley 57 de 1887 (Artículos 25, 26, 27 y 45), las que se derivan del artículo 44 de la Constitución Nacional y de otras disposiciones especiales como la contenida en el Decreto Ley 054 de 1974 que, a su vez, reiteró lo preceptuado antes, por la Ley 93 de 1938. III. *Derecho Colombiano.* 1. La primera distinción que se hace en el Derecho Colombiano en relación con las personas jurídicas de Derecho Privado es la consignada en los Artículos 44 de la Constitución Nacional 633 y 635 del C. C. se las clasifica por razón del fin, según que éste se vincule

o no, con el lucro económico. Si lo primero, las personas jurídicas se denominan Compañías o Sociedades Industriales o de Comercio. Si lo segundo, Asociaciones o Corporaciones y Fundaciones. 2. Dentro de los fines no lucrativos, nuestra Ley circunscribe las finalidades de la Fundación a la Beneficencia Pública (Artículo 633 del C. C.) y al ámbito un poco más amplio de la *utilidad común* (Artículo 120 Nº 19 C. N. y Artículo 30 Decreto 054 de 1974) y del interés social (Artículo 30 de la Constitución Nacional) dentro de los cuales caben, además de la Beneficencia, otros objetivos de orden científico, artístico, literario, educativo, deportivo, recreativo, etc. 3. En relación con las Corporaciones o Asociaciones las finalidades exentas de ánimo lucrativo, pueden ser un poco más amplias, incluyendo actividades de tipo religioso (Artículo 44 de la Constitución Nacional). Y aun otras no puramente altruistas, como podrían ser la defensa de un gremio, de una profesión, o de un oficio y/o análogos, de los cuales se derive directamente un provecho económico para distribuir entre los asociados. 4. En la Constitución de las Corporaciones y de las Fundaciones concurre un elemento común, como es el acto del Poder Público por medio del cual se reconoce su existencia como personas jurídicas, (Artículo 44 de la Constitución Nacional), de suerte que, si bien la voluntad particular de las personas que se asocien o de la persona que crea la Fundación es un presupuesto esencial, no es sin embargo el único y exclusivo para su existencia. 5. Tanto las Fundaciones como las Corporaciones son personas jurídicas (Artículo 633 del C. C.) y por lo tanto, unas y otras participan de los caracteres fundamentales inherentes a estos sujetos de derecho, tales como el de la distinción entre la esfera jurídica de la persona moral y la de sus asociados o la del fundador, (Artículo 637 C. C.) y lo concerniente a la representación legal de aquélla (Artículo 640 del C. C.), o lo relativo al patrimonio (Art. 27 Ley 57 de 1887). 6. En cambio, los elementos restantes que configuran los conceptos jurídicos de Corporación y de Fundación son típicos y específicos de cada una de estas instituciones, de suerte que, en relación con ellos, no cabe ninguna posibilidad de aplicación de lo preceptuado en el inciso final del artículo 633 del C. C., en cuanto prevé la hipótesis de Corporaciones o de Fundaciones que participen de uno u otro carácter. A continuación se examinarán los elementos típicos, esenciales e incomunicables de la Fundación y de la Corporación: A) *La Voluntad Creadora.* La Asociación o Corporación, como su nombre lo indica, surge del acuerdo de una pluralidad de voluntades que se vinculan mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a un fin. La Voluntad Unica como resultante de la integración de las voluntades individuales de los asociados, mediante el mecanicismo del sistema mayoritario, es uno de los rasgos distintivos de la Corporación, frente a la Fundación. "la Voluntad de la mayoría de la Sala es la voluntad de la Corporación" (Artículo 638 Inc. 2º C. C.), y de esa voluntad dependen el régimen estatutario (Artículos 636 y 641 C. C.) y las decisiones fundamentales de la Entidad. La Corporación es pues, autónoma en su creación y en su funcionamiento. Para la Fundación, en cambio, la pluralidad de voluntades no constituye elemento esencial, pues de ordinario ella se origina en la voluntad de una sola persona. Nada impide, sin embargo la concurrencia de dos o más voluntades para constituirla, en cuanto de ellas resulte, por razón de la coinciden-

cia, un querer unitario sobre los fines, la organización y, en general, sobre los medios para alcanzar aquéllos. Expresada esa voluntad, dispuestos los medios para realizarla y obtenido el reconocimiento de la autoridad, el ente no requiere en principio para su funcionamiento, de posteriores y periódicas manifestaciones de voluntad del fundador único o de las personas que concurrieron a su creación. La voluntad original quedó como estratificada; todo lo demás será desarrollarla e interpretarla por conducto de sus órganos propios, o del Presidente de la República, si fuere menester adicionarla o completarla (Artículo 32 Constitución Nacional y 650 C. C.). Sin embargo nada se opone a que el fundador o fundadores, por cláusula expresa se reserven atributos especiales que los instituyan como intérpretes máximos de la voluntad ya expresada, o asuman la calidad de órganos de la Entidad, pero aún así, sus poderes no podrían entenderse, sino dentro del marco de la voluntad original, la cual debe mantenerse esencialmente incólumne, mientras no perezcan los bienes que se le destinaron (Artículo 652 C. C.). A lo sumo podrían reservarse los fundadores una facultad para cambiar el objeto específico por otro dentro del mismo género de beneficencia, de utilidad común o de interés social, cuando el señalado inicialmente hubiese perdido toda eficacia social, debido al progreso científico o técnico. Para sintetizar, podría decirse que la Fundación es por su origen heteronómica, pero que una vez creada, funciona con la autonomía inherente a su categoría de persona jurídica. La Corporación en cambio puede renovarse o modificarse y disolverse por la voluntad mayoritaria de sus asociados, en la forma prevenida en sus estatutos, los cuales, a su vez, son susceptibles de reforma, en cualquier momento, por ministerio de esa misma voluntad (Artículos 638 y 649 del C. C.). En la Fundación, por el contrario, la voluntad original está tocada de irrevocabilidad, al menos en sus elementos esenciales. B) *Los Bienes* El substratum de la Corporación (*universitas personarum*) es la colectividad de individuos que la integran, pero naturalmente, y, como algo intrínseco a su personalidad jurídica le es consustancial el patrimonio, en sentido abstracto, o como posibilidad jurídica de adquirir bienes de ejercer el dominio. La titularidad de derechos dominales, en concreto, no es elemento esencial para su nacimiento a la vida jurídica, lo cual no significa que ello no sea necesario para el cumplimiento de sus fines. Como en el seno de la Corporación vive y palpita la voluntad de los asociados, esa voluntad goza de los atributos jurídicos adecuados para disponer en cualquier momento posterior a su nacimiento, lo conveniente para la dotación de los bienes o recursos necesarios. En la Fundación el fenómeno es diferente. Si, como lo enseña Savigny principal inspirador del Código Chileno en materia de personas jurídicas al decir de Alessandri, Ennecerus y Von Timur, el *"substratum"* de la Fundación es la realización efectiva de un fin, es de su esencia que, desde su origen mismo, se produzca una destinación de bienes para el cumplimiento de aquél y que, por virtud de tal destinación, esos bienes se incorporen inmediatamente a su patrimonio. Para que el fin no se mantenga en el orden de lo puramente ideal, la Ley exige que se dote originalmente al ente que se crea de los medios materiales necesarios, ya sea en dinero o en especie, de forma que ello no quede condicionado a la eventualidad de un cambio de voluntad del fun-

Páginas

dador, posterior al reconocimiento. Como dice Castan, citado por Alessandri, "Al acto de fundación va normalmente incorporado, aunque tenga naturaleza propia, el *acto de dotación*, por el que el fundador asigna un patrimonio al ente que se erige. Este acto de dotación, accesorio al precedente, ha de ser considerado como un acto unilateral de disposición gratuita que exige capacidad para enajenar y hacer liberalidades y que pueda revestir la forma externa del acto "inter vivos" o de disposición testamentaria". (Op. Cit. Pág. 295). C) *El Fin*: En párrafos anteriores se examinó este elemento en los aspectos comunes a la Fundación y a la Corporación, pero ahora es conveniente destacar lo específico de éste, en relación con las Fundaciones. Es esencial a éstas, que el fin trascienda al beneficio exclusivo de la institución y al interés personal del fundador y que se proyecte con caracteres de un bien social en el sentido más exquisito del concepto. En la Corporación puede que ello ocurra, pero también es jurídicamente factible que el beneficio social, extra económico puede contraerse a los asociados, a un gremio, o grupo social en particular. Por la incidencia que pueda tener en esta decisión, es preciso destacar la nota de irrevocabilidad que caracteriza a la fundación, sin la cual no es posible concebir su autonomía de persona jurídica en relación con el fundador. Como advierte Ennecerus, una vez obtenido el reconocimiento o la aprobación de la autoridad pública, la voluntad ulterior del fundador no puede destruir el querer original, que se ha tornado irrevocable. Lo único que podría alterar esta voluntad sería la destrucción de los bienes, según lo prevé el artículo 652 del C. C. Sin embargo es jurídicamente posible, por razón del principio de la autonomía de la voluntad y, en cuanto no se afecte el querer primigenio, que el fundador en el acto constitutivo se reserve atribución que le permitan interpretar el alcance de su propia voluntad o que lo invistan de categoría orgánica dentro de la institución. Pero, en ambos casos, su función ha de entenderse como un poder constituido, que se subordina al poder constituyente de la voluntad contenida en el acto fundacional. (Sentencia de octubre 6 de 1977 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Acción Cultural Popular. Exp. 2425). 429

41. CREDITOS DEL ESTADO.— ACCION EJECUTIVA

Prescripción extintiva a los 10 años.— Desde la vigencia del Art. 81 de la Ley 42 de 1923, que derogó el Art. 257 del Código Fiscal, la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró al régimen del derecho común y la acción ejecutiva se extingue por el transcurso de diez años contados desde la fecha en que la obligación se hace exigible, de conformidad con la norma del Art. 2536 del C. C. (Auto de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: La Nación contra Floro Castaños C. Exp. 4358. Jurisdicción Coactiva). 811

42. CRUZ ROJA COLOMBIANA

Facultad legal para que la Sociedad Cruz Roja Colombiana pueda celebrar dentro de cada año una o más rifas de inmuebles o muebles,

Páginas

automóviles y enseres.— En oficio distinguido con el Nº 25263, de fecha 28 de noviembre del corriente año, el señor Ministro de Salud, formuló a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente consulta: "Por virtud de lo dispuesto en el Art. 3º de la Ley 2ª de 1964, en concordancia con el Decreto Legislativo 130 de 1957, y teniendo en cuenta lo expresado por la Honorable Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, puede la Cruz Roja Colombiana 'hacer anualmente rifas (en número plural) es decir, no "rifa" de inmuebles, sin sujeción a las disposiciones sobre rifas; o sólo puede hacer anualmente una rifa pero en varias etapas o sorteos, conforme a un plan unitario?". Conviene que antes de ocuparse la Sala en el examen de la consulta, se tenga un concepto concreto sobre el significado etimológico de lo que en nuestra lengua tiene sustantivo "rifa", y sobre la acción o movimiento que expresa el verbo "rifar". La comprensión de estos términos, el conocimiento de la legislación que regula esta actividad, sus antecedentes, etc., permitirán a la Sala llegar a una conclusión clara sobre el objeto que es materia de la consulta. Define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (pág. 1.149 XIX edición de 1970) la expresión "rifa", como "juego" que consiste en sortear una cosa entre varios por medio de cédulas de corto valor, que todas juntas suman, por lo menos, el precio en que se le ha estimado"; y el vocablo "rifar", como la acción de, "efectuar el juego de la rifa". Esto es importante dentro de la problemática que presenta la consulta, tanto más, cuando que, de conformidad con las normas de interpretación de la ley, las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas (Art. 28 de la Ley 153 de 1887). Dentro de nuestro sistema jurídico el juego de la rifa tiene su origen en la autorización que le dé la ley para establecerla, y está sujeta, en cuanto a su permanencia en el tiempo, la modalidad en la emisión de billetes o boletas, pago de impuestos, control gubernamental, etc, a reglamentos de orden legal precisos y concretos. El Art. 3º de la Ley 19 de 1932, por ejemplo, dispone como norma general, que "ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender billetes fraccionados, ni rifar ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente". A su vez, el Decreto 537 de 1974 reglamentario, entre otras, de la ley anteriormente citada, no solamente reproduce la prohibición de la rifa con carácter permanente, sino que presume tal rifa celebrada a título no gratuito, señalado en el Art. 4º los gravámenes o impuestos que debe pagar al municipio respectivo que otorgue el permiso. Características, también, de la rifa, en nuestro sistema normativo, son los propósitos y fines específicos que el legislador le asigna, cuando las autorizan. Generalmente, la ley ha permitido su establecimiento, con el objeto de generar recursos destinados a obras de reconocido interés social o de utilidad pública. Cabe aquí señalar, por vía de ejemplo, y en apoyo de lo anteriormente expresado, las "rifas" autorizadas a las sociedades de mejoras públicas por la Ley 58 de 1945, para sortear "en cada año hasta cuatro casas higiénicas para trabajadores", la "rifa" autorizada a la Asociación de loteros inválidos de Hansen por la Ley 2ª de 1970 "para rifar una casa cada año, con o sin muebles y enseres", y la que inicialmente, la facultó para llevar a cabo la Cruz Roja Nacional, en 1953, por

medio del Decreto Legislativo 867 del citado año, para rifar en esa anualidad "una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres". A esta última disposición, habrá de referirse la Sala como punto de partida, para examinar y entrar a resolver la consulta que se le propone. En efecto, como se expresó anteriormente, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto Legislativo 867 de marzo de 1953, autorizó a la Cruz Roja Colombiana para rifar en *ese año*, (Subraya la Sala) una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres. Dijo así el Art. 1º del Decreto citado. "Autorízase a la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana con sede en Bogotá, para rifar en el año de 1953 una, casa, con o sin muebles, automóvil y enseres sin sujeción a las disposiciones sobre rifas". El examen de la norma transcrita permite afirmar, sin duda alguna, que la autorización que aquel decreto confirió a la Cruz Roja Colombiana, fue una autorización limitada, restringida no solamente en el tiempo, sino también cuanto a los bienes objeto de la rifa: únicamente se le facultó para hacer una rifa, para llevarla a cabo en el año de 1953 y no en ningún otro año, y ésta, exclusivamente, podía recaer sobre "una casa y un automóvil" dejando a discreción de la entidad que la casa estuviera o no dotada de muebles. Con posterioridad, en el año de 1957, la Junta Militar de Gobierno, por medio del Decreto Legislativo 130 de junio del citado año, otorgó una autorización más amplia a la Cruz Roja Colombiana. En efecto, dispuso en el Art. 1º del mencionado decreto; "Autorízase a la sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, con sede en Bogotá, para rifar *anualmente*, subraya la Sala, una casa, con o sin muebles, automóvil y enseres, sin sujeción a las disposiciones sobre rifas". Qué interpretación tiene esta nueva autorización, y cuál su trascendencia, frente a la que gozó esa institución, por virtud del Decreto Legislativo 867 de 1953 citado anteriormente? Si se compara el texto de las dos normas transcritas, se ve nítidamente, cómo la amplia en cuanto le permitió rifar "anualmente", es decir, "cada año" todos los años, a partir de la expedición del citado decreto "una casa con o sin muebles, automóvil, y enseres"; dado que, la expresión "anualmente", de conformidad con la definición que de allá da el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española quiere decir, "cada año". La nueva norma, le otorgó a la Cruz Roja una autorización que antes no tenía, rifar anualmente una casa, además, de los otros objetos que ya se mencionaron, pero mantuvo la restricción en cuanto no le permitió rifar más de una casa con o sin muebles, el automóvil y enseres. Tal, la interpretación, que en opinión de la Sala, tiene la norma anteriormente citada. Posteriormente, en el año de 1964 con ocasión del centenario de la Cruz Roja Internacional, la Nación se asoció a la celebración de esta efemérides, expidiendo para ese efecto la Ley 2ª de 1964, en la cual, luego de revelar los servicios que esta institución ha prestado a la comunidad internacional, y las virtudes cívicas y ciudadanas que enaltecieron a su fundador, introdujo una modificacicón sustancial a la autorización que, hasta entonces, disponía la Cruz Roja, por virtud del Decreto Legislativo 130 de 1957, ampliándola, en el sentido de permitírsele *"hacer rifas de inmuebles"* (subraya la Sala). En opinión de la Sala, no existe la menor duda que la modificación introducida por la referida ley el Art. 1º del Decreto Legislativo 130 de 1957, se pretendió, fue ampliar a la Cruz Roja Nacional la facul-

Páginas

tad de que disponía, para que, en adelante, pudiese efectuar varias rifas, y no solamente una, como anteriormente se le había permitido, y para rifar, además, no una casa, sino inmuebles, o sea, todos aquellos bienes que de conformidad con el Art. 656 del C. C., se reputan como tales. Por manera que, si la ley empleó, la expresión "rifa" en contraposición a "rifar" empleada en el Art. 2º del Decreto 130 de 1957, lo hizo con un propósito definido, consciente de su significación etimológica, y de las consecuencias de orden jurídico, que del uso de tal expresión se derivarían. (Concepto de octubre 21 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Rad. 1173). 53

D

43. DEMANDA

Forma en que debe presentarse el acto Administrativo Acusado que debe acompañarla. Cuando el Tribunal *a quo* dé curso a la demanda sin haberse presentado copia auténtica del acto demandado debe impugnarse mediante los recursos legales el auto admisorio de la demanda; pero ejecutoriado dicho auto no habiéndose tachado ni redargüido de falso en el plenario la copia aducida no puede después debatirse el asunto. Para decidir se considera: La Sala encuentra fundado en lo esencial el razonamiento que sirvió al Tribunal para proferir la sentencia consultada, aunque disiente en cuanto considera el simple traslado como desmejoramiento del funcionario, ya que esta medida es una facultad de la Administración cuando tiende a la eficacia del servicio. Sin embargo, no está demás anotar la grave falla procesal en que incurrió el *a quo* al admitir la demanda sin que a ella hubiere acompañado el actor copias auténticas de los decretos acusados, los cuales sólo vinieron a obrar en el proceso en el período probatorio, aunque el actor había solicitado en el libelo, como cuestión previa, la obtención de las copias auténticas de dichos actos. No obstante, el vicio anotado no acarrea la nulidad de lo actuado, porque como lo tiene dicho el Consejo de Estado, cuando el Tribunal *a quo* dé curso a la demanda sin haberse presentado copia auténtica del acto demandado debe impugnarse mediante los recursos legales el auto admisorio de la demanda; pero ejecutoriado dicho auto no habiéndose tachado ni redargüido de falso en el plenario la copia aducida, no puede después debatirse el asunto. (Sentencia de 27 de septiembre de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Exp. 2054. Actor: Ana Vizcaíno de Vizcaíno. Autoridades Departamentales). 449

44. DEPARTAMENTOS

Según el Artículo 187, ord. 8º de la Const. Nal. corresponde a la asamblea, por medios de Ordenanzas, determinar la organización y crear, fusionar o suprimir los empleos de la Contraloría Departamental.— La norma del Código Fiscal que se ha pretendido reformar hace relación a la Contraloría Departamental de Caldas que, según el mismo Código, "será una oficina de contabilidad y

Páginas

vigilancia y no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes al desarrollo de su propia organización". Y esas funciones administrativas son las enunciadas, en el Art. 454 cuyo literal b) ha sido adicionado en la forma y con la expresión que antes se transcribió. La Constitución Nacional dice que corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de Ordenanzas, "determinar, a iniciativa del Gobernador, la estructura Departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo", mientras al Gobernador le otorga la misma Carta, como atribución administrativa del departamento "nombrar sus agentes" (C. N. Art. 194 Ord. 2º) para lo cual podrá "Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales", según lo manda el Art. 194-9 de la Carta. Esto en relación con la administración departamental, de la cual se excluye la Contraloría, por ser entidad fiscalizadora. Respecto de esta dependencia de la administración, según el Art. 187 ord. 8º de la Constitución Nacional le corresponde a la Asamblea, por medio de Ordenanzas, determinar su organización y por lo mismo, crear, fusionar o suprimir los empleos de esa dependencia. En esta forma la Constitución busca garantizar la autonomía de la Contraloría, para que ejerza sin trabas y con plena autonomía, el control fiscal de la administración departamental. Como se ve, de la simple comparación entre estos mandatos de la Constitución y el texto de las Ordenanzas acusadas, hay una ostensible contradicción, porque mientras aquéllas otorgan facultades expresas a las Asambleas para crear, fusionar, suprimir los empleos de la Contraloría, éstas, las Ordenanzas, dan las mismas atribuciones al Contralor Departamental. Esto es suficiente para dar prosperidad a la suspensión que expresamente han solicitado los demandantes. (Sentencia de agosto 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Abogados de la Ciudad de Manizales. Exp. 2695. Acción de nulidad contra las Ordenanzas 96 de 1975 y 001 de 1976. Exp. 2695. Ordenanzas Departamentales). 485

E

45. ELECTORALES

Acción de nulidad del acto electoral. Acumulación de pretensiones deben ser atendidas las peticiones que efectivamente movieron el ánimo del demandante, dejando de lado aquellas pretensiones que no armonicen totalmente con la principal, o mejor decir, con la que constituyó el móvil de la acción y declarando la inhibición para las indebidamente acumuladas.— Las peticiones formuladas en la demanda indican a las claras que la acción ejercitada es la de nulidad de un acto electoral y las adiciones hechas a la demanda se han formulado como una simple acción de nulidad. Si las dos pretensiones se pudieran llevar bajo una misma cuerda, con un mismo procedimiento, podría llegarse a la acumulación de pretensiones de que habla el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil. Mas como ello no es posible, será preciso tener en cuenta otros puntos de

vista para efectos de la interpretación de la demanda. A la Sala no le cabe la menor duda de que el actor lo que pretendió, por sobre todo, fue demandar las elecciones de contralores general y auxiliar y de auditor interno de la Contraloría Departamental del Cesar. Así lo manifestó expresamente la demanda cuando su autor dijo que invocaba el procedimiento estatuido en el capítulo XX del C. C. A., y esta misma fue la interpretación que dio el Tribunal *a quo*, cuando en el auto admisorio de la demanda, se refirió expresamente a los requisitos de forma establecidos en el Art. 210 del mismo código y dijo textualmente en el numeral 1º de su auto de enero 31 del año en curso: "Admítase la presente demanda electoral...". Como tal fue tramitado el juicio y como tal se tuvo en cuenta para efectos de repartimiento y de fijar la competencia de la Sala Plena de esta Corporación. Se encuentra la Sala, en virtud de la adición hecha a última hora de presentar la demanda, pues ni siquiera está escrita en máquina como todo el resto del libelo, sino a mano, y de la otra adición posterior que fue presentada el último día de la fijación en lista, que el actor quiso sumar a su demanda electoral otras pretensiones que nada tienen que ver con el juicio electoral y que hicieron pensar al Tribunal del Cesar que estaba acumulando a ella otra nueva demanda de simple nulidad. Efectivamente esta acumulación de acciones que rigió en el viejo código judicial, de acuerdo con el pensamiento del Consejo y de los Tribunales, era calificada como una indebida acumulación de acciones que conducía a un fallo inhibitorio, como lo hizo el *a quo* en la sentencia que ahora se revisa. Mas, dentro de las modernas prácticas procesales, se ha cambiado esa figura por la de acumulación de pretensiones de que trata el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, ante cuyo contenido tanto el Consejo como la Corte Suprema de Justicia, han sido más amplios y con ese criterio han decidido que deben ser atendidas las peticiones que efectivamente movieron el ánimo del demandante a formular sus acusaciones, dejando de lado aquellas pretensiones que no armonicen totalmente con la principal, o mejor decir, con la que constituyó el móvil de la acción, y declarando la inhibición para las indebidamente acumuladas, todo con el ánimo de hacer más efectivos los procedimientos y de garantizar más los derechos de quien reclama una declaración judicial. Aunque en apariencia la demanda presenta una indebida acumulación de pretensiones, caso en el cual la solución estaría en la orientación jurisprudencial anotada, una interpretación racional del libelo y de sus escritos de adición permite arribar una conclusión diferente. En estricto sentido no existe sino una sola pretensión: la nulidad del acto de elección de los funcionarios atrás mencionados. Porque la nulidad de la proposición que señala día y hora para su designación, es un antecedente o requisito previo al acto o, mejor, un simple acto de trámite que por no resolver directa o indirectamente el fondo del asunto no es susceptible de impugnación jurisdiccional. Cosa distinta es que ese paso o trámite, de ser ilegal, puede discutirse para alegar la expedición en forma irregular del acto de elección. Y la nulidad de la reunión del día 24 de noviembre de 1976, es petición francamente improcedente y antitécnica. En el proceso contencioso puede pedirse la nulidad de los actos administrativos que se expiden durante una reunión de una corporación pública, identificándolos plenamente, pero no de la reunión misma porque

Páginas

ésta en sí no constituye un acto administrativo ni un conjunto de estos. Por esta razón la sentencia que dio origen a este recurso, se habrá de Reformar, en el sentido de confirmar la inhibición en cuanto a todas las pretensiones distintas de las electorales, para entrar a decidir sobre éstas. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Felipe Namen R. Exp. 324. Electoral). 692

46. ELECTORALES

Distinción entre el Contencioso Electoral y el Contencioso de Restablecimiento del Derecho naturaleza de la pretensión. Plena Jurisdicción.— La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho siempre la distinción entre el Contencioso Electoral y el Contencioso de Restablecimiento del derecho, cuando se trate de elecciones realizadas por las Corporaciones Públicas o de nombramientos de funcionarios. En el auto de 3 de octubre de 1950, se dijo: "El contencioso de plena jurisdicción o subjetivo contra el acto por el cual se hace un nombramiento que, como lo indica su enunciado, solo puede ser ejercitado por quien ha sufrido una violación de sus derechos particulares por causa del acto que se demanda solamente concierne a determinada o determinadas personas; en él se actúa para el restablecimiento del derecho particular violado. Y como expresamente la Ley (Ley 167 de 1941, Art. 83) regula la prescripción de la acción que otorga para el restablecimiento del derecho particular violado, señalando un término hábil de cuatro meses, y un procedimiento ordinario, para cuando no establece uno especial, es indudable que al ejercitar la acción privada o contenciosa de plena jurisdicción contra el acto por el cual se hace un nombramiento, la prescripción de la acción debe ser de cuatro meses a partir de la expedición de aquél, y el procedimiento debe seguirse por la vía ordinaria" (Auto, 3 de octubre de 1950, T. LVIII, Núms. 367-371, pág. 309)". Mediante sentencia proferida el 12 de agosto de 1964, de la cual fue ponente el doctor Alejandro Domínguez Molina, se declaró probada la excepción de inepta demanda con fundamento en las siguientes razones: la Ley 167 de 1941 somete al procedimiento especial que señala el Capítulo XX, las demandas en que se ejercitan la simple acción de nulidad de elecciones y de nombramientos, mas no sujeta ese trámite aquéllas en que se ejercita la acción de nulidad con restablecimiento del derecho. Para admitir esta afirmación no se requiere hacer esfuerzos dialécticos, pues basta observar que el Contencioso Electoral que se sujeta a ese trámite especial, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, no puede intentarse en cualquier tiempo ni dentro del señalado por el Artículo 83 para las acciones contenciosas subjetivas, no requiere en la demanda la designación de las partes, ni en el auto admisorio la orden de que se comunique al Gobierno, y en la sentencia sólo se resuelve sobre la nulidad de la elección o nombramiento, único fin que se persigue con la acción. Todo esto indica que no se puede ejercitar el contencioso subjetivo sobre restablecimiento del derecho, mediante el procedimiento señalado para los juicios electorales, pues, no puede adelantarse el proceso en que se ventila tal cuestión sin tener como parte a la administración, sólo puede ser intentado por el titular del derecho a quien sólo interesa la anulación

vista para efectos de la interpretación de la demanda. A la Sala no le cabe la menor duda de que el actor lo que pretendió, por sobre todo, fue demandar las elecciones de contralores general y auxiliar y de auditor interno de la Contraloría Departamental del Cesar. Así lo manifestó expresamente la demanda cuando su autor dijo que invocaba el procedimiento estatuido en el capítulo XX del C. C. A., y esta misma fue la interpretación que dio el Tribunal *a quo*, cuando en el auto admisorio de la demanda, se refirió expresamente a los requisitos de forma establecidos en el Art. 210 del mismo código y dijo textualmente en el numeral 1º de su auto de enero 31 del año en curso: "Admítase la presente demanda electoral...". Como tal fue tramitado el juicio y como tal se tuvo en cuenta para efectos de repartimiento y de fijar la competencia de la Sala Plena de esta Corporación. Se encuentra la Sala, en virtud de la adición hecha a última hora de presentar la demanda, pues ni siquiera está escrita en máquina como todo el resto del libelo, sino a mano, y de la otra adición posterior que fue presentada el último día de la fijación en lista, que el actor quiso sumar a su demanda electoral otras pretensiones que nada tienen que ver con el juicio electoral y que hicieron pensar al Tribunal del Cesar que estaba acumulando a ella otra nueva demanda de simple nulidad. Efectivamente esta acumulación de acciones que rigió en el viejo código judicial, de acuerdo con el pensamiento del Consejo y de los Tribunales, era calificada como una indebida acumulación de acciones que conducía a un fallo inhibitorio, como lo hizo el *a quo* en la sentencia que ahora se revisa. Mas, dentro de las modernas prácticas procesales, se ha cambiado esa figura por la de acumulación de pretensiones de que trata el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, ante cuyo contenido tanto el Consejo como la Corte Suprema de Justicia, han sido más amplios y con ese criterio han decidido que deben ser atendidas las peticiones que efectivamente movieron el ánimo del demandante a formular sus acusaciones, dejando de lado aquellas pretensiones que no armonicen totalmente con la principal, o mejor decir, con la que constituyó el móvil de la acción, y declarando la inhibición para las indebidamente acumuladas, todo con el ánimo de hacer más efectivos los procedimientos y de garantizar más los derechos de quien reclama una declaración judicial. Aunque en apariencia la demanda presenta una indebida acumulación de pretensiones, caso en el cual la solución estaría en la orientación jurisprudencial anotada, una interpretación racional del libelo y de sus escritos de adición permite arribar una conclusión diferente. En estricto sentido no existe sino una sola pretensión: la nulidad del acto de elección de los funcionarios atrás mencionados. Porque la nulidad de la proposición que señala día y hora para su designación, es un antecedente o requisito previo al acto o, mejor, un simple acto de trámite que por no resolver directa o indirectamente el fondo del asunto no es susceptible de impugnación jurisdiccional. Cosa distinta es que ese paso o trámite, de ser ilegal, puede discutirse para alegar la expedición en forma irregular del acto de elección. Y la nulidad de la reunión del día 24 de noviembre de 1976, es petición francamente improcedente y antitécnica. En el proceso contencioso puede pedirse la nulidad de los actos administrativos que se expiden durante una reunión de una corporación pública, identificándolos plenamente, pero no de la reunión misma porque

Páginas

ésta en sí no constituye un acto administrativo ni un conjunto de estos. Por esta razón la sentencia que dio origen a este recurso, se habrá de Reformar, en el sentido de confirmar la inhibición en cuanto a todas las pretensiones distintas de las electorales, para entrar a decidir sobre éstas. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Felipe Namen R. Exp. 324. Electoral). 692

46. ELECTORALES

Distinción entre el Contencioso Electoral y el Contencioso de Restablecimiento del Derecho naturaleza de la pretensión. Plena Jurisdicción.— La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho siempre la distinción entre el Contencioso Electoral y el Contencioso de Restablecimiento del derecho, cuando se trate de elecciones realizadas por las Corporaciones Públicas o de nombramientos de funcionarios. En el auto de 3 de octubre de 1950, se dijo: "El contencioso de plena jurisdicción o subjetivo contra el acto por el cual se hace un nombramiento que, como lo indica su enunciado, solo puede ser ejercitado por quien ha sufrido una violación de sus derechos particulares por causa del acto que se demanda solamente concierne a determinada o determinadas personas; en él se actúa para el restablecimiento del derecho particular violado. Y como expresamente la Ley (Ley 167 de 1941, Art. 83) regula la prescripción de la acción que otorga para el restablecimiento del derecho particular violado, señalando un término hábil de cuatro meses, y un procedimiento ordinario, para cuando no establece uno especial, es indudable que al ejercitar la acción privada o contenciosa de plena jurisdicción contra el acto por el cual se hace un nombramiento, la prescripción de la acción debe ser de cuatro meses a partir de la expedición de aquél, y el procedimiento debe seguirse por la vía ordinaria" (Auto, 3 de octubre de 1950, T. LVIII, Núms. 367-371, pág. 309)". Mediante sentencia proferida el 12 de agosto de 1964, de la cual fue ponente el doctor Alejandro Domínguez Molina, se declaró probada la excepción de inepta demanda con fundamento en las siguientes razones: la Ley 167 de 1941 somete al procedimiento especial que señala el Capítulo XX, las demandas en que se ejercitan la simple acción de nulidad de elecciones y de nombramientos, mas no sujeta ese trámite aquéllas en que se ejercita la acción de nulidad con restablecimiento del derecho. Para admitir esta afirmación no se requiere hacer esfuerzos dialécticos, pues basta observar que el Contencioso Electoral que se sujeta a ese trámite especial, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano, no puede intentarse en cualquier tiempo ni dentro del señalado por el Artículo 83 para las acciones contenciosas subjetivas, no requiere en la demanda la designación de las partes, ni en el auto admisorio la orden de que se comunique al Gobierno, y en la sentencia sólo se resuelve sobre la nulidad de la elección o nombramiento, único fin que se persigue con la acción. Todo esto indica que no se puede ejercitar el contencioso subjetivo sobre restablecimiento del derecho, mediante el procedimiento señalado para los juicios electorales, pues, no puede adelantarse el proceso en que se ventila tal cuestión sin tener como parte a la administración, sólo puede ser intentado por el titular del derecho a quien sólo interesa la anulación

del nombramiento del empleado que lo sustituyó, como medio para obtener el restablecimiento en el cargo y el pago de los sueldos, y, en la sentencia que le pone fin no se limita el fallador a resolver sobre la nulidad del acto acusado sino que debe estatuir sobre el restablecimiento del derecho, cuando la demanda prospera. Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen admitido que lo que determina el procedimiento conducente es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes. La Ley se inspira en ello para señalar los trámites procesales a que se sujetan las distintas controversias. También la doctrina y la jurisprudencia tienen sentado que las leyes que fijan el procedimiento a seguir en cada caso, son de orden público y no son susceptibles de variaciones o acomodaciones ni por el Juez ni por las partes. De ahí que la equivocación en la escogencia de la vía procesal, afecta la actuación y hace inoperante la demanda. En el caso de autos es notoria la ineptitud de la demanda por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde, pues se acudió al contencioso electoral que regula el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941, cuando la acción que en realidad se ha ejercitado es la de restablecimiento del actor en el cargo con la consiguiente indemnización y no simplemente la anulación del nombramiento o elección de la persona que lo reemplazó ya que ésta se pide nada más que como medio para alcanzar ese propósito. El Tribunal no lo vio así y para desechar la informalidad que al respecto hizo el Señor Personero Municipal de Barranquilla, acudió a argumentaciones que la Sala no ha podido entender. Y aunque es cierto que el procedimiento mal elegido no es causal de nulidad, porque no está erigido como tal en la Ley, como es siempre camino legalmente inconducente para obtener una sentencia favorable, lo procedente cuando a ello se ha dado lugar, es tener como inepta la demanda y negar, en consecuencia, sus pretensiones". (Anales T. LXVIII Números 405-406). En el caso *sub lite* el fallador de primera instancia interpreta la demanda y, en tal virtud considera que, no obstante la petición de reintegro al cargo, que podría configurar una "indebida acumulación de acciones", lo esencial es que la finalidad perseguida por el actor es la tutela del orden jurídico objetivo. A juicio de la Sala, si, se estimase que el punto 5º de las peticiones de la demanda contiene una solicitud de reintegro en sentido estricto, el fenómeno no se podría configurar como una acumulación indebida de pretensiones, sino como la formulación de una pretensión global y única de plena jurisdicción, estructurada por dos peticiones, concurrentes y consecuenciales, la de nulidad del acto y la de restablecimiento del derecho vulnerado por el acto. En efecto la hipótesis que contempla el Artículo 67 del C. C. A. no constituye una dualidad de pretensiones que se acumulan; allí se estructura una sola pretensión que la doctrina ha denominado de plena jurisdicción, y que se conforma por dos peticiones conjuntas, una de las cuales está condicionada a la prosperidad de la otra. Pero lo ocurrido en el caso de autos es diferente: la petición 5ª de la demanda no se endereza, en estricto rigor, a obtener un reintegro sino a que el fallador provea en orden a evitar una supuesta acefalía en los organismos superiores de control fiscal. Pese a este temor del demandante no es fundado, pues la ley tiene previstos los mecanismos necesarios para que ello no ocurra, tales como la posibilidad de convocar la Asamblea a sesiones extraordinarias para una nueva elección, de todas

Páginas

maneras la inquietud expresada en la demanda le permite precisar al juzgador la exacta finalidad y alcance de esa petición para concluir, que, en estricto rigor, no es una solicitud de reintegro y que, por lo mismo, no alcanza a tener virtualidad suficiente como para desnaturalizar la pretensión de nulidad propuesta. De todas suertes la petición se formuló y el fallador no puede ignorarla; pero como dentro del proceso de simple nulidad no cabe otra decisión distinta a la de simple anulación, lo indicado procesalmente, es un pronunciamiento inhibitorio en relación con ella. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre 23 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Exp. 385. Actor: Olid Larrarte R.). 679

47. ELECTORALES

Determinación del quórum decisorio en una corporación pública cuando el número de sus miembros es impar. El Consejo comparte las consideraciones del "a quo", *que también acoge* el Señor Fiscal 3º, en lo atinente a la determinación del quórum decisorio en una Corporación Pública como las Asambleas, cuando el número de sus miembros es impar. La expresión matemática "Mitad más uno de los miembros" que empleó el Constituyente de 1968 no es en verdad muy afortunada, pero de todos modos lo que se quiso significar con ella fue la exigencia de que estuviera presente la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, tal y como la Constitución lo ha venido exigiendo desde 1886. Ya esta Corporación en fallo de la Sec. primera, tuvo oportunidad de expresar lo siguiente sobre el alcance de la expresión: "El constituyente de 1968 abandonó la tradicional expresión "Mayoría Absoluta" y, por lo menos en el artículo 83 de la Carta, pues hay otras disposiciones constitucionales que lo conservan como el artículo 30 y el inciso final del vecino Artículo 81 señaló que las decisiones debían adoptarse por la mitad más uno de los votos, que corresponde, ciertamente, a una de las variantes que puede asumir la mayoría absoluta, o sea, aquélla en que el número de votos sea par, hipótesis en la cual la dicha mayoría será la mitad más uno, lo que significa que en tal caso el mínimo a favor de la decisión mayoritaria será de dos votos. Mas no ocurre lo propio cuando el número de votos es impar, caso en el cual la mitad más uno da una fracción de medio voto que de ser aproximada al número entero inmediatamente siguiente significaría siempre una diferencia a favor de la decisión mayoritaria de tres votos y no de dos, lo cual no parece lógico, y en algunos casos conduciría a situaciones francamente absurdas como lo sería exigir la unanimidad cuando la decisión la tomen tres personas (3/2 = 1½ 1 = 2½ = 3, aproximado por exceso) o una mayoría de los 4/5 partes, muy superior a las de los 2/3 que el Constituyente establece para los casos de la mayoría más rigurosamente calificada, cuando la decisión, la toman cinco votantes (5/2 = 2½ 1 = 3½ = 4 aproximado por exceso). Parece ser que esto es producto de haberse consignado en el Artículo 83 de la misma frase del Artículo 82, que establece el quórum decisorio en "la mitad más uno de los integrantes de la respectiva corporación" expresión que refleja siempre y en forma matemática mayoría absoluta por ser *paritarias*, las corporaciones públicas, o sea por ser siempre divisible por

dos el número de sus integrantes, con olvido de que el quórum decisorio puede aumentar del mínimo y hacerse impar el número de sus componentes, o queda un número impar siempre que el total se conforma (sic) por la suma de dos números pares, casos en los cuales no es matemáticamente aplicable la regla de la mitad más uno, refuerza lo anterior el siguiente aparte de la ponencia sobre el texto unificado del proyecto de reforma constitucional presentado ante el Senado en la segunda vuelta por el Senador Raúl Vásquez Vélez: "En la ponencia para segundo debate sobre el proyecto número 63 de 1966, dijimos: "Artículo 3º— Este artículo decía que las votaciones en el Congreso pleno, en las Cámaras y en las Comisiones Permanentes se tomarán 'por la mitad más uno de los votos de los asistentes' y la Cámara suprimió 'de los asistentes' "no cree vuestro ponente que se haya ganado en claridad con la supresión anotada. Se trata de un texto constitucional que va a ser interpretado a nivel de Asambleas y Concejos y si bien es cierto que esté obviamente entendido que las decisiones no se podrán tomar sino "con la asistencia de la mitad más uno" de los miembros que componen la respectiva corporación, hubiera sido más aconsejable el texto original. Conviene por tanto dejar clara constancia en la historia de esta reforma que cuando en una corporación estén presentes la mitad más uno de los miembros que la componen pueden entrar a decidir y la decisión se tomará por la mitad más "uno" de los asistentes' y no por la mitad más uno de los miembros que la componen. Salvo, desde luego, los casos en que la misma Constitución exija una votación calificada. Vaya, señores Senadores, un ejemplo para evitar futuros equívocos: una corporación de 18 miembros tiene quórum para deliberar con 6 que es la tercera parte de sus miembros; tiene quórum para decidir con 10 que es la mitad más uno de sus miembros y si no hay presentes sino 10, la determinación uniforme que tomen 6 que es la tercera parte de sus miembros es válida porque es la mitad más uno de los votos de los asistentes: si hay 12 presentes, la determinación uniforme que tomen 7 es válida por la misma razón y si están todos los 18 miembros presentes, la votación que hagan uniformemente 10 será válida porque 10 es la mitad más uno de los asistentes". (Historia de la reforma constitucional de 1968, República de Colombia, Secretaría Jurídica. Pág. 545 y ss.) Como se advierte, se parte siempre de que el número de votantes es par y no tuvo en mente que pudiera ser impar. Por esto, esta Sala considera que en esta hipótesis debe tomarse la noción de mayoría absoluta, mediante la aproximación por defecto del número que resulta de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo 3 el total de votos, haya dos por la afirmativa y una por la negativa, cuando siendo 5, haya 3 por la afirmativa y 2 por la negativa, etc. O dicho en otros términos, el cambio de la expresión "Mayoría Absoluta" por mitad más uno no tuvo por finalidad el cambio del concepto tradicional de la mayoría absoluta, sino pretender mayor claridad, en la práctica, con poca fortuna. Se anota que esta interpretación para aplicar el Artículo 83, está contenida en el Artículo 27 del Reglamento de la Cámara, que resuelve atinadamente las dos modalidades que puede asumir la mayoría absoluta, cuando expresa: "Entiéndese por mayoría absoluta todo número de votos acordes

Páginas

superior a la mitad del total de los votos emitidos, aun cuando esta mayoría la constituya una fracción, en caso de ser impar el número de los votantes". (Sentencia julio 19 de 1973 Expte. 1375 doctor Dávila). Esta conclusión la abona el propio constituyente de 1968 cuando expresa: "A corregir la inconsecuencia democrática que implica este sistema, se orienta el Artículo 3º del proyecto, devolviendo la capacidad de decidir en las Corporaciones Públicas *a la mayoría absoluta, o sea a la mitad más uno de los votos de los asistentes,* a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Imprenta Nacional. Bogotá, 1969. Págs. 226 y 227. Subraya la Sala). (Sentencia de noviembre 23 de 1977. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Olid Larrarte R. Exp. 385). 679

48. ELECTORALES

Prohibición de los concejos municipales de hacer los nombramientos que les incumben antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha de que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo (Ley 5ª de 1929 Art. 5º).— Según el acta Nº 04 de la sesión ordinaria del concejo municipal de Neiva celebradada el 16 de noviembre de 1976, en tal fecha se hizo la elección de personero, contralor, tesorero y personero delegado en lo penal para el período legal de 1977. Tales designaciones fueron impugnadas por el señor Carlos F. Falla Y. porque, en su sentir, se verificaron con pretermisión de lo dispuesto por el Art. 5º de la Ley 5ª de 1929 que dice: "Los concejos municipales no podrán hacer los nombramientos, que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha de que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo". "La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento". Las personas elegidas por el Concejo de Neiva el 16 de noviembre de 1976 debían entrar a ejercer sus cargos el 1º de enero de 1977 a términos del Art. 279 de la Ley 4ª de 1913, que computa el período de los empleados municipales en un año cuya fecha inicial es el 1º de enero. El objeto de la Ley 5ª de 1929 es claro. Con ella se pretende evitar traumatismos en la administración municipal al elegirse anticipadamente funcionarios, pues, supone la Ley, que los titulares de los cargos al tener conocimiento de su reemplazo, dejen de laborar con la eficacia y rendimiento que la buena administración exigen. En la elección de funcionarios efectuada por el Concejo de Neiva se advierte una evidente irregularidad, pues mal podía en esa fecha 16 de noviembre de 1976, entrar a realizarla, cuando la fecha de iniciación del nuevo período de los funcionarios municipales apenas se iniciaba el 1º de enero de 1977; consecuencialmente, tal elección está viciada de nulidad por haberse efectuado con pretermisión de lo dispuesto en el Art. 5º de la Ley 5ª de 1929, que no puede estimarse como un simple requisito sin trascendencia alguna, porque la sola consideración que antes se hizo relieva su importancia. Ahora bien, se dice por uno de los apelantes que la Ley 30 de 1969 derogó tácitamente toda disposición legal que fijara las fechas de reunión de los concejos y por otro, que el Art. 5º de la Ley 5ª de 1929 es aplicable únicamente a los municipios cuyos concejales se reúnen todos los

Páginas

años del 1º de noviembre al 31 de diciembre y del 1º de abril al 31 de mayo. Sobre el particular, el señor Fiscal primero del Consejo doctor Carlos Ramírez Arcila, expresa los siguientes conceptos que la Sala comparte: "No obstante lo anterior, esta Fiscalía considera que la norma que prohíbe los nombramientos con una anticipación de mayor de treinta días (Art. 5º de la Ley 5ª de 1929), no ha sido derogada implícitamente, pues ella no contraría ninguna de las disposiciones proferidas con posterioridad, y antes al contrario conserva toda su vigencia, pues con ella se pretende evitar que en un momento dado y aprovechando una mayoría de ocasión se provean cargos, para un futuro, que necesariamente deben tener una limitación en cuanto al tiempo, no prevista en ninguna otra norma diferente a la ya citada". (Sentencia de agosto 29 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Electoral. Exp. 306. Actor: Carlos F. Falla Yepes). 724

49. ELECTORALES

Rectificación de la doctrina sobre la necesidad de notificar el auto admisorio de la demanda al presunto afectado. La acción electoral y su calidad de acción pública. Términos del proceso electoral, intervención del Agente del Ministerio Público.— Tramitado el proceso en esta segunda instancia, el recurrente no concurrió a sustentarlo y fue oído el concepto del señor Fiscal primero del Consejo de Estado quien comparte el criterio del Tribunal y estima que si el Consejo de Estado se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debe confirmarse la sentencia apelada, pero observa que de acuerdo con reiterada doctrina de la Corporación el proceso está viciado de nulidad por cuanto que al admitir la demanda no se notificó al posible perjudicado con el fallo y el proceso se adelantó sin su anuencia e intervención, lo que haría necesario decretar la nulidad de lo actuado a partir de la admisión de la demanda. La Sala ha examinado nuevamente la doctrina adoptada por el Consejo sobre la necesidad de notificar el auto admisorio de la demanda al presunto afectado con el fallo y considera que ésta debe rectificarse por corresponder a un inadecuado transplante del mecanismo procesal consagrado para los litigios en el derecho privado que no se compadece con el espíritu que informa el régimen de los juicios electorales contenido en el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941. En efecto, los Arts. 201 y 202 del C. C. A. consagran el ejercicio de la acción electoral como un derecho que tiene cualquier ciudadano para obtener la nulidad de los actos de elección cuando éstos no se realicen con el lleno de las formalidades que exige la ley o cuando el candidato elegido no reúne las condiciones constitucionales o legales que lo habiliten para desempeñar el cargo o estuviere impedido para ser elegido. Los términos consagrados por esas normas le dan al ejercicio de la acción electoral la calidad de acción pública en la que se discute o propone la legalidad del acto en sí o la incapacidad del elegido para desempeñar el cargo o el impedimento para ser favorecido con la elección, lo que en todos los casos producirá una declaración de nulidad del acto mismo. La Ley quiso establecer un procedimiento especial para los procesos de nulidad del acto electoral y no fue cuidadosa en señalar las distintas etapas procesales para hacer de este proceso el más radical y rápido de los contemplados en todos los Códigos de Proce-

dimiento. No se puede negar que dentro del mismo articulado que conforma un estatuto procesal completo se reconoce la existencia de partes como es entendible en tratándose de un proceso, pero también es claro en indicar que cualquier particular puede ocurrir en demanda por la vía jurisdiccional contra los actos de carácter electoral lo que implica que al formularse las pretensiones pertinentes en ejercicio del derecho de acción reconocido, toda la comunidad forma o puede formar parte del proceso y por ello en el Artículo 218 se exige tan solo la notificación al Agente del Ministerio Público. La providencia dictada por la Sala Plena, que dio origen a la doctrina que aquí se rectifica sostenía que "si la pretensión está vinculada a condiciones personales del sujeto elegido (ineligibilidad o impedimento, Artículo 202 del C. C. A.), entonces la pretensión no sólo se dirige de manera principal frente al órgano administrativo de quien emana el acto, sino frente a la persona misma del elegido, de donde surge un *litis consorcio necesario y pasivo*". (Sentencia de abril 1º de 1975). Pero en esa ocasión la tesis allí sostenida y que fue acogida por la Sala, mereció una aclaración del Consejero Miguel Lleras Pizarro sobre lo que él entiende como parte en este proceso. Con posterioridad a ese fallo se presentaron nuevas ponencias ampliando el criterio sobre esta materia en el sentido de que cuando en ejercicio de la acción pública electoral se ataque determinado nombramiento o elección, bien por vicios intrínsecos del acto de elección o bien por calidades o impedimentos del elegido, es forzoso notificar al presunto afectado con el fallo para que comparezca al proceso, so pena de incurrir en nulidad de la actuación. Ante la diversidad de criterios sobre el tema y con el deseo de unificar la doctrina en este punto para así mantener una línea jurisprudencial uniforme, se acordó en la Sala Plena que una comisión de su seno compuesta por los Consejeros Carlos Betancur, Samuel Buitrago, Jorge Dávila y Humberto Mora Osejo estudiara el punto y rindiera informe al respecto ofreciendo soluciones jurídicas que armonizaran los diferentes matices expuestos, informe que la Sala ha encontrado aceptable en lo sustancial y del cual se transcriben los siguientes apartes como fundamento doctrinal de sus decisiones. "1º) La acción de nulidad electoral es, como la de nulidad ordinaria, pública y popular, en cuanto puede ser propuesta por cualquier persona, natural o jurídica, con el fin exclusivo de hacer prevalecer el orden jurídico implicado en las normas de jerarquía superior. Por esta misma causa, según el Art. 89 del C. C. A., toda persona puede pedir que se la tenga como parte, para prohijar u oponerse a la acción, sin más interés que el de contribuir a esclarecer la verdad en el debate jurídico. Esto se explica porque, como expuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de agosto 21 de 1972, la acción de nulidad sustancialmente inicia una controversia jurídica no litigiosa, al contrario de la que sucede con la de plena jurisdicción, en la cual por definición no se discute, como sucede en ésta (Art. 67 del C. C. A.), un derecho civil o administrativo, sino exclusivamente si el acto impugnado es o no contrario a una disposición de superior jerarquía. De ahí que la jurisprudencia haya afirmado que "el demandado es el acto", no una determinada persona y que la doctrina haya prohijado el mismo criterio, a saber: "El contencioso de anulación, afirma Odent —es un— contencioso objetivo, un proceso dirigido no contra una persona sino contra un

acto,..." (*Contentieux Administratif*, Fascículo I. Pág. 32). "2º) Como obligada consecuencia del principio expuesto, el Código Contencioso Administrativo no prevé la posibilidad de que los particulares, comprendidos por los actos de elección o nombramiento, sean llamados al juicio electoral como partes, entre las cuales sólo comprende al actor, al Agente del Ministerio Público y, según el Art. 89 *ibídem*, a quienes voluntariamente concurran a él para prohijar u oponerse a la acción. Al primero como *impugnante del acto* y al segundo *como obligado a actuar*, "en las acciones de nulidad", *en interés del orden jurídico* (Art. 21, *in fine* del Código Contencioso Administrativo). "3º) Este ha sido el criterio que ha orientado tradicionalmente la jurisprudencia de la Corporación, hasta constituir una costumbre inveterada, conforme con la ley, que los particulares han respetado y observado conscientes que el juicio electoral se adelante mediante acción de nulidad en la cual por lo mismo por definición no se debaten derechos o intereses particulares. Estos están *necesariamente condicionados al orden jurídico cuya guarda, fundada en normas de Derecho Público, es el interés tutelado por la Ley*. "4º) El criterio que permite vincular al juicio electoral, como partes, a las personas comprendidas por los actos de elección o nombramiento, desplaza el debate jurídico, eminentemente de Derecho Público, a uno entre particulares, *no obstante que el actor, en principio, sólo obra en interés de la ley y que el acto impugnado, como administrativo, proviene del Estado*, y no de la persona o personas favorecidas por el mismo. Además, el debate jurídico que implica la acción no consiste en determinar *si el elegido tiene o no derecho*, sino en *si el acto de elección es o no válido*, sean cuales fueren las consecuencias de la decisión, muchas veces imprevisibles hasta el momento de adoptarlas. "5º) Este mismo criterio se ha fundado en la necesidad de garantizar el derecho de defensa. Pero, por una parte, si el acto de elección o nombramiento está condicionado o que se haya expedido con base en normas de orden público, cuya observancia la ley garantiza mediante la acción de nulidad que se decide mediante sentencia *erga omnes* es obvio que *el derecho particular tiene*, ab initio, *el mismo condicionamiento de orden público*; por consiguiente, la nulidad del acto no implica desconocimiento de un derecho constituido mediante un creador de situación jurídica particular, sino la verificación, mediante sentencia declarativa, de una situación ilegal existente desde el instante mismo en que se expidió en relación, no con un acto creador de situación jurídica particular, sino con un acto condición, que como ha expuesto la jurisprudencia de la Corporación, por su propia índole, en cuanto inviste a una persona de un estatuto general, es también de interés general... "6º) Si la acción de nulidad es pública y popular, el Estado es el primer obligado a esclarecer la verdad, por medio del Agente del Ministerio Público, quien debe intervenir en el juicio, como parte, en interés de la Ley (Art. 21, *in fine*, del C. C. A.). Al efecto puede solicitar, como la parte demandante, la práctica de pruebas, por ejemplo, que se reciba testimonio a la persona cuyas calidades para ser elegida se impugnan, o que, en un plazo prudencial, se le pida que allegue determinadas probanzas, como las tendientes a demostrar su idoneidad profesional o su actividad docente. Pero, en defecto de las partes, no obstante que, según el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con

Páginas

el Art. 282 del C. C. A. le incumbe "probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", el Juez puede y debe decretar oficiosamente las prácticas de pruebas si "las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (Arts. 179 del Código de Procedimiento Civil y 282 del C. C. A.): *si el procedimiento civil permite decretar pruebas oficiosamente, a fortiori ello es posible en los juicios, como los electorales, adelantados mediante acción de nulidad, en los cuales su finalidad consiste en hacer prevalecer el orden público*. En esta forma se pueden comprobar hechos que, si para el actor son afirmaciones o negaciones indefinidas, de todos modos son verificables por activa o por pasiva, teniendo en cuenta que, según el Art. 175 del Código de Procedimiento Civil, sirven como pruebas, además de las que se puedan considerar como corrientes, "cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez". En este orden de ideas si se pide la nulidad de un acto de elección de un senador, principal o suplente, con fundamento en que no reúne los requisitos prescritos por el Art. 94 de la Constitución, en relación con los hechos que para el actor constituyen negativas indefinidas, bien puede el juez solicitar al elegido, háyase o no constituido como parte en el juicio, que en un plazo prudencial allegue las pruebas que demuestren lo contrario, del mismo modo como frecuentemente solicita a la Administración numerosas probanzas con el fin de establecer la verdad procesal. Si la persona a quien se solicitan las pruebas, no obstante ser la única que está en posibilidad de suministrarlas, no las aduce, el juez debe evaluar el alcance probatorio de su omisión y, en consecuencia, decidir lo que fuere pertinente". Como consecuencia del concepto doctrinal anterior la Sala rectifica la doctrina sostenida en providencias de abril 1º de 1975 Exp. 144, mayo 24 de 1977 Exp. 262, junio 1º de 1977 Exp. 256, junio 14 de 1977 Exp. 280, julio 6 de 1977 Exp. 275, julio 8 de 1977 Exp. 275, agosto 23 de 1977 Exp. 260, agosto 30 de 1977 Exp. 276, agosto 30 de 1977 Exp. 304 y agosto 31 de 1977 Exp. 338; por lo tanto no es el caso de declarar la nulidad del proceso y se debe entrar a decidir sobre el fondo del negocio y de la sentencia apelada. (Sentencia de octubre 26 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Raúl Guerrero Porras. Exp. 317. Electoral. *Salvamento de Voto* de los doctores Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Alvaro Pérez Vives, Carlos Galindo Pinilla, Carlos Portocarrero Mutis). 697

50. ELECTORALES

(Salvamento de Voto). Partes. Integración del contradictorio. Salvamento de voto de los doctores Carlos Galindo Pinilla y Jorge Valencia Arango. Exp. 317. Actor: Raúl Guerrero Porras. 705-08

51. ELECTORALES

(Salvamento de Voto).— Notificación personal al interesado.— Salvamento de voto del doctor Alvaro Pérez Vives. Exp. 317. Actor: Raúl Guerrero Porras. 707

Páginas

52. ELECTORALES

Violencia sobre los jurados de votación, escrutadores. Garantías del ejercicio del derecho del sufragio. Deberes del jurado según el Art. 76 de la Ley 85 de 1916. Escrutinio: Arts. 120, 121, 122, y 123 y siguientes de la Ley 85 de 1916; Art. 20 del Decreto 3254 de 1963. Nulidad de los registros practicados por los jurados, por causa de la violencia, Art. 195 Ord. 3º del C. C. A.— De las declaraciones a que atrás se hace referencia claramente se desprende que sobre los jurados de votación, y como tales, escrutadores en la mesa 218 se ejerció violencia lo que trajo como consecuencia el que los jurados escrutadores tuvieran que refugiarse en lugar distinto, abrieran la urna, manipularan las papeletas y, en fin, realizaran una serie de actos irregulares todos ellos violatorios de la Ley, y consagrados como causales de nulidad; pero, se repite, su origen se encuentra en la "violencia" ejercida contra los jurados escrutadores. Es por tanto fundado el cargo formulado; la interrupción de la votación a causa de la violencia ejercida contra los miembros del jurado de votación correspondiente. Suponía el desarrollo normal de los comicios en la mesa 218 de Santa Bárbara, que una vez verificado el error en que se incurrió, la votación se reanudara y concluyera, como lo solicitaron los electores y como se deduce, desde luego, de las previsiones de la ley electoral. Aunque la intención de los jurados no hubiera sido la de proseguir cumpliendo regularmente con su función, resulta evidente que de no haberse ejercido violencia contra ellos, hubieran superado su inicial desconcierto y podido continuar recibiendo los votos. Pero esa pausa reflexiva no podía encausarse cuando el motín inminente, la grave amenaza y la agresión incontrolable lo impedían y determinaban a los jurados a escapar, en defensa de su integridad física, a buscar refugio seguro, totalmente imposibilitados para atender el cumplimiento de una obligación legal con prelación al ejercicio de su propia defensa. Sin garantías para ejercer a cabalidad sus funciones, los jurados de votación no podían garantizar, a su turno, el ejercicio normal del derecho del sufragio; es deber del jurado, conforme al Art. 76 de la Ley 85 de 1916, disponer lo conveniente a fin de que la votación principie oportunamente y se verifique con regularidad y con entera libertad. La misma Ley citada ha expresado su celo hasta el punto de no permitir, sino en caso de flagrante delito, el arresto o detención de los miembros de las corporaciones electorales, mientras estén en ejercicio activo de sus funciones, y de no obligarlos a comparecer ante la autoridad para la práctica de diligencias que puedan impedírselo. Con estas elementales garantías del ejercicio del derecho del sufragio se compaginan, en últimas, las normas penales tutelares del mismo aplicable en conexidad con las tutelares de la integridad personal, que hacen parte del Libro II Título XV del respectivo código. Ha de considerarse, por otro aspecto, que la función del jurado de votación culmina con el escrutinio hecho conforme a los Arts. 123 y siguientes de la Ley 85 de 1916, previo el cumplimiento de las diligencias previstas en los Arts. 120, 121 y 122 de la misma ley que para que tal función pueda culminar, ha de desarrollarse "con regularidad y entera libertad" según disposiciones que el jurado de votación adopte. Es obvia, entonces, la consideración que el jurado no puede desarrollar normalmente la función

Página

previa al escrutinio, si se interrumpe la votación y se procede a abrir la urna en que fueron depositadas las papeletas, antes de la hora en que tal votación debe terminar. En estos términos cuando no ha sido posible, por la causa expresada, continuar recibiendo los votos de los ciudadanos en la mesa correspondiente y cuando el registro de votantes adolece de inexactitudes que a su vez, concluyen con las amenazas y las agresiones a los jurados en el cierre inconsulto de la votación, es ineludible que el recuento de los votos emitidos en la mesa y el registro de su número, no constituyan culminación normal de la función de escrutadores asignada a los jurados de votación por el Art. 20 del Decreto 32543 de 1963, pues, los registros practicados por los jurados, en la mesa 218 de la Inspección de Policía de Santa Bárbara correspondiente a una votación verificada sin regularidad y sin entera libertad por causa de violencia contra dichos jurados, resultan nulos al tenor del Art. 195, ord. 3º del C. C. A., y es procedente la declaración que en tal sentido han solicitado los demandantes (Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Alfredo Jiménez C. y Hugo Escobar. Exps. 153 bis y 155 electorales). (Con *Salvamento de voto* de los Consejeros doctores Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Miguel A. Cárdenas, Alvaro Orejuela Gómez). 653

53. ELECTORALES

(Salvamento de Voto). La violencia, para que pueda configurar causal de nulidad, debe haberse ejercido contra los jurados de votación en el momento de realizar el escrutinio. (Art. 195 Ord. 3º del C. C. A.).— Esta causal de nulidad ha sido interpretada por esta Corporación en numerosas sentencias hasta constituir jurisprudencia tradicional, en el sentido, que se deduce de su tenor literal y de su finalidad, cual es que la violencia, para que pueda configurarla, debe haberse ejercido contra los jurados de votación en el momento de realizar el escrutinio, hasta el extremo que la norma los denomina, en atención a su función específica "escrutadores", con la obvia finalidad de obligarlos a hacer constar en los registros un resultado falso. Así, en sentencia del 20 de septiembre de 1945 el Consejo de Estado expresó: "Quizá por la violencia, el ultraje o las amenazas que dicen los declarantes sufrieron, quiso el demandante encontrar la causal de nulidad, que busca el numeral 3º del Art. 195 del Código Contencioso Administrativo, antes transcrito, pero perdió de vista que es necesario, para que la nulidad prospere, que la violencia que se ejercite contra los escrutadores sea en el acto en que ellos estén practicando el escrutinio, y que, por causa de ella se confunda, mezclen, destruyan o pierdan las papeletas de votación, pues la nulidad está establecida en esa disposición para el registro que practiquen los jurados de votación, lo que significa que la violencia debe ser coetánea con este acto, el que se realiza, de acuerdo con la Ley, una vez cerradas las votaciones y no antes. De tal manera que el demandante ha debido adelantar la prueba en este sentido, pues los ultrajes y las amenazas a los jurados de votación, cuando no están practicando el escrutinio, no son propios para demostrar la nulidad de éste, de acuerdo con la disposición citada..."

Páginas

(Anales Tomo LV. Pág. 301). En sentencia del 7 de septiembre de 1950. El Consejo de Estado afirmó: "Las causales de nulidad son, desde otro punto de vista, como es bien sabido, inherente a la noción de orden público: por eso son taxativas y en ninguna manera susceptibles de interpretación extensiva o por analogía. Así, por lo demás, lo expresó la Honorable Corte Electoral por unanimidad al decir: 'Según la causal de nulidad, que por serlo no puede interpretarse extensivamente, contemplada en el numeral 3º del Art. 195 de la Ley Contencioso Administrativa, la nulidad se produce en los registros practicados por los encargados de las mesas, cuando 'se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras papeletas de votación, o se haya destruido éstas por causa de la violencia'. Por lo visto, fuera de las hipótesis limitadamente previstas, la violencia no constituye causal de nulidad de los registros...". (Anales, Tomo LVIII. Pág. 473). Y en sentencia del 25 de abril de 1969 el Consejo de Estado, invocando la jurisprudencia expuesta en la sentencia del 20 de septiembre de 1945, que hemos transcrito, prohijó la expuesta interpretación de la Corporación, ya tradicional, sobre el Art. 195, Ord. 3º del C. C. A. Pero la sentencia proferida por la mayoría, de la cual discrepamos, inexplicablemente, sin desvirtuar los fundamentos de la inveterada jurisprudencia de la Corporación, le dio una interpretación diferente, que contraría su sentido y finalidad, para aplicarla a hechos no regulados por la norma, y pese a que el escrutinio se realizó, como lo reconoce, normalmente, hasta considerar que los resultados que constan en los registros son verdaderos. De este modo la mayoría incurrió en error de derecho, tras haberlo cometido en la interpretación de los hechos, con base en los cuales dedujo equivocadamente que el registro de la mesa 218 del Corregimiento de Policarpa, en el Municipio de Pasto, está afectado de la causal de nulidad prescrita por el Art. 195 Ord. 3º del Código Contencioso Administrativo, pese a que no se ejerció violencia sobre los escrutadores al ejecutar el escrutinio que se cumplió, como consta en los autos, en presencia de la fuerza pública. Si no se produjo el hecho; la violencia sobre los escrutadores al realizar el escrutinio, que es la causa eficiente de la aplicación de ese precepto, lo lógico y jurídico era denegar la pretensión de los demandantes tendiente a que se anule el mencionado registro y no desconocer, como sucedió, un resultado electoral perfectamente válido, cuya veracidad la sentencia reconoce, sin causa legal y con base en la afirmación de hechos que no corresponden a la realidad procesal. En otros términos, se anulan doscientos votos válidos y regularmente depositados, bajo el supuesto de que se debieron depositar, los de otros sufragantes, que si no lo pudieron hacer obedeció al error en que incurrió el jurado de tener como copado el registro, cuando solo habían votado, válidamente, 200 ciudadanos, lo cual, sucedió, sin culpa de éstos y cuyo derecho constitucional al sufragio se ve así flagrantemente vulnerado. (*Salvamento de Voto* de los Consejeros doctores Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Miguel A. Cárdenas y Alvaro Orejuela Gómez, este salvamento de voto está suscrito conjuntamente por los Señores Consejeros antes mencionados, a la sentencia de la Sala Plena de fecha agosto 10 de 1977. Actores: Alfredo Jiménez y otros electorales. Exps. 153 bis y 155). 667

54. ELECTORALES

(Salvamento de Voto). Nulidad de los registros de las Corporaciones electorales por falsedad o apócrifos. Arts. 196 Ord. 2º del C. C. A. Dice la sentencia: "En efecto, el Acuerdo de la Corte Electoral considera que "no obstante que en la mesa número 57 votaron nueve (9) ciudadanos con cédula de otro municipio, sin que conste su previa inscripción, tal irregularidad no es materia de cuyo conocimiento debe ocuparse la Corte" (fl. 17 cd. 1, Exp. 155). Con base en dicha consideración se estima comprobada dentro del proceso las causales de nulidad prevista por el Art. 196, ord. 2º del Código Contencioso Administrativo". El precepto aplicado reza: "Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas: ..."2º) Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación". Cuál la razón para estimar que un número exiguo de sufragantes que voten con cédula de otro municipio, sin que conste su previa inscripción, determina la falsedad de un registro electoral? la realidad es que tan no es falso el registro general de votantes, que allí se consignó la verdad en cuanto al municipio que correspondía a las cédulas de los nueve ciudadanos y si, de otra parte, no hay prueba que induzca a pensar que tales votos son ficticios, lo más que podría haber ocurrido es que, por un error de los jurados, se permitió que nueve ciudadanos que, al parecer, no se habían inscrito previamente votaran en la mesa 57. Pero tal error constituye una simple irregularidad que mal puede determinar la falsedad del registro, pues por tal ha de entenderse consignar un hecho falso que altere la verdad electoral, y nada de esto aparece en relación con esta mesa. La nulidad de esta mesa se decretó así, con quebranto del Art. 163 de la Constitución Nacional que ordena que toda sentencia debe ser motivada, pues, repetimos, la sentencia no da ninguna razón que permita concluir que el Acta de escrutinio de la mesa de que se trata, o cualquiera otro registro de la misma, sean falsos o apócrifos. Pero es más, en reciente fallo, de fecha agosto 23 del año en curso (Exp. 291) con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango, dijo el Consejo, al reiterar la jurisprudencia existente en cuanto a aplicación y alcance de la causal contemplada en el numeral 2º del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo lo siguiente: "Tal criterio, (el de que se requieren un conjunto de factores falsos apócrifos que contribuyan a la elaboración de los registros, para que éstos puedan reputarse como falsos, conforme a sentencia de 17 de diciembre de 1971 y mayo 12 de 1977) *lo reafirma la Corporación* (se subraya) pues el ordinal 2º del Art. 196 del Código Contencioso Administrativo hay que interpretarlo con ayuda del principio teleológico, según el cual la finalidad de toda la legislación electoral es la de proteger la pureza del sufragio, la verdad del resultado electoral, en forma que dicho ordinal al hablar de que el registro electoral es nulo cuando aparezca que "es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación", hay que entenderlo, racionalmente interpretado, en el sentido de que el resultado o registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en sí mismo considerado, o resulta falso o apócrifo, ideológica o materialmente por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su for-

Páginas

mación. "Pero, en todos estos casos, el resultado electoral ha de ser falso o apócrifo, tomado como tal, lo que permite concluir que si tal no es la situación la sola apocrifidad o falsedad de los documentos electorales que concurren a la formación del correspondiente registro, no conllevan (sic) la falsedad o apocrifidad del resultado, por su sola ocurrencia. "*Lo protegido legalmente es el resultado electoral* (se subraya), si este es real, verídico, lo que legalmente se presume, no puede caer por la falsedad o apocrifidad de otros documentos simplemente probatorios del mismo". Aplicando los anteriores criterios al caso presente, cómo predicar la falsedad de un documento que se diligenció debidamente y en el que se consigna finalmente el hecho de que nueve sufragantes votaron con cédula de ciudadanía de otro municipio? En dónde está la falsedad? Más aún suponiendo que en el expediente estuviera acreditado, que no lo está, que los nueve votantes no se hubieran inscrito, tal hecho tampoco haría falso o apócrifo el registro de votantes, pues, de acuerdo con la Jurisprudencia citada, esto solamente sería una informalidad no prevista como causal de nulidad. (*Salvamento de Voto* de los Consejeros Doctores Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Miguel Antonio Cárdenas, Alvaro Orejuela Gómez a la sentencia de la Sala Plena de fecha agosto 10 de 1977. Actores: Alfredo Jiménez y otros. Exps. 153 bis y 155). 667

55. ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES

Instalación. Sesiones ordinarias y extraordinarias. Prórroga de sus sesiones. Régimen general de la Ley 4ª de 1913 y régimen especial, de la Ley 72 de 1926, para Bogotá. La Ley 89 de 1936, Art. 1º dispuso que la Ley 72 de 1926 "sobre facultades al Municipio de Bogotá" rige en su integridad con la salvedad, de su Art. 3º, para todos los municipios del país con un presupuesto anual no inferior de $ 1.000.000.00 La Ley 89 de 1936, Art. 2º. La Ley 115 de 1946, Art. 2º. La Ley 6ª de 1958, Arts. 2º y 3º y 4º modificó el sistema del C. de R. P. y M. por lo que a las reuniones de los Concejos se refiere. La Ley 30 de 1969 Arts. 5º, 7º y 8º— Es función Constitucional de los Concejos Municipales según el Art. 197, atribución 6ª reproducida en el ord. 3º del Art. 169 del C. de R. P. y M., la de elegir Tesorero y Personero Municipales, función que ejercerán los Cabildos conforme a la Ley, presupuesto jurídico este que significa que si tales entidades no se atemperan al ejercer sus funciones a lo previamente determinado en las normas superiores, los actos así ejecutados desbordarían la legalidad y carecerían de validez, por lo mismo que sus funciones o atribuciones corresponden a una competencia reglada, no discrecional. En el C. de R. P. y M. y en las leyes que lo adicionan y reforman, están fijadas esas atribuciones y funciones que integran la competencia de los Concejos Municipales. Y así tenemos que el Art. 161 de la Ley 4ª de 1913 preceptúa que el Concejo tendrá un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario; que se reunirá ordinariamente una vez al mes, por lo menos, y cuando lo determine su reglamento y que a sesiones extraordinarias puede ser convocado por el Presidente y por el Alcalde, siempre que haya asuntos de que ocuparse. Pero ese régimen general de que habla la Ley 4ª de 1913 para todos los municipios del país, vino a ser reformado para

la ciudad de Bogotá, por medio de la Ley 72 de 1926, que dispuso en su Art. 5º: "El concejo municipal de Bogotá, se reunirá por derecho propio cuatro veces en el año, el primero de enero, el primero de mayo, el primero de agosto y el primero de noviembre. Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más". Es de anotar que la fecha de instalación de los Concejos ya había sido fijada por el Art. 166 del C. de R. P. y M., para el primero de noviembre siguiente a la elección. "El alcalde puede convocar a sesiones extraordinarias al Concejo cuando a su juicio las necesidades del Municipio así lo requieran. El Concejo se ocupará en las sesiones extraordinarias, de preferencia, en los asuntos sometidos a su consideración por el Alcalde". Las normas transcritas significa que la ciudad de Bogotá, a partir de la vigencia de la Ley 72 de 1926, se sustrajo del régimen común y entró a uno muy especial, pues fuera de poder reunirse su Cabildo en las fechas allí señaladas, se le concedieron otras facultades, además, de las ya atribuidas a todos los demás; se le quitó la tutela de la Asamblea Departamental, pues ya no necesitaría la previa autorización de ella para organizar libremente esas rentas, su percepción, cobro y destino más conveniente para atender a los servicios municipales y fue autorizado para crear los impuestos y contribuciones que estimare necesarios dentro de la Constitución y las Leyes (Art. 6º). Así mismo, dentro de ese régimen especial, no podía reunirse una vez al mes o cuando lo determinara el reglamento, ni ser convocado a sesiones extraordinarias por su Presidente como lo preceptúa el Art. 161 del C. de R. P. y M., sino que se reunirá en las fechas taxativamente fijadas en la Ley 72, y en sesiones extraordinarias únicamente por convocatoria del Alcalde. Naturalmente que el régimen señalado en el citado Art. 161 para las reuniones de los Concejos y para la convocatoria a sesiones extraordinarias, seguía imperando para los demás Cabildos del país. Pero vino luego la Ley 89 de 1936 que en sus Arts. 1º y 2º dispuso lo siguiente: "Art. 1º— La Ley 72 de 1926 sobre facultades al Municipio de Bogotá, rige para los Municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos, con excepción del Art. 3º de dicha Ley, el cual queda con carácter de facultativo. "Art. 2º Extiéndese así mismo a los demás municipios que sean capitales de departamentos o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos, las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los Arts. 3º y 5º de dicha Ley. Parágrafo. Extiéndese también al Municipio de Quibdó lo dispuesto en este artículo". Por manera que de acuerdo con la Ley 89 de 1936, Art. 1º, la Ley 72 de 1926 "sobre facultades al Municipio de Bogotá", regiría en su integridad, con la salvedad de su Art. 3º, para todos los Municipios del país con su presupuesto anual no inferior de un millón de pesos, lo que significa que los Concejos de los Municipios que llenaren esa condición, se deberían reunir en las fechas señaladas en el Artículo 5º de dicha Ley 72; que estaban facultadas para prorrogar sus sesiones ordinarias por diez días, y que únicamente podrían ser convocados a sesiones extraordinarias por el respectivo alcalde. Por consiguiente, a esos Municipios también se les sustrajo del régimen común fijado en el Art. 161 del C. de R. P. y M., tal como había ocurrido con el de Bogotá. El Art.

2º ya transcrito de la citada Ley 89 de 1936 también extendió las disposiciones de la Ley 72 de 1926 a todos los demás municipios del país, con un presupuesto anual no inferior a trescientos mil pesos, pero expresamente exceptuó de esas facultades, las concedidas en los Arts. 3º y 5º, siendo este último el que precisamente habla de las reuniones del Concejo por derecho propio. Es decir, que por lo que a este aspecto se refiere, los Concejos Municipales de capitales de Departamento o con un presupuesto superior a trescientos mil pesos, pero inferior a un millón, se seguirían reuniendo de acuerdo con las prescripciones del Art. 161 de la Ley 4ª de 1913. Posteriormente, la Ley 115 de 1943 dijo en su Art. 2º: "El Art. 2º de la Ley 89 de 1936 quedará así Art. 2º extiéndese así mismo a los demás Municipios que sean Capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a doscientos mil pesos, las disposiciones de las Leyes 72 de 1926 y 1ª de 1943, con excepción de las contenidas en los Arts. 3º y 5º de dicha Ley 72 de 1926". De suerte, que a partir de la vigencia de la Ley 115 de 1948 los Concejos de capitales de departamento o de municipios con un presupuesto superior a doscientos mil pesos, pero inferior a un millón, tendría las mismas facultades concedidas al alcalde de Bogotá por la Ley 72 de 1926, pero con la excepción expresa de sus Arts. 3º y 5º. Vale decir por lo que a esta última disposición se refiere, que no se podrían reunir en las fechas señaladas en ella, sino en la forma prescrita en el Art. 161 tantas veces citado de la Ley 4ª de 1913. Este régimen de excepción, en lo tocante al no disfrute de las facultades de los Arts. 3º y 5º de la Ley 72 de 1926, siguió comprendiendo o arropando a los Cabildos de las Capitales de departamento o municipios con un presupuesto superior a doscientos mil pesos, pero inferior a un millón, hasta el año de 1958, cuando se expidió la Ley 6ª que modificó el sistema del C. de R. P y M., por lo que a las reuniones de los Concejos se refiere, expresando en sus Arts. 2º 3º y 4º lo siguiente: "Art. 2º Fíjese la fecha del primero de noviembre de cada año para la reunión de los Concejos Municipales. Art. 3º Los Concejos Municipales funcionarán ordinariamente y por derecho propio, del primero de abril al 31 de mayo, y del primero de noviembre al treinta y uno de diciembre de cada año. "Parágrafo. En los municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones. "Art. 4º El Gobernador y el Alcalde Municipal podrán convocar a las Asambleas y a los Concejos Municipales respectivamente, a sesiones extraordinarias y, en tal evento, dichas corporaciones se ocuparán preferencialmente de los asuntos que el Gobierno someta a su consideración". De las disposiciones legales que hasta aquí se han transcrito, se pueden sacar las siguientes conclusiones: A) Que todos los Concejos Municipales del país se instalarán por derecho propio el primero de noviembre siguiente a la elección. B) Que todos ellos en principio, funcionarían por derechos propio, del primero de abril al treinta y uno de mayo, y del primero de noviembre al treinta y uno de diciembre de cada año; es decir, por un período cada vez de dos meses, sin derecho a prorrogar sus sesiones. C) Que en cuanto a los Concejos sometidos al régimen ordinario del Art. 161 de la Ley 4ª de 1913, ya no podrían sesionar cuando lo determinare el respectivo reglamento, sino en las fechas taxativamente señala-

das en la Ley 6ª de 1958. D) Que las entidades edilicias sometidas al régimen del Art. 161 de la Ley 4ª de 1913 y del Art. 2º de la Ley 89 de 1936, no podrían ser convocadas a sesiones extraordinarias por su respectivo Presidente, sino que ésta sería una facultad exclusiva del Alcalde. Naturalmente que todos los Concejos, cuando se trate de sesiones extraordinarias, éstas solo podrían verificarse por convocatoria del señor Alcalde Municipal. E) Que el Concejo Municipal de Bogotá y los concejos municipales de aquellos distritos a que se refieren la Ley 72 de 1926 y el Art. 1º de la Ley 89 de 1936, se seguirían reuniendo el primero de enero, el primero de mayo, el primero de agosto y el primero de noviembre, sesiones que durarían cada vez treinta días y que podrían ser prorrogadas por diez más, a juicio del Concejo. Por último, el Congreso de la República expidió en el año de 1969 la Ley 30 en cuyos Arts. 5º, 7º y 8º dispuso lo siguiente: "Art. 5º Los concejales del distrito especial de Bogotá, y de las ciudades capitales de departamentos o municipios de más de cien mil habitantes se reunirán cuatro veces al año, los días primero de noviembre, primero de enero, primero de abril, y primero de agosto por el período determinado en las leyes vigentes. "Art. 7º Los concejos de los municipios que tengan más de 4 millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual tendrán el mismo régimen de sesiones del Art. 5º anterior. "Art. 8º También se reunirán extraordinariamente los Concejos por convocatoria del Alcalde respetivo. En estos casos se ocuparán exclusivamente de los asuntos que someta a su consideración la autoridad que lo convocare". De acuerdo con las anteriores disposiciones los Concejos Municipales del Distrito Especial de Bogotá, de ciudades capitales de departamentos o municipios de más de cien mil habitantes, lo mismo que de aquéllos que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual, se reunirán cuatro veces en el año así: primero de noviembre, primero de enero, primero de abril y primero de agosto por un período determinado en las leyes vigentes, o sea, por el lapso de treinta días cada vez, prorrogable por diez días más, a juicio del Cabildo, según lo establece el Art. 5º de la Ley 72 de 1926. Por consiguiente, en cuanto a las fechas de reunión de esas corporaciones administrativas, ya no rige en parte, el Art. 5º de la Ley 72 de 1926, pues fueron suprimidas las sesiones del primero al treinta y uno de mayo de que habla el Art. 3º de la Ley 6ª de 1958, para en cambio agregarle las comprendidas entre el primero y el treinta de abril, según la nueva Ley. Igualmente, en las sesiones extraordinarias convocadas por el respectivo alcalde, los Concejos de las ciudades que reúnan esos requisitos, solamente se ocuparán de los asuntos que someta a su consideración aquel funcionario. Pero en cuanto a los demás Cabildos del país, o sea, los de aquellos Municipios que no se encuentren en las condiciones taxativamente señaladas en los Arts. 5º y 7º de la Ley 30 de 1969, se seguirán reuniendo en las fechas señaladas en el Art. 3º de la Ley 6ª de 1958, sin facultad legal para prorrogar sus sesiones, pues únicamente pueden sesionar, fuera de las fechas señaladas en dicho Art. 3º, cuando el respectivo Alcalde los convoque a sesiones extraordinarias, y en éstas, solamente se ocuparán de los asuntos que someta a su consideración el citado funcionario. Cualquier otra reunión distinta de las ordinarias o extraordinarias convocadas por el Alcalde, así

Páginas

como los actos resultantes de ellas no obligan legalmente, ya que tanto esa reunión como las determinaciones allí tomadas carecen de validez, y la sanción correspondiente no es otra que la nulidad, que debe declarar la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Sentencia de agosto 31 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Exp. 301 electoral). 709

56. ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES

Etapas y duración de las reuniones, Arts. 196 de la Constitución Nacional. Diversos ordenamientos legales sobre las sesiones de los Concejos. Elección de Personero y Tesorero, (Art. 197-6 Constitución Nacional, Ley 4ª de 1913, Arts. 233, 277 y 279). Los nombramientos que según la Ley debe hacer los Concejos, no pueden hacerse antes de los 30 días hábiles inmediatamente anteriores a la fecha en que los nombrados deben entrar a ejercer el cargo, so pena de nulidad (Ley 5ª de 1929 Art. 5º) (Ley 4ª de 1913 Art. 62). Distintos casos en aplicación de la Ley 5ª de 1929 Art. 5º— La Sala comparte íntegramente las consideraciones y conclusiones de su colaborador Fiscal y por lo mismo, las prohija y transcriba a continuación, como fundamento del presente fallo con lo que recoge, en forma expresa, el criterio contrario expuesto en sentencia de 22 de septiembre de 1976: 1º) Respecto a las etapas y duración de las reuniones de los Concejos Municipales, el constituyente no había dispuesto absolutamente nada desde 1886 hasta la aprobación del Art. 61 del Acto Legislativo Nº 1 de 1963 — actual Art. 196 de la Carta— según el cual la ley debe determinar la época de sesiones ordinarias de tales corporaciones administrativas de elección popular. "El Congreso, en ejercicio de su atribución de organizar la administración municipal, expidió la Ley 72 de 1926 sobre facultades al Municipio de Bogotá. En su Artículo 3º ordenó: "El Concejo Municipal de Bogotá se reunirá por derecho propio cuatro veces en el año, el 1º de enero, el 1º de mayo, el 1º de agosto y el 1º de noviembre. Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables, a juicio del Concejo por diez días más. El Alcalde puede convocar a sesiones extraordinarias al Concejo cuando a su juicio las necesidades del Municipio así lo requieren. El Concejo se ocupará en las sesiones extraordinarias, de preferencia, en los asuntos sometidos a su consideración por el Alcalde"; en el Art. 19 establece: *"Esta Ley rige para todas las capitales de departamento y para las ciudades de cincuenta mil o más habitantes"*. Y el Art. 20 dijo: *"Esta ley regirá desde su sanción, menos en lo relativo a las reuniones del Concejo. En esta materia la presente Ley comenzará a regir el 1º de noviembre de 1927. Mientras tanto el Concejo Municipal se reunirá en los días y las veces que disponga su reglamento"*. "Posteriormente, y en orden cronológico, se expidieron los siguientes ordenamientos. *Ley 89 de 1936*. "Art. 1º la Ley 72 de 1926 sobre facultades al Municipio de Bogotá, rige para los Municipios cuyo presupuesto anual no sea menor de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) con excepción del artículo de dicha ley, el cual queda con carácter facultativo. "Art. 2º Extiéndese asimismo a los demás municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos ($ 300.000.00), las disposiciones de la Ley 72 de 1926,

con excepción de las contenidas en los Arts. 3º y 5º de dicha Ley. "Parágrafo. Extiéndese también al Municipio de Quibdó lo dispuesto en este artículo, Ley 115 de 1948. Art. 2º de la Ley 89 de 1936, quedará así: "Art. 2º extiéndese asimismo a los demás municipios que son capitales de departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a doscientos mil ($ 200.000.00) las disposiciones de las Leyes 72 de 1926 y la de 1943, con excepción de las contenidas en los Arts. 3º y 5º de dicha Ley 72 de 1926. Ley 6ª de 1958. "Art. 2º fíjese la fecha del 1º de noviembre de cada año para la reunión de los Concejos Municipales. "Art. 3º Los Concejos Municipales funcionarán ordinariamente y por derecho propio, del 1º de abril al 31 de mayo, y del 1º de noviembre al 31 de diciembre de cada año. Parágrafo. En los Municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones (D. O. Nº 29785). Decreto Ley 3133 de 1968. Art. 7º. A partir del año de 1970, el Concejo de Bogotá se reunirá por derecho propio dos veces al año, el 1º de julio y el 1º de noviembre y las sesiones durarán cada vez treinta (30) días, prorrogables, por decisión del propio Concejo por diez días más —Ley 30 de 1969—. "Art. 5º Los Concejos del Distrito Especial de Bogotá y de las ciudades capitales de Departamento o Municipios de más de cien mil habitantes se reunirá cuatro veces en el año, los días 1º de noviembre, 1º de enero, 1º de abril y 1º de agosto, por el período determinado en las leyes vigentes —"Art. 6º—. Las reuniones de los Concejos que se efectúen fuera del lugar señalado oficialmente como sede las sesiones y los actos que en ellas se realicen, carece de validez —"Art. 7º—. Los Concejos de los Municipios que tengan más de cuatro millones de rentas municipales ordinarias en su presupuesto anual tendrán el mismo régimen de sesiones del Art. 5º anterior". Este Despacho comparte las apreciaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al resolver peticiones del Ministerio de Gobierno, el 21 de septiembre y el 3 de diciembre de 1976, así: Confrontando la Ley 30 de 1969 con la Ley 72 de 1926 y la 89 de 1936 y la 6ª de 1958 aparece lo siguiente: A) de las cuatro fechas señaladas para la reunión ordinaria de los Concejos Municipales, la Ley 30 de 1969 modificó la 72 de 1926 en cuanto cambió la del primero (1º) de mayo por la del primero (1º) de abril; B) La Ley 30 de 1969 modificó las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, en cuanto extendió las fechas de las aludidas reuniones ordinarias al Distrito Especial de Bogotá, a las capitales de los Departamentos, a los municipios de más de cien mil habitantes, y a los municipios con más de cuatro millones de rentas ordinarias en su presupuesto anual; C) Al prescribir la Ley 30 de 1969 que las sesiones ordinarias de los Concejos de los indicados municipios durarán *"por el período determinado en las leyes vigentes"* quiere hacer referencia al fijado para los municipios que han venido con el régimen especial de las Leyes 72 de 1926 y 69 de 1936, más los incorporados por el transcrito Art. 5º de la Ley 30 de 1969, esto es, que cada uno de los cuatro períodos durará "treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más"; D) Como la Ley 30 de 1969, en cuanto a reuniones de los Concejos Municipales es apenas aplicable a los mencionados como de régimen especial, cabe preguntarse qué ocurre sobre la materia de los Municipios o no comprendidos por su enumeración". La res-

Páginas

puesta, por exclusión, es que debe tener aplicación el Art. 3º de la Ley 6ª de 1958 que como norma general estableció dos períodos de sesiones ordinarias, por derecho propio, del primero (1º) de abril al treinta y uno (31) de mayo y del primero (1º) de noviembre al treinta y uno (31) de diciembre de cada año, con las excepciones dichas de los municipios sujetos al régimen de la Ley 72 de 1926. E) Finalmente, es de anotarse que la Ley 6ª de 1958 no abolió excepción alguna de las entonces existentes con régimen excepcional, sino que por el contrario las confirmó cuando expresa; "Parágrafo. En los municipios a los cuales se refieren las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, se reunirán ordinariamente, y por derecho propio, de conformidad con lo establecido en las citadas disposiciones". "Según el Art. 197, atribución 6ª de la Constitución Nacional, compete a los Concejos Municipales elegir personero y tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine. "Así mismo la Ley 4ª de 1913 C. de R. P. y M. en sus artículos 233, 277 y 279, señala para dichos funcionarios el período de un año, iniciable el primero (1º) de enero. De otra parte, según el Art. 5º de la Ley 5ª de 1929, "Los Concejos Municipales no podrán hacer los nombramientos que, según la Ley, son de su incumbencia, antes de los treinta días inmediatamente anterior a la fecha en que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo. La contravención a este artículo vicia de nulidad el nombramiento. "A su vez, el Art. 62 de la Ley 4ª de 1913 Código de R. P. y M. —preceptúa que "en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario—". "Así las cosas, como en los treinta días señalados por la Ley 5ª de 1929, se entiende suprimidos los feriados y de vacantes, las elecciones que, según la Ley, son de la incumbencia de los concejos municipales, según se pueden realizar entendiendo que empiezan período el primero (1º) de enero, mediante la siguiente distinción: A) Los concejos municipales que tienen solamente dos períodos de sesiones ordinarias al año (Ley 6ª de 1958) uno de los cuales empieza el 1º de noviembre hasta el 31 de diciembre del mismo año, bien pueden hacer esas elecciones dentro de esas sesiones en cumplimiento de la Ley 5ª de 1929; B) En cambio, los concejos municipales que tiene el régimen especial de cuatro (4) períodos de sesiones ordinarias cada año, puede hacer las elecciones en referencia, en el período que por treinta días se inicie el primero de noviembre, con descuento de los días feriados y de vacancia, y haciendo uso de la facultad de prórroga, por diez (10) días más autoriza la Ley. En esta forma las elecciones quedan hechas dentro de los treinta (30) días anteriores a la iniciación del período, que es el mandado de la Ley 5ª de 1929". (Sentencia de agosto 30 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Samuel Gómez D. Expediente 323. Electoral. *Salvó Voto* Doctor Galindo Pinilla). 716-23

57. ELECTORALES. POSESION DEL CARGO

No es acto administrativo, ni de carácter electoral cuya constitucionalidad y legalidad pueda discutirse mediante el procedimiento especial del juicio del mismo nombre. Existencia y prueba por copia auténtica del acto acusado o un presupuesto procesal específico

Páginas

para que se constituya válidamente el juicio.— La posesión como ha expuesto la Sala en otras oportunidades, no es un acto administrativo, menos uno de carácter electoral cuya constitucionalidad y legalidad puede discutirse mediante el procedimiento especial del juicio del mismo nombre; si desde el punto de vista del particular que asume un cargo es una promesa solemne de desempeñarlo constitucional y legalmente, para la Administración es un hecho, la realización de esa promesa, cuyo acaecimiento presencia el correspondiente funcionario. Esto nada decide u ordena, se limita a preguntar a quién asume un empleo si promete solemnemente desempeñarlo bien y da fe de lo sucedido. Por consiguiente, en relación con este aspecto, no existe acto administrativo. Si no existe el acto que se impugna o si no se lo demuestra por copia auténtica, falta la materia sobre la cual debe versar el debate fáctico y conceptual del juicio y, de este modo, es imposible resolver en el fondo. Esto significa que la existencia del acto y su prueba son presupuestos procesales específicos, sin los cuales al juicio no se constituye válidamente porque sin ellos no habría materia sobre la cual debatir. De donde se concluye que, como la posesión no es acto administrativo, la Sala, en relación con este cargo no puede proferir una decisión de mérito. (Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra una elección de Magistrado. Actor: Leonor de Angel de Casallas. Exp. 286. Electoral). 675

58. ELECTORALES

(Explicación de Voto). Caducidad de la acción.— Explicación del consejero: Doctor Jorge Valencia Arango. Exp. 286. Actor: Leonor de Angel de Casallas. 678

59. ELECTORALES

Objeto, sentido y alcance de la acción electoral. La acción electoral es objetiva, pública y popular. No hay norma legal que limite ese derecho o que exija un interés jurídico especial concreto, en la persona que lo ejercita. Caducidad de la acción. El auto admisorio de la demanda se notifica personalmente sólo al demandante y al agente del Ministerio Público (Ley 167 de 1941 Art. 217). En los negocios electorales en primera y segunda instancia, no son admisibes las articulaciones comunes y los impedimentos y recusaciones podrán promoverse desde que se fija en lista el negocio hasta la ejecutoria del auto de citación para sentencia (Art. 241 ibidem). El juez tiene la facultad y el deber de citar personalmente al sujeto cuyas calidades se discuten, no para darle oportunidad de defender derecho individual alguno, sino para asegurar la idoneidad de la elección que en tales eventos significa la lealtad del elegido para con el elector, (cuando la prueba dependa de una afirmación o una negación indefinidas). El objeto primordial, quizás exclusivo que se propuso el Legislador al instituir una acción como la que aquí se adelanta, fue la preservación de la legalidad en el proceso electoral, ya que la manifestación de voluntad de la comunidad en un régimen democrático como el nuestro es el derecho más sagrado. La acción electoral es objetiva, pública, es un contencioso popular

abierto a todas las personas que quieran ejercitarlo, sin que exista norma legal alguna que limite ese derecho o que exija un interés jurídico especial, concreto, en la persona que lo ejercita. Cuando la Ley estableció que la acción pública electoral caduca en el breve lapso de diez días, lo hizo por tratarse precisamente de la conformación de los organismos del Estado cuyo funcionamiento no puede quedar sometido a una situación de indefinida incertidumbre, lo que sucedería si no se estableciera ese término perentorio de caducidad. Por lo mismo, en el Art 217 de la Ley 167 de 1941, se dice expresamente que el auto admisorio de la demanda se notifica personalmente al demandante y al Agente del Ministerio Público, no dice que deba hacerse a otras partes, y en el artículo 241 se expresa con toda claridad que en los negocios electorales, así en primera como en segunda instancia, no son admisibles las articulaciones comunes y que los impedimentos y recusaciones podrán promoverse desde que se fija en lista el negocio hasta la ejecutoria del auto de citación para sentencia. Los preceptos citados y la doctrina brevemente expuesta no impiden que si no comparece espontáneamente sea llamada, al proceso la persona cuyas calidades individuales, exigidas por la Constitución o por la Ley, sean el motivo de la impugnación electoral y siempre que la prueba dependa de una afirmación o una negación indefinida como si el sujeto no ha sido profesor o no ha ejercido alguna profesión con título universitario. En esos casos el juez tiene la facultad y el deber de citar personalmente al sujeto cuyas calidades se discuten no para darle oportunidad de defender derecho individual alguno sino para asegurar la idoneidad de la elección que en tales eventos significa la lealtad del elegido para con el elector que es uno de los elementos de la fidelidad que merece y necesita la protección judicial. En otras palabras, la pureza del sufragio también está vinculada a la defensa del elector respecto de la honestidad del elegido cuando al aceptar la inscripción de su candidatura afirmó implícitamente cumplir con todas las condiciones constitucionales y legales para merecer el voto de sus conciudadanos. Por consiguiente, en sentir de la Sala, no es necesaria la comparecencia al juicio de la señora María C. Leyva de Pugnilue, posible afectada con las resultas del presente juicio, por cuanto la Ley no la establece y, de otra parte, se haría en verdad nugatorio el sentido y alcance de la acción electoral, pues el proceso podría someterse a una inútil dilación y no ser tramitado ni fallado en la oportunidad debida. (Auto de agosto 31 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Gerardo Bernal C. y otros. Exp. 276. Electoral. Con *Salvamento de Voto* de los Consejeros doctores Osvaldo Abello Noguera, Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Galindo Pinilla, Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge Valencia Arango y Bernardo Ortiz Amaya). 641

60. ELECTORALES. PARTES. INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO (218 C. C. A.)

(Salvamento de Voto) — La institución de este proceso es inconcebible sin uno de los elementos fundamentales como son las partes. La concurrencia de partes determina que también al llamado juicio electoral deban aplicarse todos los principios generales del derecho

Páginas

procesal relativos a aquéllos, salvo disposición expresa de la ley en contrario. Uno de esos principios es el que obliga a integrar cabalmente el contradictorio, en el caso del litis consorcio (Artículos 51 y 83 Código de Procedimiento Civil). (*Salvamento de Voto* del doctor Carlos Galindo Pinilla, Jorge Valencia Arango y Carlos Portocarrero Mutis, a la sentencia de agosto 31 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Exp. 276. Actor: Gerardo Bernal C. y otros). 649-51-52

61. ELECTORALES

(Salvamento de Voto).— El suscrito Consejero entiende que los procesos electorales relacionados con la elección de miembros de corporaciones, tienen como finalidad impugnar el acto electoral en sí, con su escrutinio correspondiente.— No interesa que la demanda esté enderezada a discutir la credencial de determinada persona, por cuanto que la pretensión se dirige a obtener la modificación del escrutinio y de los resultados del acto electoral. Por esa razón y porque así lo dice además expresamente la ley, el suscrito considera que este tipo de acción es pública y la puede ejercer cualquier ciudadano, con interés jurídico directo o sin él en las resultas del proceso. Cualquier acción que se ejercita con el objeto de modificar los escrutinios en las elecciones de los miembros de cualquier tipo de corporación, ataca el acto independientemente de quienes se perjudiquen o se favorezcan con su resultado; y por lo tanto, no puede sostenerse que existe legítimo contradictor a quien sea necesario notificarle la admisión de la demanda para establecer la relación procesal correspondiente. No importa si en la misma demanda se señalan las personas que pueden ser afectadas por el fallo. Por el contrario cuando se solicita la nulidad de un acto electoral o de un nombramiento, en atención a las calidades constitucionales o legales del nombrado o del elegido, no es propiamente el acto electoral el que se ataca sino el título otorgado a persona que no puede desempeñar el cargo por disposición legal. Solo en ese caso se entiende que deba ser notificado el interesado, para establecer la relación procesal necesaria. (*Salvamento de Voto* del Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya, de auto de agosto 10 de 1977. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Gerardo Bernal C. Exp. 276). 645

62. ELECTORALES

(Salvamento de Voto).— Nulidad procesal. En el proceso administrativo existen dos salidas para decretar una nulidad procesal. La una contemplada en el Art. 118 del Código Contencioso Administrativo que se refiere a la declaratoria oficiada y la otra, o incidental, regulada en el Art. 119.— (Salvamento de voto del Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 276. Sentencia de agosto 31 de 1977. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado). 647

63. ELECTORALES

(Salvamento de Voto).— No puede exigirse la notificación de la demanda a todas las posibles e hipotéticamente afectadas, en los

Páginas

procesos electorales en los que se controvierte la legalidad del acto respectivo en acción pública de nulidad, por cuanto no es posible, saber con exactitud, de manera previa quién o quiénes serán los afectados con el nuevo escrutinio ordenado por la sentencia.— En el presente caso no es de rigor citar a los concejales elegidos al Concejo de Bogotá, ni a determinado Concejal, en particular, por cuanto no es posible saber con exactitud, de manera previa quién o quiénes serán los afectados con el nuevo escrutinio ordenado por la sentencia recurrida. En estos procesos electorales, en los que se controvierte la legalidad del acto respectivo en acción pública de nulidad, aunque se indique a determinado candidato de los elegidos como destinado a perder su curul, el resultado del escrutinio que debe practicarse en ejecución de la sentencia que lo ordena es impredecible, por lo cual no puede exigirse la notificación de la demanda a todos los posibles e hipotéticamente afectados. Otra es la situación cuando a determinado candidato se le niegan las calidades constitucionales para ser elegido o cuando se pide que se declare que determinada lista de candidatos no fue legalmente inscrita, que es a lo que se refiere la jurisprudencia invocada por el fallo, porque entonces sí se ataca de manera cierta la credencial de determinada persona. (Salvamento de voto del Consejero Doctor Alvaro Pérez Vives a la sentencia de agosto 31 de 1977 de que fue ponente el Consejero Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Gerardo Bernal C. y otros. Exp. 276). 644

64. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Fallo sobre demanda presentada por el Ex-secretario General de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero contra el acto que lo declaró fuera del servicio.- La Sala acoge en un todo el concepto Fiscal que antes se transcribe por estar de acuerdo con la reiterada jurisprudencia que en esta materia tiene sentada esta Corporación. En efecto, a partir de las normas contenidas en los Decretos 1050, 3130, 2400, 3135 de 1968 y los restantes que constituyen la reforma administrativa de ese año, han quedado delimitados con exactitud las formas de vinculación al servicio público, su naturaleza jurídica y los órdenes de competencia que de tales vínculos se originan. Tratándose de organismos descentralizados el Decreto 1050 de 1968 los clasifica en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Los primeros forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, se integran a ella según lo predican el Artículo 1º de dicho Decreto. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de economía mixta, en cambio, no se integran a la administración, sino que se gobiernan por las normas del derecho privado y sólo se vinculan a la administración pública en los términos de las leyes que las crean o autorizan y de sus propias normas orgánicas. En desarrollo de esta clasificación el Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 consagra la diferencia jurídica de la vinculación que se opera cuando se prestan servicios a una u otra categoría de entes descentralizados. Las personas que prestan sus servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, pero el mismo artículo establece que "en los estatutos de los establecimientos públicos

Páginas

se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo", el inciso 2º del mismo artículo establece que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y agrega: "sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección y confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". De suerte que, la regla general es que todos los trabajadores de los establecimientos públicos son empleados públicos y todos los de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales. La excepción a esta norma sólo puede establecerse mediante disposición expresa de los Estatutos del respectivo organismo descentralizado. La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero es una empresa industrial y comercial del Estado, según definición contenida en el Artículo 19, inciso b) del Decreto 2420 de 1968, al enumerar las empresas industriales y comerciales vinculadas al Ministerio de Agricultura, luego de acuerdo con la regla general del Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 todos sus servidores son trabajadores oficiales, a menos que los propios estatutos de la Institución hayan determinado cuáles trabajadores de dirección o de confianza son empleados públicos. Sólo mediante norma estatutaria puede consagrarse tal excepción. El apoderado del actor se esfuerza en demostrar que la importancia de las labores de Secretario General que éste desempeñaba le dan la calidad de empleado público, porque, evidentemente, el mencionado cargo era de dirección y confianza, pero olvida que el Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 señaló exclusivamente a los estatutos de estas entidades la facultad de establecer excepciones a la regla general que ya se ha visto. No es, pues, labor de la jurisprudencia determinar el tipo de vínculo que une a los servidores de los organismos descentralizados, pues ello se encuentra definido por la ley o por los estatutos, como lo permite el Artículo 5º que se estudia. Por otra parte, a los autos se llevó el contrato de trabajo que vinculó al actor con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (folio 28), elemento que no habría sido esencial para establecer la vinculación contractual, porque de acuerdo con el artículo 7º del mismo decreto, si el contrato no se consigna por escrito, se entiende celebrado conforme al modelo oficial correspondiente. Las breves anotaciones complementarias de las contenidas en el importante concepto Fiscal, determinan que esta jurisdicción no es competente para el conocimiento del presente negocio, lo que conduce a que las peticiones de la demanda no puedan prosperar. (Sentencia de noviembre 19 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Manuel Roca C. Exp. 4449. Autoridades Nacionales). 235

65. EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CUCUTA

Nulidad de todo el Artículo Primero del Acuerdo Municipal Nº 49 de 8 de octubre de 1975, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta. y "por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta. El acto acusado es "por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta" y su artículo 1º

otorga la administración de ellas a una Junta compuesta por seis miembros que tendrán un período igual al del Concejo que los elige y de la cual forman parte el Presidente y el Vicepresidente de la Corporación electora. "1º La Administración de las Empresas Municipales de Cúcuta —dice el Art. 1º del Acuerdo Nº 49 de 8 de octubre de 1975— estará a cargo de la Junta Directiva integrada por seis (6) miembros, a saber: Por el Alcalde de Cúcuta, o su representante quien deberá ser funcionario del Municipio de Cúcuta; por el Personero Municipal, o el Jefe de Planeación Municipal; por el Presidente y Vicepresidente del Concejo de Cúcuta, con los suplentes que elijan las comisiones de Hacienda y Presupuesto y de Obras Públicas; por un Representante con su respectivo suplente de "FENALCO". Seccional Norte de Santander y/o de la Cámara de Comercio de Cúcuta, elegido por esta Corporación de la Directiva de estos Organismos; por un representante con su respectivo suplente de las asociaciones regionales de Ingenieros, Economistas y de las organizaciones crediticias con oficinas en Cúcuta, elegidos por la Corporación de las Juntas Directivas de estos organismos". 2º Por el parágrafo 1º del Art. anterior se señaló el período de los representantes de la Junta Directiva de las Empresas Municipales que será el mismo Concejo que los elige. 3º Por el parágrafo 2º se determinó que el Presidente y Vicepresidente del Concejo de Cúcuta "serán los concejales que llevarán la representación de la Corporación en la Junta de las Empresas Municipales de Cúcuta". 4º El Parágrafo 3º dispuso que los representantes principales y suplentes de los organismos a que se refiere el artículo 1º serán elegidos por el Concejo "de entidades diferentes para asegurar así una mayor pluralidad en la representación de los organismos gremiales y profesionales y entidades crediticias en la Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta". 5º) El parágrafo 4º del mencionado Art. 1º dispone que los miembros de la Junta que estén desempeñando el cargo, "continuarán en el ejercicio del mismo, mientras no sean reemplazados por elección del propio Concejo". Sostiene el demandante que lo demandado contraría los numerales 4º y 6º del artículo 197 de la Constitución Nacional, porque para que los Concejos Municipales puedan ejercer las atribuciones que les confiere la Carta en los artículos 196 inciso 3º y 197 numeral 4º, se requiere una ley previa que determine tales facultades, ley que en el caso de estudio no existe. De allí que no pueda elegir el Concejo Municipal, de conformidad con el numeral 6º del Artículo 197 de la Constitución, sino a los empleados que determine la ley, que se repite no existe para el presente caso. De allí, dice el demandante, que el Concejo no puede interferir en la administración de las Empresas Municipales de Cúcuta lo cual hace el Acuerdo materia de su acusación cuando crea junta administradora de las mismas. El señor Fiscal primero de esta Corporación en su vista de fondo dice que el numeral 4º del Artículo 197 de la Carta debe entenderse en el sentido de que la iniciativa del Alcalde para la creación de establecimientos públicos, de sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Municipio, se extiende a las modificaciones que esas entidades pretendan introducir, "pues lo contrario implicaría poder variar sin iniciativa del Alcalde lo que para su creación sí necesitó de su intervención. "Esta afirmación la respalda el señor Agente del Ministerio Público en lo que sirve de sustento

Páginas

a este fallo, y que ha dicho el Consejo en otras oportunidades. A la misma conclusión a que llegó el señor colaborador Fiscal llega la Sala y por ello encuentra que las peticiones de la demanda deben prosperar. (Sentencia de septiembre 26 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente Nº 2642. Actor: Rafael Ibarra). 503

66. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS MUNICIPALES

El período del Gerente de las Empresas Públicas Municipales. Los Arts. 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1961 prescriben que el período del Gerente y del Auditor de las Empresas Públicas de Neiva es de dos años, contados a partir de su posesión. La parte demandante sólo impugnó los indicados preceptos en cuanto atañen al período del Gerente; por consiguiente la decisión que se adopte le comprende al Auditor. El Tribunal no accedió a declarar la nulidad de estas normas porque la parte demandante no fundamentó el cargo en la violación de una disposición de jerarquía superior. Pero la Sala considera que, si prospera el cargo contra los Arts. 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971, sobre la base de considerar que el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva es agente del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción, esta petición es consecuencial y está implícita en aquélla. Un cargo del libre nombramiento y remoción del Alcalde necesariamente excluye la posibilidad del período. La Sala considera que los cargos de agentes en la Administración Nacional y local, por ser de carácter político y de confianza implican la permanente posibilidad de proveerlos libremente, sin las limitaciones, propias del período que haría nugatoria su finalidad (Arts. 120, Ord. 1º, 4º y 5º, inciso 2º, 181, Inc. 2º y 3º, 194 Ord. 2º y 5º inciso 2º, y 201 de la Constitución). En consecuencia, es preciso modificar la sentencia del Tribunal y declarar también la nulidad de los Arts. 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 13 del Acuerdo Nº 17 de 1971 en cuanto señalaron período al Cargo de gerente de las Empresas Públicas de Neiva. (Sentencia de julio 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 05 de 1971 expedido por el Concejo Municipal de Neiva. Actor: Hernando Valenzuela. Exp. 2519). 506

67. EXTRANJEROS

Nulidad de las Resoluciones números 1796 de noviembre 14 de 1975 y 1140 de agosto 25 de 1976 por medio de las cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores cancela la visa ordinaria número 892 expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York al señor Jorge Morra Zablath.— Los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 1796 de 1975 y 1140 de 1976, del Ministerio de Relaciones Exteriores, deciden "cancelar la Visa Ordinaria número 892, expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York, al señor Jorge Morra Zablath, por considerar que es inconveniente para el país la permanencia de dicho extranjero, teniendo en cuenta los antecedentes que en su contra han sido presentados". Según los considerandos de las resoluciones administrativas, el señor Morra,

de nacionalidad palestina ingresó al país provisto de pasaporte con visa ordinaria número 892, del Consulado de Colombia en Nueva York, del 28 de agosto de 1947, en condición de estudiante y con fecha 13 de febrero de 1954, el Ministerio de Relaciones le reconoció la profesión de comerciante. Es decir, su entrada al país hace treinta años y la estadía subsiguiente están hechas de acuerdo con las leyes nacionales y le otorgan el derecho de permanecer y residir en Colombia. Para cancelar la visa, el funcionario arguye que "la División de Extranjería del Das solicita la cancelación de la visa ordinaria otorgada al extranjero Jorge Morra Zablath con base en los hechos enunciados anteriormente y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 1414 de 1955". El hecho invocado consiste en que "el mencionado extranjero no ejerce ninguna actividad lucrativa, sino, por el contrario, se dedica a deambular permanentemente por las calles de Santa Marta con individuos de dudosos antecedentes, demostrando con esto un estado nocivo y peligroso para la sociedad". La norma jurídica que soporta la decisión prevé lo siguiente: "cuando posteriormente a la expedición de una visa, el Gobierno tuviere de la persona a quien se la hubiere concedido informes desfavorables, desconocidos antes de otorgarla, o que impliquen que las declaraciones hechas por el interesado al obtenerla fueron falsas o incompletas, podrá cancelarla el Ministerio de Relaciones Exteriores, a solicitud del Servicio de Inteligencia Colombiano, aun cuando el extranjero se hallare en Colombia" (Decreto 1414 de 1955, por el cual se crea la tarjeta de tránsito y se dictan otras disposiciones sobre extranjeros, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades legales que le confiere el artículo 6º de la Ley 2ª de 1936, publicado en el Diario Oficial Nº 28777 del 11 de junio de 1955). La norma invocada prevé que los hechos desconocidos en el momento de conceder la visa que posteriormente se descubren pueden dar lugar a la cancelación de la visa. Es decir que el Gobierno hubiere sufrido engaño mediante declaraciones falsas, inverídicas o incompletas de suerte que de haber conocido la verdadera conducta del extranjero no habría concedido el permiso. Se presupone una conducta pretérita, mas no posterior al acto de permitir el ingreso del extranjero al País. Todos los hechos expuestos por el Ministerio en el acto acusado, á más de ser vagos e imprecisos, como "deambular por las calles de Santa Marta con individuos de dudosos antecedentes, demostrando con esto un estado nocivo y peligroso para la sociedad" son posteriores a su entrada al territorio nacional, y además están ampliamente desvirtuados con hechos positivos, como el de poseer bienes, participar en actos de comercio, en administración de inmuebles etc., según pruebas fehacientes aportadas en el debate probatorio. La situación jurídica del extranjero residente en Colombia está ampliamente protegida por la Constitución Nacional, ya que "es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes y respetar y obedecer a las autoridades. *Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos.* Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones

Páginas

que establezcan la Constitución o las leyes. Los derechos políticos se reservan a los nacionales" (Constitución Política de Colombia: artículos 10 y 11). Y así, el extranjero —como el nacional— sometido a las leyes colombianas respetándolas y obedeciéndolas, también tiene el amparo del artículo 26 de la Carta, porque *"Nadie* podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". (*Nadie*, subrayado con intención pronombre indeterminado: ninguna persona). Y también, como un derecho civil y una garantía social, el extranjero está amparado, porque "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" (Constitución de 1886, Art. 19; codificación de 1936. Artículo 15; codificación de 1945, Artículo 16). (Sentencia de 1º de septiembre 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Miguel Antonio Cárdenas. Expediente Nº 2589. Actor: Jorge Morra Zablath.). 152

68. EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL PARA LOS EXTRANJEROS

Requisitos pactos internacionales, respecto de los derechos humanos.— Es una pena accesoria, de acuerdo con el artículo 42 del Código Penal y 677 del procedimiento penal, que sólo puede imponerse de acuerdo con las leyes y decretos sobre la materia. Y en este mismo orden de principios y fidelidad a las garantías constitucionales, el artículo 175 del Código Nacional de Policía (Decreto Ley 1355 de 1970), prevé que "No podrá imponerse la pena de expulsión del país sino en sentencia judicial dictada en juicio por infracción penal que la autorice. También podrá imponerse mediante resolución motivada de la autoridad de policía legalmente competente y sólo cuando se han ejercido los derechos políticos que les son vedados o por violar las condiciones del permiso de ingreso al país, siempre que consten por escrito, aunque no sea en el pasaporte, y en cuando haya testimonio escrito de que fueron debidamente notificadas al beneficiario del permiso". La Ley 74 de 1968 (diciembre 26). "Por la cual se aprueban los pactos internacionales de derecho económico, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidades en votación unánime en Nueva York el 16 de diciembre de 1966", en el artículo 13 de la parte correspondiente al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, prevé que "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones de seguridad se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ellas". (Diario Oficial Nº 32681). Igualmente

Páginas

la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, nos da la certidumbre de que Colombia posee una tradición de respeto a los derechos humanos, y en su Constitución Política, en su legislación y en la jurisprudencia nacional se ha anticipado en muchos años a esas declaraciones para el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano y a los Pactos Internacionales que por medio de leyes han sido ratificados. (Referencia: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 1º de septiembre de 1977. Consejero ponente: Miguel Antonio Cárdenas. Expediente 2589. Actor: Jorge Morra Zablath). 152

69. EXTRANJEROS

Régimen Legal.— a) Los extranjeros disfrutan en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos (Constitución Nacional Art. 11). b) La pena de expulsión del país puede imponerse a los extranjeros en sentencia judicial dictada en juicio por infracción penal que la autorice (Art. 42 C. P.; 677, 6º Código Procedimiento Penal; 175 Constitución Nacional P.). c) También la puede disponer la autoridad de policía legalmente competente cuando el extranjero ha ejercido los derechos políticos que le están vedados; o por violar las condiciones de ingreso al país, siempre que conste por escrito que el inmigrante las conoció (Art. 175 C. Nal. P. Art. 13 de la Ley 74 de 1968; Ley 16 de 1972). d) Cuando la decisión de expulsión provenga de una persona, autoridad o funcionario administrativo, habrá recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado. (Art. 176 C. Nal. P.). e) "El juez o funcionario que imponga la pena de expulsión o la ejecute sin el cumplimiento de las formalidades de que tratan los artículos anteriores quedará incurso en el delito de abuso de autoridad" (Art. 177 C. Nal. P.). (Sentencia de septiembre 1º de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel Antonio Cárdenas. Exp. 2589. Actor: Jorge Morra Zablath). 152

F

70. FALSA MOTIVACION Y DESVIACION DE PODER

Jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de agosto de 1969. La desviación del poder está intimamente relacionada con los motivos determinantes del acto y si éste fue dictado en bien del servicio público no existe razón para su nulidad, aunque aparezca inexactitud de la motivación.— "Es cierto que el Consejo de Estado, a raíz de la expedición del C. C. A., ha venido estudiando, principalmente, el problema de *errónea* o *falsa motivación* de los actos administrativos, partiendo de las base axiomática de que los considerandos y motivos de tales actos deben estar ajustados y ser fiel reflejo de los mismos por razones de orden legal y moral, a fin de precisar cuándo tal vicio implica *desviación de poder* y es causal de nulidad por haber sido expedidos *"con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere"*,

Páginas

como dice el Art. 66 del citado estatuto. "Como lo observó el distinguido consejero Andrés Holguín, redactor de la sentencia de agosto 25 de 1969 de la Sala Plena, la doctrina del Consejo de Estado no había sido uniforme hasta esa fecha pues se habían expuesto tesis muy matizadas en diversos fallos y salvamentos de voto; pero, en todo caso, "no puede afirmarse, pura y simplemente, que toda errónea o inexacta motivación implique desviación del poder público y haga nulo el acto administrativo" y por ello, en varias oportunidades, "aunque el Consejo ha encontrado plenamente acreditada la falsa motivación, no ha hallado probada la desviación del poder, pues ha buscado en las pruebas aducidas los motivos determinantes del acto y ha encontrado, con frecuencia, que el acto fue dictado en bien del servicio público, por lo cual no ha anulado la providencia respectiva". "De manera que la posición del Consejo, a partir del 25 de agosto de 1965, quedó claramente sintetizada; la desviación de poder está íntimamente relacionado con los motivos determinantes del acto si éste fue dictado en bien del servicio publico no existe razón para su nulidad, aunque aparezca inexacta la motivación. (Sentencia de octubre 20 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Marco Betancur Exp. 3936. Concejos Municipales). 487

71 FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

Revocación directa de los Actos Administrativos Particulares. Prohibición establecida en el Art. 24 del Decreto 2733 de 1959. Acción de revisión Art. 164 del C. C. A.— La entidad demandada, a través de su apoderado, propuso las excepciones de falta de competencia y caducidad, basada la primera en que el actor no agotó la vía gubernativa porque no interpuso recurso de reposición contra la resolución enjuiciada, y la segunda porque desde la fecha en que se produjo tal acto y en la que se presentó la demanda transcurrieron más de los cuatro meses señalados para el efecto por el inciso 3º del Art. 83 del Código Contencioso Administrativo. "Con respecto a la excepción que la parte impugnadora denomina "Falta de competencia", basta decir que de conformidad con el Art. 15 del Decreto 2733 de 1959, el recurso de reposición que echa de menos la apoderada de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Y en cuanto a la alusión que se hace del recurso de apelación, la misma parte reconoce que él no está establecido para las providencias que dicte dicha Empresa. "En lo que concierne con la excepción de caducidad de la acción, en ejercicio de ésta está regulada por la norma contenida en el Art. 41 del Decreto 3135 de 1968, no por la disposición general del inciso 3º del Art. 83 del Código Contencioso Administrativo, ya que el restablecimiento del derecho que se pide como consecuencia de la nulidad de la resolución enjuiciada, versa sobre reconocimiento de pensión de jubilación. Por otra parte, no hay en el expediente constancia alguna, porque la entidad demandada no la allegó a pesar de haberlo solicitado, sobre la fecha en que le fue notificada al demandante la Resolución 757 de 1970 que le sus-

pendió el pago de la pensión. Correspondía en este caso a la excepcionante probar que el actor no ejercitó el derecho a accionar dentro de los tres años a que se refiere el Art. 41 citado, pero como no lo hizo así la excepción que en ese sentido se propuso debe declararse no probada, al igual que lo será la de la "falta de competencia". 2. El fondo del asunto. Toda la controversia se circunscribe a establecer si la Administración, en este caso los Ferrocarriles Nacionales de Colombia podía, como lo hizo, suspender el pago de la pensión de jubilación que le había sido reconocida, por acto que se encontraba en firme, al demandante. Cree la Sala que esa medida no podía aducirse en la forma en que la acogió la Administración, es decir, unilateralmente, sin que mediara el consentimiento expreso y escrito del demandante, por prohibición del Art. 24 del Decreto 2733 de 1959. Si los Ferrocarriles Nacionales de Colombia estimaron que el reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante se había efectuado con base en documentos apócrifos —cuestión esta que no aparece demostrado en el juicio—, otro era el camino para obtener la revocación de ese reconocimiento, como por ejemplo el ejercicio de la acción de revisión consagrada en el Art. 164 y ss. del Código Contencioso Administrativo entre otras razones porque entre las causales que dan lugar a ella, específicamente menciona el numeral 1º del Art. 165 de esa obra, la de cuando el reconocimiento se ha obtenido "con fundamento en documentos falsos o adulterados", que es la razón en que se basa la resolución enjuiciada. Como lo ha dicho la Sala el perjuicio que se ocasionó al actor surge de las mismas resoluciones enjuiciadas. Si observamos que al demandante se le había reconocido un derecho individual concreto, de carácter económico que no podía revocarse en forma oficiosa por la administración, sin previo consentimiento del titular del derecho, se concluye que hubo manifiesta violación del Art. 24 del Decreto 2733 de 1959. Considera la Sala necesario transcribir el concepto de la Fiscalía 4ª de la Corporación en un negocio similar y se comparte: Dijo así la Fiscalía: "...Posteriormente, la demanda mediante las resoluciones acusadas revocó directamente el reajuste pensional de que venía disfrutando el demandante alegándose para ello que la equivalencia certificada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil que sirvió de fundamento al reajuste había sido revocada por este organismo, sin que previamente hubiera obtenido del actor su consentimiento expreso y escrito. "Ahora bien: El caso es tan elemental, sobre la aplicación del Art. 24 del Decreto 2733 de 1959, que no merece mayores consideraciones para concluir en la ilegalidad de los actos acusados, en forma por demás ostensible. Dicha ilegalidad no podría calificarse como el simple fruto de una equivocación, sino carente de todo fundamento, de quienes produjeron los actos acusados, porque a sabiendas de que si el consentimiento expreso y escrito del demandante no podía revocar directamente la Resolución que le reconoció el reajuste, de todas maneras fue revocada. Tratando de justificar lo injustificable y de legalizar lo abiertamente ilegal, se invoca una tesis del profesor Hernando Gómez Mejía expuesta en su "curso de Derecho Administrativo" y que refiriéndose al Art. 24 del Decreto 2733 de 1959 dice: "A nuestra manera de ver esta última

Páginas

disposición debe interpretarse en el sentido de que aún sin el consentimiento del particular, el acto puede revocarse cuando ha sido irregularmente expedido, es decir, cuando adolece de un vicio de nulidad pues en tal circunstancia el acto no ha surgido a la vida jurídica consolidada legalmente. No puede compartir la Fiscalía esta tesis, en la medida en que se abriría ancho campo a la arbitrariedad de la administración que por sí y ante sí sustituiría sin eficacia definitiva, a la jurisdicción contencioso administrativa que en casos concretos sería la única con facultades para decir si el acto que se pretende revocar directamente sin el consentimiento del beneficiario, es nulo, o inexistente. Menos puede compartir la Fiscalía las citas de los eminentes tratadistas Andrés de Laubadere y Guido Canobini, para el presente caso, traídas en uno de los actos acusados, porque aunque es rigurosamente aceptable que la Administración corrija sus propios actos sin necesidad de petición de parte, dicha facultad en nuestro cuadro jurídico tiene entre otros límites el respeto por los derechos adquiridos a que se refiere el artículo 30 de la Carta y adicionalmente el de las situaciones individuales a que se refiere el Art. 24 ya mencionado. Esas citas doctrinales, totalmente descubicadas de nuestro contexto jurídico, a manera de ver de la Fiscalía, no son más que los adornos "jurídicos" de que se valió la parte demandada para desconocer a sabiendas se repite, los derechos del demandante". Además como bien lo dice el Tribunal "en este evento no cabe la suspensión del proceso por prejudicialidad, ya que no está demostrado que se haya hecho investigación de carácter penal, pero ni siquiera que se hubiera formulado la denuncia sobre la materia, suspensión que no es procedente en tratándose de ilícitos relacionados con medios de prueba, salvo con las del estado civil en procesos de sucesión, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil". (Sentencia de agosto 3 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos A. Restrepo S. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 757 de 1970 proferida por el Jefe de Personal de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Actor: Marco Fidel Ruiz C. Exp. 1843. Autoridades Nacionales). 345

72. FONDO ROTATORIO DE LA DIRECCION GENERAL DE ADUANAS

Almacenamiento de mercancía y plazo para permanencia de ésta en la bodega de la Aduana. Reglamentos. No se realiza una actividad comercial sino administrativa.— Dispone el Art. 54 de la Ley 79 de 1931 que el Director General de la Aduana puede señalar, para almacenamiento de mercancías bajo control del Gobierno, bodegas o lugares de fuera de la zona aduanera y en desarrollo de tal disposición, por Resolución 117 de enero 26 de 1971, se autorizó a la Aduana Interior de Bogotá para habilitar con tales fines, una bodega dentro del recinto de la Corporación de Ferias y Exposiciones y se señaló como plazo de permanencia de las mercancías sin nacionalizar, el de 6 meses, contados a partir del 27 de enero de 1971, para su nacionalización, vencido el cual se considerarían abandonadas de conformidad con el Art. 60 del Código de Aduanas (Ley

Páginas

79 de 1931). Y el citado artículo 60 contiene una autorización al Director de Aduanas, para que, con aprobación de la Junta General determine, por reglamento, los plazos durante los cuales puede estar la mercancía almacenada en las Aduanas, con cualquier fin, sin correr derechos de bodegaje, las tasas de dicho bodegaje, los plazos durante los cuales puede permanecer la mercancía en las Aduanas sin solicitud de despacho, antes de poderla considerar abandonada al Gobierno y el período por el cual puede permanecer la mercancía en las Aduanas después de reconocida y sin haber pagado los correspondientes derechos, antes de poderla tener como abandonada el gobierno. De los plazos durante los cuales no se causa derecho de bodegaje y de las tasas o tarifas cobrables por el término que exceda de dichos plazos se ocupan, entre otros, los Reglamentos Generales de Aduanas Nº 20 y 231 de abril 5 de 1932 y octubre 18 de 1951, sin que pueda omitirse la referencia al Reglamento Nº 233 de octubre 18 de 1931 que trae normas especiales sobre mercancías introducidas con el fin de exhibirlas en ferias en el territorio de la República. El almacenaje de mercancías no es una actividad comercial o lucrativa, para el Estado, préstese por las Aduanas o por la Empresa Colombiana de Puertos, o por cualquier otro organismo oficial, sino una actividad constitutiva de un depósito necesario, tendiente a verificar la legalidad de la exportación o importación, la liquidación y pago de los derechos fiscales correspondientes, por lo que se justifica que por el plazo necesario para cumplir con tales obligaciones legales, no se cause derecho alguno de bodegaje. Pero como las bodegas oficiales deben estar expeditas para cumplir eficientemente con sus fines frente a todo el movimiento de mercancía, la administración señala plazos dentro de los cuales debe cumplir con la nacionalización y pago de derechos fiscales y retiro de las mercancías y de allí en adelante, como sanción tendiente a obtener del particular el cumplimiento de sus obligaciones y para el Estado, el recaudo de sus impuestos, se cobre una tarifa especial de bodegaje, por un nuevo plazo, vencido el cual, ante las necesidades de desocupar las bodegas y recaudar los derechos del Estado, se declaren, abandonadas al Gobierno, a, efecto de rematarlas y pagar a todos los créditos a que se ha hecho referencia, quedando el saldo, si lo hubiere, a disposición del propietario de la mercancía. Así lo disponen los Arts. 82, 83, 84 y 85 de la Ley 79 de 1931. (Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 1797. Actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinarias). 281

G

73. GASTOS DE REPRESENTACION

Los gastos de representación decretados en favor de los funcionarios de los Establecimientos Públicos, tienen efectividad en cuanto sumados al sueldo, no se exceda la remuneración de un Ministro.

Páginas

Art. 12 del Decreto Ley 2554 de 1973, Art. 13 del Decreto Ley 540 de 1977.— Los gastos de representación son, en concepto de esta Sala, elementos constitutivos del salario o sueldo. Supuesto lo anterior, procede entrar ahora a determinar la aplicación que en el caso planteado por el señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación, debe darse a la norma legal según la cual la remuneración (sueldo más gastos de representación) de los funcionarios de los Establecimientos Públicos, no puede exceder de lo que corresponda por los mismos conceptos, a los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos. Como se dice en la consulta en estudio, el decreto ley que dio a los Gerentes de aquellos Institutos, derecho a gastos de representación y fijó su cuantía (Art. 12), estableció también en el Art. 15, que su remuneración no puede exceder la que corresponde a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos. Y las disposiciones últimamente citadas fueron ratificadas por los Arts. 10 y 13 del Decreto 540 de 1977. Esta última disposición dice textualmente: "en ningún caso y por ningún concepto, la remuneración que devenguen los empleados públicos podrá exceder la que corresponda a los Ministros del Depacho y Jefes de Departamentos Administrativos". La primera cosa que cabe observar es que tanto en el Decreto 2554 de 1973 como en el 540 de 1977, en cuyos Arts. 12 y 10 respectivamente, se consagró el derecho a percibir gastos de representación por parte de los rectores, gerentes, directores o presidentes de los establecimientos públicos, se estableció a continuación que en ningún caso y por ningún concepto su remuneración podrá exceder la que corresponda a los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos. (Arts. 15 y 12 del Decreto 2554 de 1973 y 10 y 13 del Decreto 540). En otras palabras, el mismo estatuto que estableció los gastos de representación y fijó su cuantía, señaló tácitamente otro límite para ellos, al prohibir más adelante que la remuneración de los funcionarios en cuyo favor se decretaron, exceda la remuneración de los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos. Ya se dijo antes que los gastos de representación en este caso, son elemento constitutivo de la remuneración o salario. En resumen: los gastos de representación en cuantía equivalente a la tercera parte del salario, están limitados por la misma Ley que los estableció, a la cantidad que le haga falta a la remuneración de los Gerentes o Directores de los Establecimientos Públicos, para alcanzar el nivel de la remuneración de un Ministro o Jefe de departamento administrativo, comprendiendo dentro del concepto de remuneración los gastos de representación, que son elementos constitutivos de él, como atrás se vio. Habrá lugar a fijar los gastos de representación en la tercera parte del salario, cuando sumados a éste, el total no exceda la remuneración que corresponde a un ministro. Las disposiciones contenidas en los Arts. 15 del Decreto 2554 y 13 del Decreto 540, son categóricas y determinantes: "en ningún caso y por ningún motivo...". Y esto debe tener estricto cumplimiento. Las disposiciones que fijaron la cuantía de esos gastos, deben armonizarse con las que limitan la remuneración de los funcionarios de que se viene tratando al nivel máximo del sueldo de un Ministro. (Concepto de agosto 4 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Samuel Arango Reyes. Radicación Nº 1150). 21

Páginas

74. GOBERNADORES

Facultad de los Gobernadores para revisar los actos de los concejos municipales, en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y pasarlos al Tribunal competente para que éste decida su exigibilidad, exequibilidad y nulidad.- El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la mencionada providencia declaró exequible, ante las observaciones del Gobernador, el Acuerdo Nº 05 de 1971, cuyo Art. 5º reiteró el Art. 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959. El señor Fiscal Primero del Tribunal afirma que éste incurrió en contradicción al declarar la nulidad, mediante la sentencia que es objeto del recurso de apelación, de la norma últimamente mencionada, porque el mismo ya había resuelto que es exigible. Pero la Sala no verifica la existencia de la indicada contradicción, por los siguientes motivos: El Ord. 8º de la Constitución atribuye al Gobernador "revisar los actos de los Concejos Municipales" en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y pasarlos "al Tribunal competente para que éste decida de su exequibilidad" con base, en sus observaciones. Este precepto tiene los siguientes antecedentes: El Art. 195, ord. 8º de la Constitución de 1886 facultaba a los Gobernadores para *suspender* los acuerdos municipales, "por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de incompetencia o ilegalidad". El Art. 59 ord. 7º del Acto Legislativo Nº 3 subrogó este precepto en el sentido de darle competencia al Gobernador para pasarlos "a la autoridad judicial, para que ésta decida de su exequibilidad", según el sentido implícito del precepto, con base en sus observaciones. La modificación tuvo por objeto hacer que los actos de los concejos municipales, entre los cuales se cuentan principalmente los acuerdos, no estén sujetos directamente al control de tutela del Gobernador como en la Constitución de 1886, sino de una autoridad judicial, a instancias del Gobernador y dentro de los límites de sus observaciones, conforme a lo prescrito por el Art. 177 Inc. 1º de la Ley 4ª de 1913. El Art. 3º de la Ley 26 de 1922, extralimitando claramente el Art. 59, Ord. 7º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, dispuso que "declarada la exequibilidad de un acuerdo por el Gobernador, éste lo remitirá al respectivo Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo, con una exposición de los motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad en que se funde". El precepto determina, por primera vez en la historia de la institución, que de las observaciones del Gobernador debe conocer el correspondiente Tribunal Administrativo. Pero contrariaba el alcance de la norma en cuanto, en contraposición con ella, daba al Gobernador la facultad de declarar inexequibles los acuerdos municipales, pese a que su atribución se limitaba a hacerles observaciones y pasarlos "a la autoridad judicial" competente. Los Arts. 9º y 12 de la Ley 72 de 1926, que, de conformidad con las Leyes 89 de 1936 y 115 de 1948, posteriormente se hicieron extensivos a otros municipios, prescribieron también la posibilidad de que el Gobernador pueda objetar los acuerdos municipales y declararlos inexequibles, pero con la diferencia, de que, en esta hipótesis, el acuerdo debía volver a la consideración del Concejo, el cual podía acoger o desechar las dichas observaciones del Gobernador. Esto constituyó un retroceso, en relación con el Art. 3º de la Ley 22 de 1928, que había dispuesto,

Páginas

conforme a lo prescrito por la Constitución, que el acuerdo, con las observaciones del Gobernador, debe remitirse al Tribunal Administrativo correspondiente. Además, estas disposiciones, como expresó el Consejo de Estado en providencia del 18 de septiembre de 1941 (Anales Tomo XLIV Pág. 843) en cuanto contrariaban claramente el Art. 192 de la Constitución entonces vigente, correspondiente al Art. 59, Ord. 7º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, eran constitucionales. Pero el Art. 194 ord. 8º, de la Constitución, que corresponde al Art. 86 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945 subrogó los mencionados preceptos al disponer que corresponde al Gobernador revisar los actos de los Concejos Municipales, "por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad", y pasarlos, con sus pertinentes observaciones, "al Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad". La Constitución no designó al órgano, pero por tal se ha entendido, de acuerdo con el Art. 154 *ibidem*, al Tribunal Administrativo de cada Departamento. De todo lo expuesto se deduce que el control de tutela que sobre los acuerdos ejercía el Gobernador, según la Constitución de 1886, con la posibilidad de *suspenderlos* por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, paulatinamente se transfirió a los Tribunales Administrativos con la misma finalidad: ejercer un control de esos actos, con base en las observaciones del Gobernador, sobre su constitucionalidad y legalidad, para, en la hipótesis de que fueren contrarios a la Constitución o a las leyes, *no ejecutarlos*. El Art. 194, Ord. 8º, de la Constitución afirma este criterio, mediante la posibilidad de que los Tribunales encargados de revisarlos puedan declararlos *inexequibles*, es decir que por causa de esta decisión, no puedan ser *ejecutados*. De donde se deduce que la declaración de un Tribunal en el sentido de que un acuerdo es exequible o inexequible atañe exclusivamente a la posibilidad de cumplirlo, como una actividad jurisdiccional que se origina en el control de tutela que sobre él ejerce el Gobernador, según la Constitución, pero que por lo mismo no se equipara a la declaratoria de validez o de nulidad de ese acto, hecha mediante sentencia que ponga término a un juicio adelantado mediante acción de nulidad, que implica una decisión, no sólo sobre si puede o no ser ejecutado, sino también, y fundamentalmente, sobre su constitucionalidad y legalidad *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo de su existencia. En este caso, el acuerdo deja de ser ejecutable porque se lo declara nulo, no porque se estime, como sucede con el control que ejercen los Tribunales con base en el Art. 194, Ord. 8º de la Constitución, que no es ejecutable, sin perder el carácter de acto administrativo. Por consiguiente, si el Tribunal Administrativo del Huila declaró exequible el Acuerdo Nº 85 de 1971, ello no obsta para que, mediante acción jurisdiccional, como la propuesta, hubiera podido declarar, en la sentencia la nulidad de su artículo 56, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959. De manera que, también por este aspecto, debe ser confirmada la sentencia del Tribunal. (Sentencia de junio 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 026 de 1969 del Concejo de Neiva. Actor: Hernando Valenzuela. Exp. 2519). 506

Páginas

H

75. HOMEOPATAS

Nulidad del Artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 605 de 1963 sobre procedimientos o medicamentos de la medicina ALOPATICA utilizados por los HOMEOPATAS.— El Art. 5º del Decreto Reglamentario 605 de 1963 prescribe que "los homeópatas de que trata el parágrafo 2º del Art. 2º de la Ley (se refiere a la Ley 14 de 1962) deberán en su ejercicio limitarse rigurosamente a los procedimientos homeopáticos y que "en caso de utilizar procedimientos o prescribir medicamentos de la medicina alopática, incurrirán en violación de la Ley en los términos de su Art. 13". El Art. 2º, parágrafo 2º, de la Ley 14 de 1962 disponen que "los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso...". De manera que, según este precepto legal, las condiciones en que los hemeópatas deban ejercer la medicina son las señaladas en los correspondientes títulos, licencias o permisos, sin que establezca la prohibición general, prescrita por el Art. 5º del Decreto 605 de 1963, de utilizar procedimientos o medicamentos de la medicina alopática. De este modo es evidente que, a este respecto, la norma impugnada excedió la potestad reglamentaria y violó, de contera, los artículos 39 y 120 Ord. 3º de la Constitución, invocados como infringidos. En consecuencia se debe declarar su nulidad. Del mismo modo, el Art. 13 de la Ley 14 de 1962 dispone, por cláusula general, que "ejercen ilegalmente la medicina y cirugía las personas que sin haber llenado los requisitos de la presente ley, practiquen cualquier acto reservado al ejercicio de tal profesión" y, por enumeración legislativa, los que traten las enfermedades por medio "de las llamadas ciencias ocultas"; quien "con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones o por cualquier otro medio semejante abuse de la credibilidad ajena", salvo la interpretación de los sueños que hagan los psicólogos diplomados; los médicos y cirujanos o quienes están autorizados para ejercer la medicina "que encubran a quienes la ejerzan ilegalmente o se asocien con ellos" y quienes, como trabajadores "en ramos afines o auxiliares de la medicina", la ejerzan "extralimitando el campo de sus actividades". La segunda parte del Art. 5º del Decreto Reglamentario Nº 605 de 1963, que es directa consecuencia de la primera, prescribe que si los homeópatas utilizaran procedimientos o medicamentos de la medicina alopática, "incurrirán en violación de la Ley en los términos de su Art. 13. Nada dispone la Ley 14 de 1962 en relación con este aspecto y, por lo mismo, el precepto impugnado la excedió y violó indirectamente los Arts. 39 y 120 ord. 3º de la Constitución, invocados como infringidos. De manera que es preciso declarar su nulidad. (Sentencia de octubre 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Actor: Luis F. Galvis. Exp. 2653) 80

Páginas

76. HUELGA Y ARBITRAMENTO

Facultad de los sindicatos para declararla o solicitarlo y requisitos, según los casos.— El Artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Art. 31 del Decreto Ley 2351 de 1965, y el Decreto 939 de 1966 en sus Arts. 1º, numerales 1º y 2º Art. 2º, disponen que la facultad de las organizaciones sindicales como capacidad para declarar y hacer efectiva una huelga, u optar por el Tribunal de Arbitramento, surge nítidamente del hecho que dichos sindicatos tengan como afiliados la mayoría de los Trabajadores, es decir todos aquellos que de acuerdo con el Art. 22 y siguiente del Código Sustantivo del Trabajo prestan sus servicios a una empresa o persona jurídica o natural, mediante un contrato de trabajo, es decir que dicho contrato reúna los requisitos o elementos propios de él. El Artículo 31 del Decreto Ley 2351, dice que la huelga o tribunal se declara o solicita en los casos de sindicatos mayoritarios, en asambleas de estas organizaciones convocadas y celebradas en los términos señalados en la Ley; y cuando se trate de sindicatos que no tengan dicha mayoría, el mismo artículo es claro cuando estatuye que la huelga o solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, será decidida por la *"mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa"*, una vez se hayan agotado los trámites previos de la negociación colectiva, o sea la culminación de las etapas de arreglo directo o de conciliación. Distinto es el caso cuando existen dos o más sindicatos, donde ninguno tenga la mayoría absoluta del total de los trabajadores, evento en el cual la huelga o tribunal de arbitramento se deciden por los afiliados de estos sindicatos en asamblea única, conforme lo predica el Decreto 2351 de 1965, Decreto 939 de 1966. Tenemos entonces que el Art. 31 del Decreto Ley 2351 de 1965 expresamente distingue entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. Hace esta distinción para efectos de la declaratoria de la huelga o la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, indicando consecuentemente que cuando el sindicato o sindicatos forman la mayoría, la decisión la toman los sindicalizados en su asamblea general; y que cuando estas organizaciones no forman dicha mayoría, la decisión la toman en asamblea general de trabajadores, tanto los sindicalizados como los que no lo son. Distinto es el caso de los llamados pactos colectivos, que solamente pueden ser celebrados por trabajadores no sindicalizados y cuyo trámite, celebración o firma no exige procedimiento previo especial, que sí lo establece expresamente el Código Sustantivo del Trabajo para los conflictos colectivos surgidos de un pliego de peticiones presentado por una organización sindical. Resumiendo tenemos que concluir que cuando se inicia un conflicto colectivo por parte de sindicatos mayoritarios, sus afiliados en asamblea general tienen capacidad decisoria para declarar la huelga o solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitramento. Si existen dos o más organizaciones sindicales pero minoritarias cada una en relación con el total de trabajadores, pero conjuntamente sí conforman la mayoría de trabajadores, la decisión de declarar la huelga o la solicitud de convocatoria del Tribunal Administrativo debe tomarse en una asamblea conjunta de los afiliados a dichas

Páginas

organizaciones. Y finalmente como excepción a la norma general a que aluden las que antes transcribimos, cuando ninguna o todas las organizaciones sindicales no integran la mayoría de trabajadores, la posibilidad o alternativa de declarar la huelga o la solicitud para que se convoquen o integre el Tribunal de Arbitramento corresponde a la mayoría de los trabajadores de la Empresa. El Art. 31 del Decreto 2351 que subrogó el Art. 444 del Código Sustantivo del Trabajo, nada dice de quién puede convocar la Asamblea General en el caso de Sindicatos Minoritarios y por lo mismo induce a concluir que dicha convocatoria se podría hacer por tales organizaciones sindicales o por la mayoría absoluta de trabajadores, previo aviso al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Pero esta interpretación quedó virtualmente aclarada con el Art. 3º de la Ley 48 de 1968. Dicho artículo, comienza expresando que "los Decretos Legislativos Nos. 2351 de 1965 y 939 de 1966, seguirán rigiendo como leyes levantado el estado de sitio con las modificaciones y adiciones siguientes: "2º En cualquier momento, antes de declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos los trabajadores, en asamblea general, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pactos colectivos de trabajo, sean sometidos al fallo de un Tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determine más adelante. "El Ministro de Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores en asamblea general, someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al Tribunal de Arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo". (Sentencia de julio 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo S. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 02972 de septiembre 26 de 1974 y 03511 de noviembre 19 de 1974 ambas proferidas por el Ministerio de Trabajo. Actor: Industria de Cobre y Aluminio. Expediente 2820). 143

I

77. IMPEDIMENTOS. REGIMEN EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE SUPLICA PRESCRITO POR EL ART. 2º DE LA LEY 11 DE 1975

El recurso de súplica, prescrito por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, aunque excepcional o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, por apelación o consulta, e implica la posibilidad jurídica que se lo declare infundado o que prospere y se infirme, de contera, la providencia de la Sección y que, en esta hipótesis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profiera la que deba

reemplazarla. Pero en todas ellas, por activa o por pasiva, mediata o inmediata en relación con la providencia del Tribunal que es objeto del recurso de apelación o del grado de consulta, sobre la cual, de todos modos, repercute la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Del mismo modo como en la Jurisdicción Ordinaria la sentencia de cualquiera de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia incide, necesariamente, sobre la proferida por el Juez de Primera Instancia, el cual por esta causa está impedido para conocer como Magistrado de la Corte y de conformidad con el Art. 142, número 2 del Código de Procedimiento Civil, del Recurso de Casación. Nótese que en este caso no se trata del recurso de apelación ni del grado de consulta, que se surten ante los Tribunales Superiores, sino del recurso extraordinario de Casación, del conocimiento de la Corte, mientras que el de súplica, que corresponde a esta Corporación, es parte integrante de aquéllos, así tenga carácter excepcional y extraordinario, no por violación de la Constitución y de la Ley, como sucede con el de casación, sino por contrariar una jurisprudencia, que bien puede tener por fundamento la ostensible infracción de éstas. Por último, cabe advertir que el régimen del recurso de súplica, prescrito por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, es excepcional y diferente: porque la misma norma dispone, en consideración a que el cambio de jurisprudencia, según el Art. 24 del Decreto Ley Nº 528 de 1964, es de su competencia, que el recurso de súplica se interpone y surte ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; porque se trata, en consecuencia, de un precepto muy claro, cuyo tenor literal, como dispone el Art. 27 del Código Civil, no se puede desconocer "a pretexto de consultar su espíritu", que atribuye competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que, al hacerlo, instituye una excepción a las reglas generales sobre causales de impedimento y recusación; porque, de lo contrario, desde el punto de vista lógico, el Art. 2º de la Ley 11 de 1975 le habría otorgado una competencia a la mencionada Sala, creando a la vez, contradictoriamente, por esto mismo, una causal de impedimento para aquellos de sus miembros que profirieron la providencia que sea objeto del recurso de súplica; porque ello implicaría que, necesariamente, los recursos de súplica deben resolverse con el concurso de conjueces, los cuales inconstitucionalmente tendrían en esta forma, funciones permanentes, de sustitución de los consejeros, impedidos por el hecho de serlos; porque el recurso de súplica, así tengan un carácter especial o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, mientras que en el caso que se resuelve el doctor Betancur Jaramillo conoció y decidió instancia diferente; y porque, si el recurso de súplica se debe resolver por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con base en norma legal expresa, el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, este precepto, que por lo excepcional es de restrictiva interpretación, no puede hacerse extensivo al Consejero que, por haber proferido la providencia que se revisa y conocido, por ende, del juicio en la primera instancia, está impedido para revisarlo en la segunda, incluido el recurso de súplica, o mediante cualquier recurso extraordinario que, en la hipótesis, llegare a ser pertinente. (Auto de agosto 30 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Humberto

Páginas

Mora Osejo. Actor: María O. Toro Fernández y otra. Exp. 10.125. *Salvamentos:* Doctores Carlos Portocarrero Mutis, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Valencia Arango. Recurso de Súplica Ley 11 de 1975). 823-27-28-30

78 IMPORTACIONES. IMPUESTO DE ADUANAS

Las tasas de derecho aplicables a las mercancías que lleguen al territorio nacional serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave que las transporta. La licencia de importación no constituye gravamen aduanero de ninguna especie, es solo un control de las importaciones y un permiso del gobierno. El Art. 234 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), dice textualmente: "Se considera que la mercancía ha llegado al territorio nacional en el día y a la hora en que se pase la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave, y en consecuencia, las tasas de derecho aplicables a la mercancía serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse tal visita. Cuando en el mismo viaje de la nave, pero en fechas distintas llegue a diferentes puertos mercancía consignada a importadores de la República, la fecha de la llegada al primer puerto de ésta se tendrá como fecha de llegada al territorio nacional de la mercancía que esa nave traiga consignada para el país". A juicio de la Sala, lo dispuesto por el artículo antes transcrito es muy claro y no admite dudas ni interpretaciones diferentes a su texto que es de una claridad meridiana. Las Tasas de derecho aplicables a las mercancías que lleguen al territorio nacional serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave que las transporta. Por lo tanto, si cuando se hizo la visita al vapor "Comiñas" en el cual llegaron los vehículos automotores importados por la actora, estaba vigente un gravamen del 70%, *ad valorem* para dichos camperos, éste era el impuesto que ilegalmente (sic) debía pagar el importador, por lo que la liquidación practicada por la Aduana de Barranquilla, en lo que a gravamen se refiere, se ajusta a la Ley. "La licencia de importación no constituye gravamen aduanero de ninguna especie. Es solo un control de las importaciones y su expedición constituye un permiso del Gobierno Nacional para que una persona pueda realizar, durante el término de la vigencia de la misma, la importación de determinados artículos. La posición en que se encuentra determinada mercancía en el arancel aduanero y su gravamen, ya sea específico o *ad valorem*, son actos propios de la Aduana, muy distintos al permiso o licencia que el control de cambios otorga para la importación de determinado producto. Por eso no puede decirse que durante la vigencia de una licencia de importación, el importador haya adquirido un derecho a que la mercancía objeto de la licencia deba estar en la misma posición arancelaria y le sea impuesto el mismo gravamen que estaba vigente para el momento en que se concedió la licencia. En el presente caso, se repite, tiene plena aplicación el Artículo 234 del Código de Aduanas en el sentido de que los derechos aplicables a las mercancías eran los mismos que estaban en vigencia en el momento en que se pasó la visita oficial a la nave en la cual fueron transportados hasta puerto colombiano, o sea los

reemplazarla. Pero en todas ellas, por activa o por pasiva, mediata o inmediata en relación con la providencia del Tribunal que es objeto del recurso de apelación o del grado de consulta, sobre la cual, de todos modos, repercute la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Del mismo modo como en la Jurisdicción Ordinaria la sentencia de cualquiera de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia incide, necesariamente, sobre la proferida por el Juez de Primera Instancia, el cual por esta causa está impedido para conocer como Magistrado de la Corte y de conformidad con el Art. 142, número 2 del Código de Procedimiento Civil, del Recurso de Casación. Nótese que en este caso no se trata del recurso de apelación ni del grado de consulta, que se surten ante los Tribunales Superiores, sino del recurso extraordinario de Casación, del conocimiento de la Corte, mientras que el de súplica, que corresponde a esta Corporación, es parte integrante de aquéllos, así tenga carácter excepcional y extraordinario, no por violación de la Constitución y de la Ley, como sucede con el de casación, sino por contrariar una jurisprudencia, que bien puede tener por fundamento la ostensible infracción de éstas. Por último, cabe advertir que el régimen del recurso de súplica, prescrito por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, es excepcional y diferente: porque la misma norma dispone, en consideración a que el cambio de jurisprudencia, según el Art. 24 del Decreto Ley Nº 528 de 1964, es de su competencia, que el recurso de súplica se interpone y surte ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; porque se trata, en consecuencia, de un precepto muy claro, cuyo tenor literal, como dispone el Art. 27 del Código Civil, no se puede desconocer "a pretexto de consultar su espíritu", que atribuye competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que, al hacerlo, instituye una excepción a las reglas generales sobre causales de impedimento y recusación; porque, de lo contrario, desde el punto de vista lógico, el Art. 2º de la Ley 11 de 1975 le habría otorgado una competencia a la mencionada Sala, creando a la vez, contradictoriamente, por esto mismo, una causal de impedimento para aquellos de sus miembros que profirieron la providencia que sea objeto del recurso de súplica; porque ello implicaría que, necesariamente, los recursos de súplica deben resolverse con el concurso de conjueces, los cuales inconstitucionalmente tendrían en esta forma, funciones permanentes, de sustitución de los consejeros, impedidos por el hecho de serlos; porque el recurso de súplica, así tengan un carácter especial o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, mientras que en el caso que se resuelve el doctor Betancur Jaramillo conoció y decidió instancia diferente; y porque, si el recurso de súplica se debe resolver por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con base en norma legal expresa, el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, este precepto, que por lo excepcional es de restrictiva interpretación, no puede hacerse extensivo al Consejero que, por haber proferido la providencia que se revisa y conocido, por ende, del juicio en la primera instancia, está impedido para revisarlo en la segunda, incluido el recurso de súplica, o mediante cualquier recurso extraordinario que, en la hipótesis, llegare a ser pertinente. (Auto de agosto 30 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Humberto

Páginas

Mora Osejo. Actor: María O. Toro Fernández y otra. Exp. 10.125. *Salvamentos:* Doctores Carlos Portocarrero Mutis, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Valencia Arango. Recurso de Súplica Ley 11 de 1975). 823-27-28-30

78 IMPORTACIONES. IMPUESTO DE ADUANAS

Las tasas de derecho aplicables a las mercancías que lleguen al territorio nacional serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave que las transporta. La licencia de importación no constituye gravamen aduanero de ninguna especie, es solo un control de las importaciones y un permiso del gobierno. El Art. 234 de la Ley 79 de 1931 (Código de Aduanas), dice textualmente: "Se considera que la mercancía ha llegado al territorio nacional en el día y a la hora en que se pase la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave, y en consecuencia, las tasas de derecho aplicables a la mercancía serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse tal visita. Cuando en el mismo viaje de la nave, pero en fechas distintas llegue a diferentes puertos mercancía consignada a importadores de la República, la fecha de la llegada al primer puerto de ésta se tendrá como fecha de llegada al territorio nacional de la mercancía que esa nave traiga consignada para el país". A juicio de la Sala, lo dispuesto por el artículo antes transcrito es muy claro y no admite dudas ni interpretaciones diferentes a su texto que es de una claridad meridiana. Las Tasas de derecho aplicables a las mercancías que lleguen al territorio nacional serán las que estén en vigencia en el momento de practicarse la visita oficial a la nave, vehículo o aeronave que las transporta. Por lo tanto, si cuando se hizo la visita al vapor "Comillas" en el cual llegaron los vehículos automotores importados por la actora, estaba vigente un gravamen del 70%, *ad valorem* para dichos camperos, éste era el impuesto que ilegalmente (sic) debía pagar el importador, por lo que la liquidación practicada por la Aduana de Barranquilla, en lo que a gravamen se refiere, se ajusta a la Ley. "La licencia de importación no constituye gravamen aduanero de ninguna especie. Es solo un control de las importaciones y su expedición constituye un permiso del Gobierno Nacional para que una persona pueda realizar, durante el término de la vigencia de la misma, la importación de determinados artículos. La posición en que se encuentra determinada mercancía en el arancel aduanero y su gravamen, ya sea específico o *ad valorem*, son actos propios de la Aduana, muy distintos al permiso o licencia que el control de cambios otorga para la importación de determinado producto. Por eso no puede decirse que durante la vigencia de una licencia de importación, el importador haya adquirido un derecho a que la mercancía objeto de la licencia deba estar en la misma posición arancelaria y le sea impuesto el mismo gravamen que estaba vigente para el momento en que se concedió la licencia. En el presente caso, se repite, tiene plena aplicación el Artículo 234 del Código de Aduanas en el sentido de que los derechos aplicables a las mercancías eran los mismos que estaban en vigencia en el momento en que se pasó la visita oficial a la nave en la cual fueron transportados hasta puerto colombiano, o sea los

Páginas

derechos consignados en el Decreto Nº 1300 de fecha 4 de julio de 1974. (Sentencia del veintidós de septiembre de mil novecientos setenta y siete. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Acción de Plena jurisdicción). 745

79. IMPUESTO

Alcance del Art. 54 del Decreto 1651 de 1961 sobre corrección por la administración de errores en las liquidaciones y providencias, después de vencido el término de la revisión oficiosa.— El Consejo no comparte el restringido alcance que el señor Fiscal colaborador le da al varias veces citado Art. 54 del Decreto 1651 de 1961, por no consultar el propio el tenor literal de la norma, cuyo texto reza: "Los funcionarios que conozcan de recursos podrán corregir todos los errores de las liquidaciones y providencias sometidas a su conocimiento, pero no podrán aumentar la suma total a cargo del contribuyente si ya se halla vencido el término de la revisión oficiosa". De la disposición transcrita surge con meridiana claridad que aún vencido el término de dos años que señala el Art. 29 del mismo decreto para que la administración pueda hacer uso de la facultad de revisión, los funcionarios de hacienda pueden corregir los errores en que se haya incurrido en liquidación o providencias sometidas a su conocimiento, pero ello si, con la importante limitación de que en tal caso los impuestos deducidos a cargo de un contribuyente no pueden sobrepasar el total que se le haya fijado previamente. (Sentencia de julio 14 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Revisión de Impuestos. Actor: Productos Metálicos de Colombia, S. A. Exp. Nº 3763). 774

80 IMPUESTO

Nulidad de la liquidación por incumplimiento del Art. 66 del Decreto 154 de 1968 que establece previo requerimiento al contribuyente y un término mínimo de 15 días para justificar diferencia patrimonial.— Efectivamente, como se afirma en la demanda y se establece en el proceso, la declaración se presentó el 31 de marzo de 1967 y el 31 de marzo de 1969 se notificó la liquidación, de donde hay que concluir que no se presentó el fenómeno del silencio administrativo por parte de la Administración, con la consecuencia que le asigna el Art. 24 del mencionado Decreto 1651 de 1961, porque el plazo de que allí se habla, referido el Art. 29 del mismo decreto, es el de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la declaración, esto es, que el bienio se inicia al siguiente día de la citada presentación. Pero si la liquidación no presenta el vicio de extemporaneidad, ya que se notificó el último día del término, si se tiñe de nulidad a la luz del Art. 66 del Decreto 154 de 1968 que prescribe que: "para que se tenga como renta gravable el aumento patrimonial o el patrimonio declarado por primera vez, según el caso, deberá solicitarse previamente al contribuyente para la explicación y comprobación sobre las causas de tal aumento o formación, dándole para ello un término de quince días. El incumplimiento de este requisito causa nulidad de la liquidación". Y es un hecho que

Páginas

no obstante que la renta que en tal liquidación se grava se determinó por el sistema de comparación de patronos, ello se hizo dándole a la demandante sólo un término de cinco días para explicar y comprobar el supuesto aumento patrimonial, lo que se desprende del oficio de marzo 20 de 1969 (folio 16), expedido en la postrimería del plazo otorgado por la Ley para poder modificar la liquidación privada, y cuando ya no era posible que el término dispuesto se otorgara en toda su extensión, pues se hubiera avanzado hasta el mes de abril de 1969. "Lo anteriormente expuesto es compartido por el señor Fiscal cuando expresa, "creemos que asiste toda la razón al distinguido apoderado cuando pide se declare la nulidad de la liquidación ya que la administración no puede arbitrariamente modificar los términos perentorios señalados por la Ley". (Sentencia de julio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Rosa E. Escobar de Gómez. Exp. 4367). 772

81. IMPUESTOS

Art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo. No constituye salario los bienes en dinero o especie que el trabajador reciba del empleador a mero título de gratificación o bonificación, siempre que la entrega aunque plural sea ocasional. Si se reciben regularmente deben computarse con las demás cantidades entregadas como salario y en consecuencia, las contribuciones al Instituto de Seguros Sociales y al Sena y a las Cajas de Compensación deberán liquidarse sobre la suma total de tales valores.— El Consejo agrega que según la doctrina acogida en el fallo del 11 de agosto de 1977 en el asunto radicado con el Nº 4169 de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo no constituye salario los bienes en dinero o especie que el trabajador reciba del empleador a mero título de gratificación o bonificación, siempre que la entrega aunque plural *sea ocasional*, lo que equivale a decir que si esos bienes se reciben regularmente sí son salario, salvo disposición legal expresa. Si almuerzos u otros refrigerios se suministran al trabajador todos los días laborados con regular periodicidad, su valor debe computarse como salario y sumarse a las demás cantidades entregadas por el mismo concepto, y, en consecuencia, las contribuciones al ICSS al SENA, y a las Cajas de Compensación deberán liquidarse sobre la suma total de tales valores. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Editorial del Caribe. Revisión de Impuestos. Exp. 4416). 748

82 IMPUESTOS

Deducción a la renta bruta por salarios pagados. Noción de Salario. Factor para liquidar las contribuciones del SENA, del I. C. S. S. y de las Cajas de Compensación. Se declara la nulidad de la frase "prima de navidad en el sector privado" incluido en el parágrafo denominado primas de la Circular Nº 010 de abril 20 de 1976 de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje en cuanto por dicha expresión se entienda prima de servicios de que trata

el Art. 307 del Código Sustantivo del Trabajo.— En el párrafo relativo a primas se lee "de navidad en el sector privado" frase equívoca que alude sin duda a la llamada prima de servicios de que trata el Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos: "Carácter jurídico: Art. 307. La prima anual no es salario, ni se computará como factor del salario en ningún caso". El Art. 306 de la misma obra describe en qué consiste y cómo se liquida la prima de servicios. "El Art. 128 del mismo código reza: "no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones *ocasionales,* y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para subvenir a sus necesidades, ni para enriquecer su patrimonio, *sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos 8º y 9º*". Los medios de transporte a que alude este precepto no son la prima de transporte sino los gastos que tenga que hacer el empleado para el desempeño de su función cuando ésta reclama transportarse, como en el caso de los mensajeros o el de los distribuidores o entregadores de la mercancía. En estos casos lo que se gasta en tranporte bien sea el costo de la bicicleta, o la gasolina o el precio del vehículo que suministre la empresa, no se computa como salario y por tanto no se incluye entre los factores que sirven para liquidar las contribuciones del Sena y del I. C. S. S. y de las Cajas de Compensación. Las nociones sobre salario que se han acogido en este fallo están confirmadas por la jurisprudencia laboral en sentencias de julio 28 de 1967, de diciembre 13 de 1968 y de agosto 21 de 1969 según transcripciones de páginas 237 del Código de Ortega Torres: "El Art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo es claro cuando determina dos circunstancias para decidir qué sumas provenientes de uno de esos conceptos constituyen salario, es a saber: *que sean ocasionales o por mera liberalidad,* (subrayas de la sentencia del Consejo). "Desde que el pago de una de esas prestaciones se *haga regularmente o en forma habitual,* ya constituye retribución del servicio, siendo por tanto factor del salario...". El Art. 28 del Código Sustantivo del Trabajo preceptúa que no constituyen salario las sumas que *ocasionalmente* y por mera liberalidad reciba el trabajodor del patrono, de donde se deduce a *contrario sensu,* que las recibidas a título distinto, que tengan naturaleza de *obligatorias y habituales* por haberse reconocido como tales en contratos individuales, reglamentos de trabajo o convenciones colectivas, sí hacen parte del salario y deben considerarse como parte del mismo para todos los efectos legales consiguientes, puesto que en esencia no nacen de la gratuidad patronal sino que son, en el fondo, una remuneración adicional y complementaria de servicios efectivamente prestados por el trabajador". Doctrina confirmada en sentencia de casación de junio 3 de 1970 en donde la Corte dijo: "Las comisiones constituyen salario, pues a través de ellas se remuneran los servicios prestados por los trabajadores, *siempre que enriquezcan su patrimonio,* y con ellas no se cubran expensas necesarias para desempeñar a cabalidad las funciones a cuyo desempeño se obliguen contractualmente". Estas expensas a que se refiere la Corte son las del trans-

Páginas

porte de los mensajeros y similares cuando ejerce su tarea laboral pactada. De lo expuesto se concluye que no puede ponerse excesivo acento en la expresión "nómina mensual de salarios", sino en el concepto jurídico de salario que lo es la totalidad de lo que reciba el trabajador como remuneración o retribución por la tarea que se obligó a cumplir, con la sola excepción de la prima anual de servicios, porque hay disposición especial en contrario aunque dicha prima sí debía computarse para la liquidación de las prestaciones sociales como cesantía, pensión de jubilación etc. (Decreto 2351 de 1965 Art. 17). (Sentencia de agosto 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente Nº 4169. Acción de nulidad contra la Circular Nº 10 de abril de 1976 de la Dirección General de Impuestos. Autoridades Nacionales). 260

83. IMPUESTOS

El incumplimiento de la Dirección General de Impuestos a la orden de remitir al juez los antecedentes administrativos, le da fe a los documentos auténticos presentados por el actor sobre sus pretensiones.— El Tribunal Administrativo del Atlántico por sentencia de abril 11 de 1977 reconoció la ocurrencia del silencio administrativo positivo por haberse dictado la resolución que puso fin a la vía gubernativa con posterioridad al término de dos (2) años fijados por el Art. 9º de la Ley 8ª de 1970 y elaboró una nueva liquidación igual a la liquidación privada presentada por el contribuyente. Los hechos anteriores están suficientemente demostrados en el expediente; la decisión del Tribunal se halla ajustada a derecho y como el mismo tribunal manifiesta que por el incumplimiento de la Dirección General de Impuestos, el no remitir los antecedentes administrativos reiteradamente solicitados por él, hay que hacer fe de los documentos que en fotocopia y en copias autenticadas presentó el actor, de los cuales se desprende que su reclamo buscaba que se declarara en firme su liquidación privada y ésta obra en fotocopia, procedió bien al dejar en firme esta liquidación. (Sentencia de julio 14 de 1977 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 4480. Adolfo Munarriz S. Revisión de Impuestos). 766

84 IMPUESTOS

Gravamen sobre la corrección monetaria que se cauce en la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). Se declaró la nulidad del Artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976 y de la circular Nº 007 de marzo 1º de 1976, en cuanto imparte instrucciones sobre la aplicación de la norma anterior.— La Fiscalía considera: "1º El Decreto 677 de 1972 implantó el sistema del valor constante en determinados sectores del ahorro, es decir: estableció que las sumas de dineros depositados contractualmente por los ahorradores en los establecimientos dedicados a la respectiva actividad financiera les daría derecho no sólo a exigir el reembolso de la misma y los intereses sino también una cantidad adicional y proporcional a la pérdida de capacidad adquisitiva. "Para efectos de conservar el

valor constante de los ahorros y los préstamos —dispuso el legislador extraordinario en el Artículo 3º— "Unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado". Y ordenó en el artículo 20: "para los efectos previstos en el Artículo 29 del Decreto 437 de 1961, no constituye enriquecimiento para el acreedor el mayor valor proveniente del reajuste señalado en el Artículo 3º de este Decreto". "La disposición a la cual se remitió la norma antes copiada decía: "Constituyen enriquecimiento los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos por el contribuyente, aún, cuando el fin del año o período gravable no hayan sido capitalizados o no determinen un aumento patrimonial, siempre que no constituyan reembolso de capital o indemnizaciones por daños emergentes". "El mismo Decreto 677 de 1972 ordenó en el artículo 21 que las exenciones establecidas en el Artículo 29 del Decreto 2349 de de 1965 y normas concordantes, esto, es, los primeros $ 150.000.00 de los saldos mínimos anuales de los depósitos de "ahorro puro y de ahorro contractual" y los intereses, no serían "aplicables a los depósitos de ahorro constituidos en las corporaciones privadas de ahorro y en las asociaciones mutualistas de ahorro y préstamos, ni a los intereses pagados por éstas sobre tales depósitos". "Posteriormente, el Decreto 120 de 1974 ratificó en el artículo 1º, "Para los efectos previstos en el artículo 29 del Decreto 437 de 1961 no constituye enriquecimiento para el acreedor el mayor valor proveniente del reajuste señalado en el artículo 3º del Decreto 677 de 1972". Y adicionó: "Para los deudores el mayor valor pagado por concepto del reajuste de que trata el inciso anterior será deducible de la renta bruta aunque no tenga relación de causalidad con la misma si en la declaración de renta y patrimonio se cumplen los siguientes requisitos: a) Razón social y Nit de la entidad a quien se efectúe el pago; b) Certificación expedida por la citada entidad en donde conste, el valor de la deuda, el valor del reajuste y la suma pagada durante el año por concepto del reajuste. Parágrafo, para los fines del presente artículo, el valor del reajuste de que trata el artículo 3º del Decreto 677 de 1972, en ningún caso se podrá llevar a costos" (D. O. 34036). "Los Decretos 677 de 1972, —Artículos 20 y 21 y otros—, y 120 de 1974 —artículos 1º, 2º y 3º—, fueron demandados ante el Consejo de Estado por varios ciudadanos en ejercicio de la acción pública consagrada en el Código Contencioso Administrativo, bajo el común criterio de que el ejecutivo no podía, con invocación del artículo 120-14, dictar normas de carácter tributario como las contenidas en los actos acusados. Los procesos, distinguidos con los números 2150, 2153 y 2155 se acumularon y el fallo correspondiente se dictó el 4 de febrero de 1976 en el sentido que más adelante se comentará. "2º El gobierno instaurado el 7 de agosto de 1974 expidió el Decreto 1728 de este mismo año en ejercicio de las facultades consagradas en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución y en él dispuso, entre otras modalidades, que la corrección monetaria no podría exceder del 20% anual (D. O. 34163). "Como es bien sabido, por medio del Decreto 1970 de 17 de septiembre de 1974 se declaró el estado de emergencia económica en todo

el territorio nacional, y, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República dictó el Decreto Legislativo 2053 de 1974, reorgánico del impuesto sobre la renta y complementarios. "Ese estatuto extraordinario cambió fundamentalmente el régimen tributario y en cuanto al tratamiento fiscal relacionado con el sistema de unidades de poder adquisitivo dispuso en Título IV: "En Título V, referente al patrimonio, estableció que para efectos del impuesto "el valor de los depósitos en cajas de ahorro es el saldo en el último día del año o período gravable, incluida la corrección monetaria, cuando fuere el caso, más el valor de los intereses causados y no cobrados" (artículo 113). "Y, por disposición expresa del artículo 143 derogó el artículo 20 del Decreto 677 de 1972. "Después de la expedición de esas medidas, el Presidente López Michelsen, con fecha 16 de octubre de 1974, dirigió una nota a los doctores Mario Laserna, Darío López Ochoa y Justo Pastor Castellanos, pidiéndoles que elaboraran "un informe que sirviera de guía a la opinión pública y, al mismo tiempo, al Gobierno Nacional para suministrar un elemento de juicio adicional dentro del informe que debe rendir al Congreso sobre el estado económico de la Nación a la luz del artículo 122 de la Constitución" y que expusieran su concepto sobre las tres alternativas que veía posibles para las unidades de valor constante: "Posteriormente expidió el Decreto Legislativo 2247 de 1974 con la siguiente disposición: "Artículo 58: La corrección monetaria que se cause con posterioridad al 31 de diciembre de 1974 en las unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), estará gravada únicamente en la parte que exceda de un ocho por ciento (8%) anual. Este porcentaje se deducirá proporcionalmente si dichas unidades sólo hubieren estado una fracción de año en el patrimonio del contribuyente. "La corrección monetaria que se cause hasta el 31 de diciembre de 1974 no está gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales. Cuando se trate de depósitos a término estipulado en dichas unidades antes del 30 de septiembre de 1974, la corrección monetaria que se cause durante los seis meses siguientes a su constitución tampoco estará gravada con impuesto de renta ni de ganancias ocasionales". "3º El Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 4 de febrero de 1976, se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo sobre los cargos formulados en las tres demandas acumuladas, relacionadas con los artículos 20 del Decreto 677 de 1972, 1º y 2º del Decreto 120 de 1974, por sustracción de materia, puesto que "no tienen vigencia actual". "4º Lo anterior muestra, claramente que se operó un cambio importante en el tratamiento tributario respecto de las unidades de valor constante después del 7 de agosto de 1974, y, especialmente, durante el estado de emergencia económica, con la expedición de los Decretos 2053 y 2247 de ese año y que la Corte Suprema de Justicia declaró exequibles en cuanto a las normas a que antes se ha hecho referencia, en sentencias de 31 de octubre y 19 de noviembre de 1974, respectivamente. "Es clarísimo que la legislación anterior consideró, de manera expresa, que el mayor valor proveniente del reajuste monetario no constituía enriquecimiento para el acreedor, en tanto que la actual lo trata como utilidad ocasional gravable, pero únicamente en la parte que exceda de un 8% anual con posterioridad al 31 de diciembre de 1974. " Cree la Fiscalía que el

Páginas

reglamento de las normas superiores en esta materia no podría disponer, como dispuso el artículo 5º del Decreto 331 de 1976, que "la corrección monetaria no gravada corresponde a un ingreso no constitutivo de renta", y estima, por ello, que tal ordenamiento rebasó la facultad reglamentaria". Las Transcritas razones aplicadas a la circular acusada, determinan que ésta sea igualmente, nula en cuanto se apoya y aplica el artículo 5º del Decreto 331 de 1976. (Sentencia del veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y siete. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Acción de Nulidad. Expedientes números 3711 y 3798 acumulados. Actores: Armando Parra Escobar y otros. Nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976 y de la circular 007 de marzo 1º de 1976 en cuanto imparte instrucciones sobre aplicación de la norma anterior). 72

85. IMPUESTOS

Obligaciones alternativas. En el tiempo, otras condiciones. Cuándo la elección corresponde al deudor, y cuándo no corresponde a éste. En el último caso el acreedor no tiene por qué requerir al deudor para que haga una escogencia que no puede hacer.— Ciertamente el Código Civil establece en sus Arts. 1556 y ss. que frente a una obligación alternativa corresponde por regla general al deudor la elección de una de las cosas o prestaciones debidas para efectos del pago de la obligación y que en consecuencia no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben. También es cierto que para obtener la ejecución por obligaciones alternativas, si la elección corresponde al deudor deberá pedirse que le requiera previamente para que haga la escogencia dentro de tres días y si no lo hiciera la elección corresponderá al acreedor. "Sostiene el doctor Hinestrosa en el caso *sub judice* que la obligación de cargo de la Aseguradora es alternativa y que la elección de la presentación debida corresponde a la Aseguradora, ya que así lo establecieron, de una parte la cláusula 11 del contrato celebrado entre la forma X Constructora y el Fondo Vial Nacional al exigir que en los certificados de seguro para garantizar el contrato, "la obligación de la Asegurada es alternativa, así: A) terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado. B) pagar la suma asegurada. En el primer evento, la aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para que con el Fondo Vial Nacional en cualquier momento después de que el programa de trabajos e inversiones, anexos del contrato garantizado, sufra atraso o la interventoría manifiesta cualquier incumplimiento, no debido a fuerza mayor. En el segundo evento, el pago se hará directamente al Fondo Vial Nacional"; y de la otra, una de las cláusulas o estipulaciones adicionales del contrato de seguro en el cual se dispuso que "la obligación de la Aseguradora es alternativa, así: a) Terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado. b) Pagar la suma asegurada. En el primer evento, la Aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con el Fondo Vial Nacional en cualquier momento después que el programa de trabajo e inversiones, anexo del contrato garantizado sufra atraso, o la

Páginas

interventoría manifiesta cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor. En el segundo evento el pago se hará directamente al Fondo Vial Nacional". "Todo ello es evidente. Pero no lo es menos que la alternativa de la Aseguradora estaba sujeta legal y contractualmente a condición o, en otras palabras, que su posibilidad de escoger la prestación o cosa debida estaba condicionada por varias circunstancias: a) en el tiempo; porque es obvio que si uno de los extremos de la alternativa o de las prestaciones debidas alternativamente era "terminar satisfactoriamente las obras objeto del contrato garantizado" para lo cual, "podrá subrogarse en las obligaciones del contratista para con el fondo vial nacional en cualquier momento después que el programa de trabajo e inversiones, anexo del contrato garantizado sufra atraso, o la interventoría manifiesta cualquier incumplimiento no debido a fuerza mayor" tal prestación o extremo no podía cumplirse o pretender cumplirse por la Compañía Aseguradora sino dentro del término de la ejecución del contrato. Todo contrato debe ejecutarse dentro del término de su vida jurídica. No es preciso extenderse sobre este punto en profundas alegaciones jurídicas que tiendan a demostrar lo que de tiempo atrás es bien sabido en cuanto a que el principal efecto de declaratoria de caducidad de un contrato precisamente el de terminarlo. Y mal puede aspirarse a ejecutar un contrato terminado. La compañía aseguradora no terminó las obras objeto del contrato, no expresó jamás su deseo de hacerlo, a pesar de haber sido enterada repetidamente de los atrasos en que estaba incurriendo el contratista y de sus incumplimientos reiterados por causas distintas de la fuerza mayor. Si no escogió la Aseguradora tal extremo de su obligación alternativa y ni siquiera expresó su voluntad de hacerlo cuando ello era posible, es decir durante el término de ejecución del contrato, pero ni aún cuando le fue notificada la resolución de caducidada del contrato, mal puede pretender ahora cuando éste terminó en virtud de la declaratoria de caducidad, que aún tiene la posibilidad de elegir esa pretensión. b) Otras condiciones. Pero es más; la alternativa no solamente estaba condicionada en cuanto al tiempo, sino en cuanto al cumplimiento de una serie de requisitos previos necesarios para que la Compañía Aseguradora pudiera escoger entre las prestaciones debidas a la de terminar las obras, la ejecución del contrato por persona distinta del contratista requiere una cesión del mismo con la consiguiente subrogación por el nuevo contratista en las obligaciones del cedente. Y como en todos los contratos de derecho público, en el que venimos comentando, la cesión dependía, al tenor de lo dispuesto por la cláusula 15 del mismo, del consentimiento previo y expreso del Fondo Vial Nacional, consentimiento más que potestativo ya que la Entidad de derecho público podía negarlo reservándose las razones que motivaron su negativa. ¿Solicitó alguna vez la compañía aseguradora el consentimiento del fondo vial para constituirse en cesionario del contrato y poder terminar directamente la obra? ciertamente no. ¿Se dio algún pago siquiera por la Aseguradora que manifestara su intención de subrogar en las obligaciones del contratista cuando vio que éste se atrasaba en las obras e incumplía reiteradamente el contrato? ciertamente no. Si no se cumplieron en el tiempo y en la forma debida las condiciones necesarias para tener derecho a ejecutar una de las varias cosas debidas, no puede ahora alegarse la

Páginas

existencia de una obligación alternativa cuando una de las dos formas de cumplimiento no es ya posible. "Pero más aún, la obligación alternativa en el caso *sub judice* no es de aquéllas en las que la elección corresponde al deudor, ya que precisamente se pactó lo contrario en el contrato de seguro. En efecto, dice el ord. i) de la cláusula 6ª sobre condiciones generales de la póliza matriz, adoptada mediante la resolución reglamentaria 1810 de 1957 de la contraloría general de la República, y que hacen parte como Estipulaciones primordiales del contrato de seguro celebrado en el presente caso, que "si por incumplimiento del contratista la aseguradora resolviera 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. "Expresa y claramente se desprende entonces que la alternativa de continuar la ejecución de la obra por la Aseguradora hasta terminarla satisfactoriamente no dependió jamás de la elección voluntaria de ésta, sino por el contrario de la del Fondo Vial Nacional cuya equiescencia era indispensable para poder elegir tal forma de cumplir la obligación. El inc. 2º del Art. 1557 del Código Civil establece que en tratándose de obligaciones alternativas la elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario. En este caso hemos visto como la elección no era de la Aseguradora ya que en una de las cláusulas primordiales del contrato del seguro se dispuso lo contrario. Y si es cierto que el Art. 1558 *ibidem* estipula que siendo la elección del deudor no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, y en concordancia con tal norma dice el Art. 496 del Código de Procedimiento Civil que debe requerirse al deudor para que haga la escogencia antes de iniciar la ejecución por obligaciones alternativas, no es menos cierto que, a *contrario sensu*, si la elección no es del deudor, sino que depende de la voluntad del acreedor, éste no tiene por qué requerir a aquél antes de ejecutarlo para que haga una escogencia que no puede hacer. "En el presente caso la Compañía Aseguradora no solicitó nunca el consentimiento del Fondo Vial Nacional para subrogarse en las obligaciones del Contratista y por terminar la obra directamente. Por su parte el Fondo Vial Nacional jamás expresó su equiescencia frente a esta posibilidad". (Sentencia de diciembre 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: La Nación contra Compañía Aseguradora del Valle S. A. Exp. 4696. Jurisdicción coactiva). 805

86. IMPUESTOS

Requisitos para que opere el Silencio administrativo. Notificaciones de la liquidación de impuestos (Decreto 1651 de 1961). Para que tenga lugar el fenómeno de la declaratoria de fallo favorable por silencio de la administración en los casos contemplados en las Leyes 63 de 1967, Art. 36, y 8ª de 1970 Art. 9º, se requiere que se trate de los recursos contra las liquidaciones a que se refiere el Decreto Ley 1651 de 1961, esto es, el recurso ordinario o del extraordinario y siempre que se cumplan las exigencias del Art. 33 del mismo estatuto, o sea el pago de la liquidación privada, indicación de los motivos de inconformidad contra la liquidación y demás allí señalados. En el

Páginas

caso que se examina, lo que la contribuyente pidió fue la nulidad de la liquidación del gravamen por falta de notificación en la forma indicada en el Art. 12 del Decreto 2733 de 1959, para cuyo caso no tiene ocurrencia el fenómeno del silencio. Por lo demás, para las notificaciones de las liquidaciones del impuesto sobre la renta la norma aplicable no es el referido decreto sino las normas del Decreto 1651 de 1961, que no impone como requisito el de que en el texto de la liquidación se señalen los recursos contra ella. (Sentencia de diciembre 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Exp. 4998. Actor: María Saba Vitali de Gerosa. Revisión Impuestos). 791

87. IMPUESTOS

Requisitos para que se configure el fenómeno del silencio administrativo positivo. La favorabilidad no ampara a exenciones o deducciones prohibidas o no autorizadas por la ley. Sólo quedan amparados por el silencio los puntos de la liquidación oficial que han sido impugnados. No se puede llegar al extremo de producir una nueva liquidación por debajo de la propia liquidación privada del contribuyente.— Es cierto, como lo sostiene el apelante y lo ratifica el señor Fiscal de la Corporación que el fenómeno del silencio administrativo positivo no se reduce a una simple confrontación mecánica de fechas que permite concluir en forma simplista su ocurrencia con solo advertir que la administración se ha pronunciado fuera del término que la Ley señala para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias. Se precisa, además, del vencimiento del término, verificar si el reclamo ha sido o no *legalmente* interpuesto, toda vez que sólo se configura el silencio cuando la reclamación cumple con la totalidad de los requisitos que la Ley señala para que la administración pueda proferir una decisión de fondo y ésta lo hace vencido el término de competencia temporal que le señala la ley. De suerte que reclamos extemporáneos o interpuestos sin el cumplimiento de la totalidad de las exigencias legales, o con fundamento abiertamente contrarios a las normas tributarias como lo será el que pretenda obtener una exención o deducción prohibida o no autorizada por la Ley, mal pueden quedar amparados en la decisión ficta favorable, toda vez que la ley habla de reclamaciones legalmente interpuestas, lo cual obliga al juez a definir si la reclamación de que se trata reúne o no tal exigencia expresa de la Ley para efecto de que pueda quedar amparada con el silencio positivo. Así mismo, es necesario precisar qué aspectos de la liquidación oficial han sido impugnados, pues, sólo ellos quedan amparados por el silencio, el cual no significa que queda en firme la liquidación privada, error en que frecuentemente incurren los Tribunales, a menos que hayan sido materia de impugnación la totalidad de los factores que han determinado la liquidación de un impuesto por encima del que se ha fijado el contribuyente en su liquidación privada. Demás estaría anotar de no advertirse tan inexplicable error en algunas decisiones que en esta materia ha revisado el Consejo, que los efectos del silencio no pueden llegar hasta el extremo de producir una nueva liquidación por debajo de la propia liquidación privada del contribuyente, la cual, como es obvio, constituye el límite mínimo in-

Páginas

franqueable por el Juez para efecto de fijar las obligaciones fiscales del contribuyente beneficiado con la ocurrencia del fenómeno. (Sentencia de octubre 20 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Matías Gómez G. (Sucesión). Exp. 3641). 751

88. IMPUESTOS

Silencio Administrativo. Relación de las disposiciones legales en las cuales se establece los términos para que la administración decida las reclamaciones contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta.— Conviene precisar si la norma del Art. 36 de la Ley 63 de 1967 está vigente. Dice así la referida disposición: Art. 36. Los recursos de que trata el Decreto 1651 de 1961, interpuestos con el lleno de las formalidades legales durante los años de 1963 y anteriores deberán resolverse dentro del plazo de doce meses contados a partir del 1º de enero de 1968. Los interpuestos en 1964 y 1965 se resolverán antes del 31 de diciembre de 1969; los interpuestos en 1966, antes del 31 de diciembre de 1970, y los interpuestos a partir de 1967 deberán ser resueltos en el término de cuatro años contados desde la fecha de su presentación. Si no se resolviere en dichos plazos se considerará que el recurso queda fallado en favor del contribuyente". El Art. 43 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 derogó expresamente en su totalidad, la Ley 63 de 1967, por lo que la norma del Art. 36 transcrito cesó en su eficacia. Pero es claro que los recursos de que trata el Art. 36 interpuesto durante su vigencia, tiene que resolverse por la administración dentro de los plazos allí fijados, y, en caso contrario, se considerarán fallados en favor del contribuyente, en virtud del principio legal de que los términos, diligencias y actuaciones iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación, ya que el Decreto derogatorio nada dispuso sobre los hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, y por lo que hace a la norma del Art. 9º de la Ley 8ª de 1970, el fenómeno jurídico es diferente. Dice así la disposición: "Art. 9º Redúcense a dos años los términos señalados en el Art. 36 de la Ley 63 de 1967 para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias interpuestas a partir de la vigencia de la presente Ley. Si al vencerse dicho término la reclamación pendiente no hubiese sido decidida en forma defintiva se entenderá fallada a favor del contribuyente. El término a que se refiere este artículo se contará a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación". El Decreto Legislativo 2247 de 1974, en su Art. 29 se modificó en el sentido de que el término de dos años sería de cuatro cuando la cuantía discutida fuere superior a quinientos mil pesos. Pero la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de noviembre 19 de 1974 declaró inexequibles los Arts. 1º a 49 del Decreto 2247 de 1974 por no guardar relación directa y específica con la situación determinante del estado de emergencia económica. Además, en la Ley 23 de 1974, que revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la legislación sobre procedimiento tributario ciñéndose al texto de las disposiciones del Dcre. Legis. Nº 2247, de 1974 pero en los términos indicados por el Congreso en la misma Ley, se omitió el Art. 29 del referido decreto, entre otros, y en el parágrafo del Art. 5º se estableció. "Es entendido que las

Páginas

disposiciones del Decreto Legislativo 2247 no mencionadas en el Art. 1º de esta ley, no se incluirán en el decreto que se expida en ejercicio de estas facultades". Lo que indica la voluntad del legislador de mantener la institución del silencio tal como se prescribe en el Art. 9º de la Ley 8ª de 1970, que permite su aplicación en materia de reclamaciones contra las liquidaciones de impuestos sobre la renta, así haga referencia al Art. 36 de la Ley 63 de 1967, ya derogado, puesto que contiene los factores para establecerlo, así: dos años contados a partir de la presentación de la reclamación y que al vencimiento del plazo no hubiese sido resuelto *definitivamente*. Y la consecuencia cuando tal cosa ocurra: que la reclamación se entiende fallada a favor del contribuyente. (Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero: Actor Cementos El Cairo. Exp. 4805. Reclamación). 753

89. IMPUESTOS

Títulos de deuda exentos. Títulos de deuda pública, Definición. Otros Títulos de deuda.— "En efecto, dice así el señor Agente del Ministerio Público después de transcribir el Art. 47 de la Ley 81 de 1960, en su numeral 4º". "Aunque la norma es de una claridad deslumbradora para entender que los "bonos y otros títulos de deuda" se refieren a *deuda pública* interna o externa, pues se refiere a títulos emitidos por entidades de tal carácter, para despejar cualquier equívoco es bueno transcribir lo expuesto en el anexo de la exposición de motivos, cuando el proyecto de ley se discutía en el Congreso, y en lo relacionado con el artículo 43, correspondiente al 47 finalmente aprobado: '"Artículo 43 ..."El numeral 4º es igual al literal b) del numeral 3º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, en cuanto a los intereses de deuda pública externa. Para los intereses de *deuda pública interna* se concede la exención total, en vez de la parcial que han concedido leyes anteriores, para asimilar estas inversiones, generalmente obligatorias, con las efectuadas en valores semejantes como cédulas hipotecarias y bonos industriales. Se desea también mejorar el mercado en los títulos de deuda pública" (Historia de las Leyes, Tomo XII, legislatura de 1960, Imprenta Nacional, Bogotá, 1973, pág. 320). "Es claro, pues, que la exención de que trata el artículo 47, numeral 4º de la Ley 81 de 1960, se refiere a intereses provenientes de títulos de deuda pública. "Y qué es la deuda pública? Una definición simple, siguiendo a Maurice Devenger. ("Instituciones Financieras". Editorial Bosch, Barcelona, 1960, págs. 157 y ss.), y a Alejandro Ramírez Cardona, ("Sistema de Hacienda Pública", Editorial Temis, Bogotá, 1970, págs. 405 y ss.), sería en la que se diga que ella es la acreencia en dinero por la cual responden el Estado o un ente de derecho público, originada en un contrato de empréstito y representada en títulos de deuda. "Esta elemental noción de deuda pública, indica que la nota característica de tal institución es su génesis en un contrato de empréstito, y así cualesquier título de deuda de entidades públicas no originado en un contrato de tal naturaleza, no puede calificarse como de deuda pública. "Aclarado a qué clase de títulos de deuda se refiere el Art. 47 de la Ley 81 de 1960, y, a groso modo, determinado qué es la deuda pública, toca establecer si a esa carac-

Páginas

terística corresponden los títulos de deudas emitidos a favor del demandante por los establecimientos públicos Instituto de Crédito Territorial (INSCREDIAL), y Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC). "De los anexos de la declaración de renta del accionante, señor Jaramillo Uribe. (fls. 26, 27 y 32 del Cuaderno Nº 2, y 28, agrega el Tribunal), y del escrito de demanda (fl. 16 cuaderno ppal.), se colige fácilmente que los títulos de deuda entregados al actor por el Inscredial y la CHEC, lo fueron en razón de pagos por contratos de ejecución de obra, y por tal razón, a pesar de ser títulos de deuda emitidos por entidades públicas en razón de un contrato, seguramente de derecho público, no son títulos de deuda pública, pues, como ya se vio, tales títulos deben provenir de la celebración de un contrato de empréstito. "Corolario de lo anterior, es, sencillamente, que los intereses percibidos por el accionante en razón de los títulos de deuda emitidos a su favor por las entidades de derecho público ya mencionadas, constituyen renta gravable por no estar incluida dentro de la exenta a que se refería el numeral 4º del artículo 47 de la Ley 81 de 1960, lo cual indica, además, que el patrimonio que los produjo, en este caso los créditos representados en títulos de deuda, tampoco está exento del impuesto complementario de patrimonio, exención reglada por el numeral 7º del artículo 36 del Decreto 1366 de 1967". "Y es que, agrega la Sala, esos créditos activos contra la Central Hidroeléctrica de Caldas y el Instituto de Crédito Territorial, no pueden estar exentos de la sobretasa patrimonial precisamente porque no provienen de empréstitos de deuda pública interna o externa. Son créditos a cargo de tales entidades y a favor del contribuyente Jaramillo Uribe, pero cuyo origen está no en empréstitos sino en contratos de ejecución de obra que el demandante hizo para aquellas personas morales, por lo que ninguna relación tienen con un contrato de empréstito. Es decir, que la exención impetrada no encaja dentro del numeral 7º del artículo 36 del Decreto 1366 de 1967. "Y continúa el señor Fiscal Colaborador: "Consideramos, entonces, que la decisión contenida en la Resolución de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que desató la consulta y agotó la vía gubernativa, en cuanto que desechó el reconocimiento de exención patrimonial que había hecho la Oficina de Recursos Tributarios modificando la liquidación inicial, es correcta, es legal, puesto que los intereses producidos por los títulos de deuda, como vimos, no están exentos; e igual situación legal cobija al patrimonio que los produjo, patrimonio este que fue el erróneamente tomado como exento en la decisión que desató la reclamación. (Sentencia de noviembre 10 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Admnistrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Radicación Nº 4850. Actor: Roberto Jaramillo N. Revisión de Impuestos). 796

90. IMPUESTOS

Renta de goce. Nulidad parcial del Inciso 1º del Art. 12 del Decreto 331 de 1976 reglamentario del Decreto Legislativo 2053 de 1974 en cuanto dispone: "Cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos".— Para resolver se considera: El texto del Art. 12 del Decreto Reglamentario 331

Páginas

de febrero 23 de 1976 cuyo primer inciso es el acusado, es el siguiente: Art. 12. Para la estimación de la renta de goce que contempla el Art. 70 del Decreto 2053 de 1974, del costo del inmueble o del avalúo catastral si fuere superior se deducirán los primeros trescientos mil pesos, aumentada esta cantidad conforme a la Ley 49 de 1975. Cuando la propiedad de un inmueble fuere de varias personas la renta de goce se causará independientemente para cada propietario sobre el valor de su derecho, y cada uno de ellos podrá descontar la cifra referida en el inciso anterior sobre el costo o el avalúo o sobre la suma de éstos, en su caso. "Se entiende por casa campestre de recreo la destinada al solaz y no a la explotación económica. "La renta de goce se acumula a las de otra naturaleza para los efectos del gravamen y para los relativos a la renta presuntiva". A su vez el texto de la norma reglamentada por ese artículo y que se señala como violada por el mencionado inciso, es el siguiente: "Art. 70. Habrá lugar a la estimación de renta de goce si el contribuyente habitare casas o apartamentos urbanos o casas campestres de recreo, y si concurren además, las siguientes circunstancias: "1º Que dichos inmuebles fueren de su propiedad. "2º Que el avalúo catastral o el costo fueren superiores a trescientos mil pesos. "Para estimar la renta de goce servirán como base o bien el avalúo catastral o bien el costo del inmueble, debiendo escogerse la base de mayor valor. Una vez escogida, se deducirán los primeros trescientos mil pesos y, sobre el excedente, se liquidará un diez por ciento (10%), cuyo importe constituirá la renta de goce. "La renta de goce se acumulará a las de otras procedencias únicamente para la liquidación del impuesto sobre la renta, y no servirá para explicar diferencias patrimoniales". La Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica formulado contra el auto que decretó la suspensión provisional, se expresó en la siguiente forma, cuyo texto se transcribe como reiteración de la tesis y como fundamento del fallo. "Son normas de interpretación de la ley que cuando el sentido de ésta sea claro, no le es permitido al intérprete desatender el tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; y que las palabras que emplea el legislador se deben entender en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (Arts. 27 y 28 del C. C.). De otra parte está dicho y repetido por el Consejo de Estado que un decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar, para hacer eficaz la norma, facilitando su inteligencia y cumplimiento por la administración y por los gobernados; que todo aquello que está contenido en la ley puede desenvolverlo el decreto reglamentario; pero de ninguna manera puede el gobierno dictar normas nuevas, ni ampliar o restringir el alcance de la Ley, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas. "De la lectura del Art. 70 del Decreto Legislativo Nº 2053 de 1974 aparece a primera vista que para la estimación de la renta de goce se toma como base o el avalúo catastral o el costo del inmueble y de tal base se deducen los primeros trescientos mil pesos y sobre el excedente se liquida un diez por ciento cuyo importe constituye la renta de goce. Y fluye en forma clara que si el contribuyente tiene varios inmuebles o fincas de recreo, para fijar la renta de cada uno hay que realizar separadamente la dicha operación y no, como lo quiere la norma acusada, que se sumen los valores catastrales para deducir del total los

Páginas

primeros trescientos mil de uno solo. Ahora bien, como la primera parte del inciso acusado no es sino una repetición del texto de la norma legal, no es el caso de decretar su nulidad, la que solo debe recaer sobre la segunda parte, en la cual se restringe la deducción autorizada por la ley a una sola vez, para efectuarla de la suma de los avalúos catastrales o de los costos de los distintos bienes inmuebles de que disfrute su propietario. (Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario 331 de 1976). (Sentencia de julio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 3709. Actor: Alejandro Páez M.). 87

91. IMPUESTOS. VIA GUBERNATIVA

Forma debida de notificación de las providencias administrativas relacionadas con los recursos o reclamos contra las liquidaciones de los impuestos (Decretos 2821 de 1974, 1651 de 1961 y 2733 de 1959). El Decreto 2821 de 1974 no establece ninguna norma especial sobre la forma de notificar las providencias relacionadas con los recursos o reclamos contra la liquidación de los impuestos pero en su texto hace continuas referencias a las disposiciones procedimentales del Decreto 1651 de 1961. Es allí por lo tanto donde hay que indagar la forma como la Administración debe dar a conocer a los contribuyentes las decisiones que tome y así vemos que en el Capítulo III que se denomina Trámite de recursos y disposiciones varias, los Arts. 49, 50 y 51 establecen la forma como deben efectuarse dichas notificaciones. Especialmente el Art. 49 reza: "Art. 49. Las providencias a que se refiere este Título se notifican personalmente a los contribuyentes o a sus representantes o apoderados, dejando constancia expresa en este acto de los recursos que proceden y del término dentro del cual pueden interponerse. Para este efecto se citará a quien deba notificarse mediante oficio enviado a la dirección señalada para tal fin en el respectivo recurso". De acuerdo con este artículo, la providencia en referencia no puede considerarse bien notificada mediante la anotación en estado sino que es necesario notificar personalmente al interesado previa citación para que concurra a cumplir con esa diligencia y si transcurridos 10 días no comparece a suscribir la notificación, ésta se hará por medio de edicto que se fijará por 5 días. Ninguna de estas formalidades cumplió la Administración para hacer conocer al interesado su decisión por medio de la cual le desechaba el recurso instaurado y por lo tanto mal puede entenderse que dicho auto fue debidamente notificado. Ahora bien, el Art. 12 del Decreto 2733 de 1959 establece además que sin el lleno de los requisitos establecidos para hacer la notificación, el acto no produce efectos legales a menos que la parte interesada interponga los recursos legales, dándose por ese medio por suficientemente enterada; pero en este caso no puede entenderse que la fecha de la notificación sea la señalada en la copia del auto correspondiente, sino la de la interposición de los recursos y por lo tanto el cargo de que éste ha sido extemporáneo no puede sostenerse. No sólo las disposiciones anteriormente mencionadas así lo imponen, sino que un elemental sentido práctico lo indica, pues después de formulado el reclamo la Administración se toma muchí-

Páginas

simo tiempo para dictar la providencia, con peligro de sorprender al interesado que no puede diariamente vigilar la suerte del mismo. (Sentencia de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 4681. Actor: Carlos Giraldo Ramírez Revisión de Impuestos). 760

92. IMPUESTOS DE ANOTACION Y REGISTRO

Régimen legal. Sujetos pasivos. Exenciones: la Ley 56 de 1904 Art. 14, exonera de este impuesto a la Nación a los Departamentos a los Municipios y a los Establecimientos de Instrucción Pública y de Beneficencia. La obligación del particular no desaparece por el hecho de celebrar una negociación con una entidad de derecho público exenta. Las operaciones que ejecute la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero están exentas de Impuestos Nacionales, departamentales y municipales.— La Fiscalía considera: "Se trata de definir si la Caja de Prestaciones de Auxilios y Prestaciones de Acdad, por el hecho de haber participado junto con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la operación de venta del globo de terreno a que se refiere el hecho 1º de la demanda, está exonerada del pago del impuesto de anotación y registro. Veamos: El Art. 35 de la Ley 57 de 1931 dispone: "Tanto la Caja de Crédito Agrario como las letras agrarias, acciones, bonos, etc. de la Institución y las operaciones que ésta ejecute, estarán exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales y de toda clase de contribuciones. Además gozará la Caja de todas las ventajas que le da la Ley como institución de utilidad pública". "El demandante manifiesta, al comentar este artículo que las "exenciones de impuestos tienen un aspecto subjetivo en cuanto solo miran a las personas que son sujetos del gravamen, o presentan un carácter objetivo si tienen en cuenta simplemente el hecho gravado". Y concluye así: "En lo que atañe a la Caja Agraria puede decirse que la norma citada contempla los dos aspectos. Por una parte el subjetivo que incluye los impuestos directos como el de renta y complementarios, también el predial, etc. Pero el texto legal habla igualmente de *"las operaciones que ésta ejecute"*, lo cual significa que la exención mantiene su vigencia en su aspecto objetivo, vale decir que los hechos gravados también están exentos de impuestos si son ejecutados por la Caja, aun cuando en ellos intervengan otras personas". "Acerca del beneficio a que se refiere el Art. 35 de la Ley 57 de 1931; que es una norma de carácter general, se observa que fue instituido en consideración a la calidad de una determinada persona, o sea la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Por ello, cuando el precepto mencionado dice que tal privilegio se extiende también a "las operaciones que ésta ejecute" debe entenderse que si aquel organismo realiza una actividad sobre la cual recae algún gravamen queda exonerada de cancelar la parte que le corresponde. "De otro lado, el asunto que se discute está regido por disposiciones especiales que excluyen la posibilidad de que se le dé preferencia a la Ley 57. El impuesto a que se refiere los actos acusados no recae sobre la operación efectuada entre la actora y la Caja de Crédito Agrario sino sobre el registro de la Escritura de venta Nº 5.847 y

Páginas

en cuanto a esta clase de acto la Ley no establece excepciones pues, como lo recuerda el Tribunal, la Ley 39 de 1890, que creó el impuesto de anotación y registro, expresa que este "tributo se cobraría por las escrituras de venta, por las de poderes o sustituciones de los mismos", etc. El impuesto sigue vigente, su objeto es el mismo; pero en relación con los sujetos pasivos, la Ley, en consideración a ciertas calidades de éstos, establece algunos privilegios, para efectos del pago del gravamen. Así, el Art. 14 de la Ley 56 de 1904, que se refiere de manera exclusiva y especial al impuesto de anotación y registro, ordena: "La Nación, los Departamentos y los Municipios, y los establecimientos de instrucción pública y de beneficencia no están sujetos al pago de derechos de registro. Pero los particulares que contraten con esas entidades y se obliguen en favor de ellas *sí deberán pagar el impuesto* que a ellas correspondiere". "De acuerdo con lo anterior, la obligación del particular no desaparece por el hecho de celebrar una negociación con una entidad de derecho público exenta. "Además, de conformidad con el Art. 14 de la Ley 56 de 1904 los "Derechos de registro de las escrituras de venta y otros contratos los pagarán los *vendedores* u otorgantes de tales escrituras, a no ser que las partes hayan convenido expresamente en otra cosa". "A juicio de la Fiscalía, las consideraciones anteriores demuestran que la sentencia del Tribunal es acertada y, por lo tanto, el Consejo de Estado debe confirmarla". A lo anterior cabe agregar que es cierto, como lo afirma el demandante que las operaciones que ejecute la Caja de Crédito Industrial y Minero están exentas de impuestos nacionales, departamentales y municipales, pero como es natural, tal exención opera cuando la operación misma que ejecuta la Caja está sometida a un impuesto que tal entidad debería cubrir de no existir la exención. En el caso de autos, se tiene que los derechos de registro de las escrituras de venta recaen, salvo estipulación en contrario, en la persona del vendedor, conforme a lo dispuesto en la Ley 56 de 1904 y como la Caja fue adquiriente resulta claro que sobre ella no recaía la obligación de pagar los derechos de registro de la escritura de compra venta y, por lo mismo, no existe materia sobre la cual recaiga el beneficio que le otorga la Ley. Muy distinta sería la situación, si la Caja hubiera actuado como vendedora, en cuyo caso si operaría la exención. (Sentencia de agosto 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdad. Exp. 3673. Revisión de Impuestos). 756

93. IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Las empresas transportadoras están exentas de él.— Es evidente que la sociedad demandante, que es una empresa de transportes con vehículos automotores, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio, por disponerlo así el Decreto 228 de 1958, adoptado como acto legislativo permanente por la Ley 141 de 1961, y según el cual los Departamentos y Municipios no pueden gravar a las empresas de transporte automotor con impuestos distintos de los relacionados en el artículo 1º del Decreto 2281 bis de 1954 y el artículo 3º del Decreto 3425 de 1964, entre los cuales no figura el de

Páginas

industria y comercio, que es el que le cobra el Municipio de Yumbo a la empresa actora. Esta es jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, según sentencia de enero 15 de 1970. Expediente Nº 1377. Le asiste, por tanto, razón a la sociedad demandante en sus peticiones. (Sentencia de julio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Compañía de Transportes Terminales S. A. Exp. 3695). 517

94. IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Artículos 169 del Decreto 444 de 1967 y 45 del Decreto 1366 del mismo año. Los Departamentos y Municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta.— "Luego, entonces, no puede quedar la menor duda de que la sociedad en virtud de su objeto y actividad exclusivamente exportadora está exenta del impuesto de industria y comercio, por disponerlo así los artículos 169 del Decreto 444 de 1967 y 45 del Decreto 1366 del mismo año, en los siguientes términos: "Los departamentos y Municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta". El Decreto 444 entró en vigencia el 22 de marzo de 1967 y a partir de esa fecha en adelante rige el mandato prohibitivo a los departamentos y municipios para imponer toda especie de gravámenes a las exportaciones, derogando, desde luego, toda reglamentación municipal al respecto. De otra parte, como uno de los factores que determinan el valor del impuesto es el monto de la producción, el impuesto incide directamente sobre el costo de los productos destinados a la exportación, disminuyéndose así uno de los incentivos que establece la ley para incrementar la exportación. (Sentencia de noviembre 24 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Actor: Urreas y Compañía. Exp. 4853. Revisión de Impuestos). 793

95. IMPUESTO DE RENTA

Deducción por costos. Pago de honorarios por servicios ordinarios de asesoría en el sentido económico de la palabra. Pago por Concepto de intangibles como good will, regalías por el uso de marcas o patentes tecnológicas.— Lo relativo al pago de honorarios a Industria Nacional de Productos Alimenticios S. A. porque el Gobierno estimó que se trataba de intangibles tales como good will regalías por el uso de marcas o patentes o tecnologías, caso en el cual se requiere aprobación previa de los contratos correspondientes según los preceptos del Art. 5º del Decreto 1366 de 1967, y el 4º de la Ley 63 del mismo año. El tribunal consideró que no se trataba de esta materia sino del pago de honorarios por servicios técnicos y de otra naturaleza que, como cualquier otro costo, estando demostrado debe reconocerse como deducible. Recordó cómo según el Art. 1º del Decreto Reglamentario 1963 de 1971 prescribe que "para que proceda el reconocimiento fiscal de regalías por concepto del aprovechamiento uso o explotación de intangibles, tales como marcas, patentes, privilegios, etc., es necesario que el pago haya sido aprobado

Páginas

previamente y con conocimiento de causa por la Dirección General de Impuestos Nacionales". Y como también la partida que aquí se discute no tiene parecido con el concepto de intangibles. De acuerdo con los contratos y facturas que obran de folio 41 a folio 47 del cuaderno principal y que también en otras versiones idénticas están en los cuadernos de antecedentes administrativos la sociedad demandante pagó honorarios a Industria Nacional de Productos Alimenticios S. A. por trabajos de ingeniería industrial para la elaboración del presupuesto de inversiones y del presupuesto de mantenimiento y la dirección de reparaciones de maquinaria y otros equipos; para examen constante de la organización y el manejo de los sistemas de trabajo y el estudio de mercados y establecimientos de planes para el futuro así como el examen de las compras de materias primas la vigilancia de los mercados, en relación con los precios, las recomendaciones sobre sistemas de mantenimiento cordial en las relaciones industriales y además el estudio sobre los mercados en cuanto a producción y precios para la adquisición de las frutas que como insumo adquiere la sociedad contribuyente. Esta actividad evidentemente no es posible clasificaria dentro de los intangibles que requieren contrato previo con previa aprobación de la Dirección General de Impuestos porque son servicios ordinarios de asesoría en varias materias todas ellas tangibles en el sentido económico de la palabra. (Sentencia de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Comestibles La Rosa S. A. Exp. Nº 4652). 764

96. IMPUESTO DE TIMBRE

Por no existir disposición especial que señale el término de ejecutoria de las providencias relativas a impuestos de timbre, ni haber en el Decreto 2733 de 1959 regla general aplicable a falta de norma especial, debe acudirse a las disposiciones analógicas, que son precisamente las que regulan los asuntos a materia tributaria, como el Art. 52 del Decreto Legislativo 1651 de 1961.— Evidendemente no existe disposición especial que señale el término de ejecutoria de las providencias relativas a impuestos de timbre ni en el Decreto 2733 de 1959 hay regla general aplicable a falta de disposición especial, de modo que debe acudirse a las disposiciones analógicas que son precisamente las que regulan los asuntos en materia tributaria. Conviene recordar que la intención del legislador en todo tiempo ha sido el de unificar los términos en cuanto hace a los impuestos e inclusive unificar los procedimientos al punto de que en el Decreto Extraordinario Nº 2821 de 1974 en el Capítulo III relativo a los recursos se indica "contra los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales...". No es pues inverosímil aplicar la única disposición que en materia tributaria señala término para la ejecutoria del último acto gubernativo que es la del Art. 52 del Decreto Ley 1651 de 1961 en donde se lee: "Diez días después de la notificación personal o de la desfijación del edicto, si no existen recursos, o el interesado no los interpone, la providencia queda ejecutoriada". (Sentencia de julio 28 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.

Páginas

Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Revisión de impuestos. Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A. Exp. 4509. Aclararon el voto Jorge Dávila Hernández, Bernardo Ortiz Amaya. Revisión de impuestos). 768-70-71

97. IMPUESTO DE VALORIZACION

El Decreto Legislativo Nº 1604 de 1966, adoptado luego como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dispuso que el impuesto de valorización establecido por el Artículo 3º de la Ley 25 de 1921, "en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización".— El término *contribución* lo usa nuestra Carta Fundamental en Sentido Genérico en los artículos 43, 191 y 197; en consecuencia, tales normas se refieren a los impuestos, tasas y contribuciones de valorización. "1º Es bien sabido que el Código Contencioso Administrativo consagra las dos acciones clásicas: la de *nulidad* y la de plena *jurisdicción*; que la primera es pública y por medio de ella se busca la tutela del orden jurídico abstracto sin límite en el tiempo y el juicio culmina con sentencia que produce efectos *erga omnes*, y que la segunda es privada y persigue el restablecimiento de derechos individuales conculcados por actos, hechos u operaciones de la administración con término perentorio de caducidad y el fallo que se dicte en el proceso tiene efectos *interpartes*. Pero también contempla la ley otras acciones con modalidades especiales, entre ellas la de *revisión de la operación de liquidación definitiva de impuestos* que sólo se puede ejercer por el contribuyente dentro del término de tres meses para obtener la declaración de que no está obligado a pagar los gravámenes o se haga una nueva liquidación y se ordene la devolución de las sumas cubiertas en exceso. "Los tratadistas de derecho financiero han discutido sobre la naturaleza del recurso fiscal de valorización. Unos lo consideran como un *impuesto especial*, algunos lo consideran *tasa obligatoria* y otros prefieren llamarlo *contribución* porque, a pesar de ciertas características comunes con los impuestos y las tasas, encuentran diferencias notables que llevan a formular la distinción y a definir: "compensación pagada con carácter obligatorio al ente público con ocasión de una obra realizada por él con fines de utilidad pública, pero que proporciona también ventajas especiales a los particulares propietarios de bienes inmuebles". (Luigi Einaudi. Cita de Rafael Soto Pinedo. La Contribución Nacional de Valorización. Temis. Bogotá 1974, pág. 28). La Ley 25 de 1921 estableció "el *impuesto directo de valorización*, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local". Después, la Ley 113 de 1937 conservó la denominación al decir que "el impuesto directo de valorización de que trata el artículo 3º de la Ley 25 de 1921 comprende también el mayor valor que adquieran las propiedades raíces urbanas con la pavimentación de las calles". Así lo llamó también la Ley 88 de 1940, la Ley 1ª de 1943 y el Decreto Legislativo 868 de 1956. Pero el Decreto Legislativo 1604 de 1966, adoptado luego como legislación permanente por la Ley 48 de 1968, dispuso que el impuesto de valorización establecido por el Artículo 3º de la Ley 25 de 1921, "en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización". Así se ha llamado en la legislación posterior y el Decreto 1394 de 1970 define:

Páginas

"La contribución de valorización es un gravamen real y personal que afecta a los inmuebles que se benefician con la ejecución de obras públicas y a los poseedores materiales de los mismos" (Art. 39). "En realidad, el concepto acogido por el legislador de 1968 y ratificado después se ajusta convenientemente a la clasificación doctrinaria. Pero cabe observar que el término *contribución* lo usa nuestra Carta Fundamental en sentido genético en los artículos 43, 191 y 197; que en consecuencia, tales normas se refieren a los impuestos, tasas y contribuciones de valorización, y que si la ley estableció, como lo hizo la 167 de 1941, una *acción de revisión de impuestos*, cuando la legislación se refería al impuesto directo de valorización, no se ve la razón valedera para considerar que una variación de carácter técnico en la denominación del gravamen pueda cambiar, en ausencia de norma expresa que así lo disponga el tratamiento procesal consagrado en el Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo y que el Consejo de Estado, con acertado criterio, ha decidido que rige para atacar la operación jurídico administrativa por medio de la cual se liquida la contribución de valorización. (Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 3939. Actor: Nohamad Alí El Kadamani y otro. *Salvamento de voto:* Miguel Lleras Pizarro). 526

98. IMPUESTO DE VALORIZACION O CONTRIBUCION

Vía Gubernativa. La acción procedente para revisión de impuestos o contribuciones de valorización es la consagrada en el artículo 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941.— "La acción procedente es, pues, la consagrada en los artículos 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por ello, para que sea viable el derecho, hay que agotar previamente la vía gubernativa y presentar luego la demanda dentro del término de tres meses contados desde la fecha de ejecutoria de la última decisión. "El Consejo de Estado. Sección Cuarta ha expresado con indudable acierto: " 'Todas las causales de nulidad que determinan la invalidez de los actos administrativos, son valederas dentro del juicio de revisión de impuestos, y el agotamiento de la vía gubernativa para poder recurrir ante la jurisdicción es necesario que se cumpla. Pero es posible que, por fallas del contribuyente dicho agotamiento no se haya consumado o que por faltas en el procedimiento aplicable por parte de la Administración, al tramitar los reclamos correspondientes, la decisión esté viciada de nulidad. " 'En el primer caso, el pronunciamiento jurisdiccional no puede producirse pues la parte interesada no ha agotado debidamente la vía gubernativa. En el segundo caso la decisión tomada por la Administración está naturalmente viciada de nulidad y puede obtenerse la declaración correspondiente recurriendo en la oportunidad debida, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. " 'Pero además, en cuanto se trate de obtener la nulidad de un acto que decida sobre un impuesto definitivamente liquidado, la acción correspondiente tiene que ejercitarse ante la autoridad competente para ello, de acuerdo con lo previsto en materia de cuantías y negocios por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964. " 'No puede por

Páginas

lo tanto establecerse una dicotomía en el procedimiento, para escoger arbitrariamente el tipo de acción que se ejercita y la clase de juez que debe decidir el problema, pues en esa forma se rompería todo el sistema procesal consagrado en la Ley, en función de la clase de acto que se acusa la competencia para conocer de él, las causales de su nulidad y los términos perentorios dentro de las cuales debe ejercitarse la acción correspondiente...". "2º La última providencia en la vía gubernativa se notificó el 9 de septiembre de 1969 y la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo el 19 de diciembre del mismo año, es decir, fuera del término legal". (Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 3939. Actor: Nohamad Alí El Kadamani y otro. *Salvamento*: Doctor Miguel Lleras Pizarro): 526

99. IMPUESTO DE VALORIZACION

Salvamento de Voto: Doctor Miguel Lleras Pizarro.— En proyecto presentado por mí y derrotado por el voto mayoritario, después de relatar la larga y sospechosa historia del acto de espontánea e inmotivada revocación directa y de la irregular "devolución" de dinero en su tiempo correcta y regularmente pagado y ahora *"devuelto"* sin el cumplimiento del trámite ordinario, se propuso: 1º *La caducidad*. En la sentencia del tribunal se resuelve el punto así: *"Caducidad*: Si bien el Tribunal estimó en sus providencias incidentales, que fueron revocadas, que a términos del Art. 83 del Código Contencioso Administrativo la acción estaba caducada por cuanto había transcurrido los cuatro meses de que habla la norma citada, ello se debió a que tomó la fecha de presentacción de la corrección de la demanda (abril 17 de 1971) y no la de (diciembre 19 de 1969) en que fue presentado el libelo inicial, y a que el último acto de la administración, el que mediante apelación confirmó la negativa de reposición del acto acusado, fue notificado personalmente al recurrente el 9 de septiembre de 1969 y es precisamente desde esta fecha que, quedando agotada la vía administrativa, comenzó a correr el término de los cuatro meses previstos en el citado Art. 83 para instaurar su acción, el cual vencía el 8 de enero de 1970 y por consiguiente estaba dentro del término legal que tenía para accionar. Y esto se dice por cuanto es entendido que la demanda con su corrección forman un todo y máxime cuando todavía no había sido admitida y se trataba de un mismo hecho como lo era el de traslado de un gravamen de contribución de valorización a personas distintas a las inicialmente gravadas. Es evidente que en algunos casos la falta de ciertos requisitos o formalidades y en que se ordena su corrección o devolución, tales defectos hacen que la presentación viciada o defectuosa no interrumpa el término prescriptivo de la acción y así, si la corrección ordenada viene fuera del término de caducidad se tiene por caducada la acción. Pero no como en el caso de autos que no se trataba de vicios o informalidades de tal naturaleza sino de cuestiones de fondo atinentes a la acción misma, con base en los mismos hechos, por consiguiente la actora ya había cumplido con la presentación de la demanda dentro del término que tenía para ello. Esta excepción o planteamiento no prospera". A lo anterior debe agregarse que de acuerdo

Páginas

"La contribución de valorización es un gravamen real y personal que afecta a los inmuebles que se benefician con la ejecución de obras públicas y a los poseedores materiales de los mismos" (Art. 3º). "En realidad, el concepto acogido por el legislador de 1968 y ratificado después se ajusta convenientemente a la clasificación doctrinaria. Pero cabe observar que el término *contribución* lo usa nuestra Carta Fundamental en sentido genético en los artículos 43, 191 y 197; que en consecuencia, tales normas se refieren a los impuestos, tasas y contribuciones de valorización, y que si la ley estableció, como lo hizo la 167 de 1941, una *acción de revisión de impuestos*, cuando la legislación se refería al impuesto directo de valorización, no se ve la razón valedera para considerar que una variación de carácter técnico en la denominación del gravamen pueda cambiar, en ausencia de norma expresa que así lo disponga el tratamiento procesal consagrado en el Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo y que el Consejo de Estado, con acertado criterio, ha decidido que rige para atacar la operación jurídico administrativa por medio de la cual se liquida la contribución de valorización. (Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 3939. Actor: Nohamad Alí El Kadamani y otro. *Salvamento de voto:* Miguel Lleras Pizarro). 526

98. IMPUESTO DE VALORIZACION O CONTRIBUCION

Vía Gubernativa. La acción procedente para revisión de impuestos o contribuciones de valorización es la consagrada en el artículo 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941.— "La acción procedente es, pues, la consagrada en los artículos 271 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y por ello, para que sea viable el derecho, hay que agotar previamente la vía gubernativa y presentar luego la demanda dentro del término de tres meses contados desde la fecha de ejecutoria de la última decisión. "El Consejo de Estado. Sección Cuarta ha expresado con indudable acierto: " 'Todas las causales de nulidad que determinan la invalidez de los actos administrativos, son valederas dentro del juicio de revisión de impuestos, y el agotamiento de la vía gubernativa para poder recurrir ante la jurisdicción es necesario que se cumpla. Pero es posible que, por fallas del contribuyente dicho agotamiento no se haya consumado o que por faltas en el procedimiento aplicable por parte de la Administración, al tramitar los reclamos correspondientes, la decisión esté viciada de nulidad. " 'En el primer caso, el pronunciamiento jurisdiccional no puede producirse pues la parte interesada no ha agotado debidamente la vía gubernativa. En el segundo caso la decisión tomada por la Administración está naturalmente viciada de nulidad y puede obtenerse la declaración correspondiente recurriendo en la oportunidad debida, ante la jurisdicción contenciosa administrativa. " 'Pero además, en cuanto se trate de obtener la nulidad de un acto que decida sobre un impuesto definitivamente liquidado, la acción correspondiente tiene que ejercitarse ante la autoridad competente para ello, de acuerdo con lo previsto en materia de cuantías y negocios por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964. " 'No puede por

Páginas

lo tanto establecerse una dicotomía en el procedimiento, para escoger arbitrariamente el tipo de acción que se ejercita y la clase de juez que debe decidir el problema, pues en esa forma se rompería todo el sistema procesal consagrado en la Ley, en función de la clase de acto que se acusa la competencia para conocer de él, las causales de su nulidad y los términos perentorios dentro de las cuales debe ejercitarse la acción correspondiente...". "2º La última providencia en la vía gubernativa se notificó el 9 de septiembre de 1969 y la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo el 19 de diciembre del mismo año, es decir, fuera del término legal". (Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 3939. Actor: Nohamad Alí El Kadamani y otro. *Salvamento*: Doctor Miguel Lleras Pizarro): 526

99. IMPUESTO DE VALORIZACION

Salvamento de Voto: Doctor Miguel Lleras Pizarro.— En proyecto presentado por mí y derrotado por el voto mayoritario, después de relatar la larga y sospechosa historia del acto de espontánea e inmotivada revocación directa y de la irregular "devolución" de dinero en su tiempo correcta y regularmente pagado y ahora *"devuelto"* sin el cumplimiento del trámite ordinario, se propuso: 1º *La caducidad*. En la sentencia del tribunal se resuelve el punto así: *"Caducidad*: Si bien el Tribunal estimó en sus providencias incidentales, que fueron revocadas, que a términos del Art. 83 del Código Contencioso Administrativo la acción estaba caducada por cuanto había transcurrido los cuatro meses de que habla la norma citada, ello se debió a que tomó la fecha de presentacción de la corrección de la demanda (abril 17 de 1971) y no la de (diciembre 19 de 1969) en que fue presentado el libelo inicial, y a que el último acto de la administración, el que mediante apelación confirmó la negativa de reposición del acto acusado, fue notificado personalmente al recurrente el 9 de septiembre de 1969 y es precisamente desde esta fecha que, quedando agotada la vía administrativa, comenzó a correr el término de los cuatro meses previstos en el citado Art. 83 para instaurar su acción, el cual vencía el 8 de enero de 1970 y por consiguiente estaba dentro del término legal que tenía para accionar. Y esto se dice por cuanto es entendido que la demanda con su corrección forman un todo y máxime cuando todavía no había sido admitida y se trataba de un mismo hecho como lo era el de traslado de un gravamen de contribución de valorización a personas distintas a las inicialmente gravadas. Es evidente que en algunos casos la falta de ciertos requisitos o formalidades y en que se ordena su corrección o devolución, tales defectos hacen que la presentación viciada o defectuosa no interrumpa el término prescriptivo de la acción y así, si la corrección ordenada viene fuera del término de caducidad se tiene por caducada la acción. Pero no como en el caso de autos que no se trataba de vicios o informalidades de tal naturaleza sino de cuestiones de fondo atinentes a la acción misma, con base en los mismos hechos, por consiguiente la actora ya había cumplido con la presentación de la demanda dentro del término que tenía para ello. Esta excepción o planteamiento no prospera". A lo anterior debe agregarse que de acuerdo

con la doctrina practicada por esta sección cuarta los procesos por valorización se tramitan según las reglas del capítulo vigésimotercero del Código de lo Contencioso Administrativo según el cual "toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y que declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo". "Esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto, y por medio de ella podrá pedirse igualmente el reintegro o devolución de las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente". Pero es igualmente cierto que en el presente caso aunque incidentalmente se discute la imposición del gravamen a los señores Kadamani el proceso está principalmente encaminado a impugnar la Resolución número 85 de 1969 por medio de la cual se libró de la obligación de contribuir a las señoras Benedicta Cabrera viuda de Santos, Eloísa Cabrera viuda de Méndez y Carmen Cabrera viuda de Gaitán para trasladar tal gravamen a los señores Kadamani sin que las señoras Cabrera hubieran solicitado modificación de actos ya ejecutoriados ni los señores Kadamani hubieran sido parte en el proceso de transformación de un gravamen que los demandantes consideran satisfactoriamente pagado por los sujetos originales reconocidos como deudores y luego declarados a Paz y Salvo. Es pues, principalmente una acción de plena jurisdicción fundada en el argumento según el cual los actos que deciden sobre derechos individuales cuando se han ejecutoriado no pueden ser revocados oficiosamente sin el conocimiento y el consentimiento de los titulares de tales derechos y con el objeto de trasladar a otras personas obligaciones constituidas a cargo de quienes se mencionan en el acto oficiosamente revocado sin previa audiencia de los nuevos deudores. 2º *Quiénes son los deudores del gravamen.* Como consta en las resoluciones números 61, 62 y 63 de 1968 y en la resolución número 39 del mismo año de la Junta de Valorización, folios 43 y siguientes del cuaderno principal, la liquidación de la que resultaron las contribuciones que fueron objeto del negocio con las señoras Cabrera fue el fruto de una distribución provisional que habría de convertirse en definitiva tan pronto como se terminaran las obras según aparece en los documentos que obran del folio 68 al 78 del cuaderno segundo y de la escritura en que se hicieron constar los acuerdos, folios 47 y siguientes del mismo cuaderno. En el momento en el que el Municipio adquirió de las señoras Cabrera los predios indispensables para la ampliación de la calle 17 se convino el precio de $ 134.000.00 de los cuales se entregaron a las vendedoras sólo la cantidad de $ 37.058.09, se retuvo por compensación del gravamen de valorización ya liquidado la cantidad de $ 29.941.91 y las vendedoras convinieron en dejar en poder del Municipio la cantidad de $ 67.000.00 para responder del gravamen de valorización cuando definitivamente se hubiere liquidado. Estas obligaciones no sólo se hicieron constar en las resoluciones correspondientes que se ejecutoriaron sino que se trasladaron a escritura pública número 4.632 de 24 de noviembre de 1967 de la Notaría Segunda de Bogotá. Por la Resolución número 85 de 14 de enero de 1969, que es el acto demandado se decidió "reacomodar" los sujetos pasivos del gravamen que definitivamente fue liquidado y que al

Páginas

predio de la calle 17 Nº 12-78, 12-86 y 12-88 le correspondió la cantidad de $ 164.361.12. Esta asignación por liquidación definitiva sería inobjetable si en el mismo acto se hubieran reconocido los abonos hechos con anterioridad, que constan en los actos ya descritos, y no como se procedió, revocando las obligaciones impuestas a las señoras Cabrera y por éstas aceptadas para trasladar la totalidad del gravamen a los nuevos propietarios. Es importante destacar que los señores Kadamaní, adquirieron el inmueble a paz y en salvo con el Distrito por razón de gravamen de valorización liquidado hasta el momento en que se otorgó la escritura pública de adquisición y que sabiendo como tenían que saber que la liquidación hasta ese momento era provisional y que por tanto podría haber una liquidación definitiva modificatoria en más o en menos de la provisional. El Municipio no podía liberar a las señoras Cabrera del gravamen aceptado por ellas y muchos menos ordenar que se les devolviera sin que alguien lo hubiera solicitado. Según la diligencia de inspección judicial que consta en el cuaderno número dos y que se cumplió en varias etapas y en distintos días el Municipio giró a las señoras Cabrera y éstas recibieron (o al menos según los documentos que fueron examinados), la totalidad de las cantidades pagadas por ellas a título de valorización por el inmueble que luego adquirieron los señores Kadamaní. Ha de concluirse que la Resolución número 85 de 1969 del Jefe de la Sección Jurídica del Departamento de Valorización del Distrito Especial de Bogotá es nula en cuanto revocó las Resoluciones números 61, 62 y 63 de 31 de julio de 1968 por las que se liquidó provisionalmente el impuesto a cargo de las señoras Cabrera viuda de Santos, Cabrera viuda de Méndez y Cabrera viuda de Gaitán y es también nula en cuanto por ella se pretendió hacer exigible el gravamen de la valorización correspondiente al inmueble tantas veces mencionado, únicamente, a los señores Nohamad y Salomón Kadamaní. No obstante, como sobre el predio que fue de las señoras Cabrera que hoy es de los señores Kadamaní, debe pagarse todo el gravamen de valorización *definitivamente* liquidado, los señores Kadamaní deberán cancelar la diferencia entre la liquidación provisional y la definitiva teniendo en cuenta que la primera alcanzó a la cantidad de $ 96.941.91 y la segunda a $ 164.361.12, lo que da un saldo de $ 67.419.21. No podrán cobrarse recargos por mora ni intereses de análoga naturaleza porque sólo a partir de la ejecutoria de esta sentencia ha quedado en claro que los señores Kadamaní son deudores de valorización por el inmueble de la Calle 17 Nº 12-88 con registro catastral 17-12125". (*Salvamento de Voto* del doctor Miguel Lleras Pizarro a la sentencia de 29 de septiembre de 1977. Exp. 3939 Sección Cuarta). 531

100. IMPUESTOS DE RENTA

Deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior.— La razón de inconformidad que ha llevado al reclamante a formular demanda radica en el rechazo que hizo la Administración de Impuestos de una deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior, pues los demás motivos de inconformidad fueron resueltos favorablemente en la vía gubernativa por la propia Administración.

Páginas

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 21 de octubre de 1975 denegó las súplicas de la demanda en consideración a que los créditos obtenidos en divisas extranjeras y liquidados a pesos colombianos para atender gastos diversos y hacer adquisiciones dentro del país, no dan lugar a deducciones de la renta en caso de que al liquidar anualmente el valor de esas obligaciones surjan pérdidas contables por diferencias de cambio, por cuanto ese tipo de créditos no tienen destinación específica previa ni se originan en la adquisición o importación de equipos o mercancías. Esta tesis fue estructurada hace ya mucho tiempo desde el 5 de abril de 1962, por sentencia emanada de esta misma Corporación. Con fundamento en esa sentencia la Dirección General de Impuestos Nacionales produjo una circular acomodando las diferentes situaciones que se presentan en los créditos foráneos a las establecidas jurisprudencialmente por el Consejo de Estado. Dicha circular que se halla distinguida con el número 3610 de 9 de abril de 1973, fue a su vez demandada precisamente para obtener la nulidad de la parte relacionada con las pérdidas en diferencias en cambio por préstamos en el exterior de empresas que desarrollan su actividad en el país obtenidos en divisas extranjeras y liquidados en pesos colombianos. En esa oportunidad la Sala estudió cuidadosamente el punto, y aún cuando no contó con las luces jurídicas del Consejero Lleras, consideró que la no deducción de esas pérdidas por diferencias de cambio se ajustaban al criterio general que informa nuestro sistema tributario. Posteriormente el Consejo de Estado ha venido rechazando este tipo de deducciones en casos concretos y el criterio al respecto ha sido uniforme y permanente por lo que no se ve razón alguna para modificarlo. No se puede negar que en el expediente obran todas las pruebas sobre los distintos créditos obtenidos por la empresa, pero resulta claro también que con esos dineros liquidados a pesos colombianos se atendieron toda clase de gastos e inversiones en el país, inclusive el pago de jornales y sueldos. Es entendible que si una empresa resuelve obtener créditos en el exterior, está asumiendo los riesgos inherentes a las posibles diferencias de cambio, pero que seguramente están ampliamente compensados con la baja tasa de interés y los cómodos plazos para su amortización, que seguramente no se pueden obtener en el mercado nacional de capitales. De no ser así, las operaciones financieras serían una temeridad del empresario y por esa razón tampoco podría aspirar a que el Estado concurriera a deducirle esa diferencia de cambio para compartir con él, riesgos temerariamente asumidos. (Sentencia del doctor Bernardo Ortiz Amaya de septiembre 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 3676. Actor: Distribuidora de Equipos Industriales Amerex. Revisión de Impuestos. *Salvamento de Voto* del doctor Miguel Lleras Pizarro). 779

101. IMPUESTOS DE RENTA

(Salvamento de Voto). Fueron afortunados mis ilustres colegas cuando adoptaron el fallo de 16 de julio de 1976 en el negocio radicado con el número 2.867, "sin mis luces jurídicas" como se expresa irónicamente en la sentencia de que ahora discrepo. Para

motivar mi disentimiento de hoy me basta transcribir parcialmente el salvamento de 12 de septiembre de 1977, en el negocio radicado con el número 3713 y parte del proyecto que la mayoría rechazó en este caso. Dije en el salvamento: 1º Diferencias en las tasas de cambio de pesos a dólares. Lo decidido hoy se funda en la sentencia pronunciada el 16 de julio de 1976 en el negocio radicado con el número 2867 que con ponencia del Consejero Bernardo Ortiz Amaya denegó la solicitud de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio número 3610 de 9 de abril de 1963 transcrito en el oficio número 7303 de 5 de abril de 1972. No participé ni en la preparación ni en la discusión ni en la aprobación de este fallo. En esa sentencia de 1976, los argumentos del demandante se califican de *habilidosas elucubraciones* (sic) y su posición de "equivocada y paralogística". Como elucubración no es palabra que exista en castellano habrá de suponerse que quiso decirse lucubración que es la acción y efecto de lucubrar que a su turno significa trabajar velando y con aplicación en obras de ingenio. Habilidoso es chilenismo aceptado ya como adjetivo consagrado por el uso que significa que tiene habilidades o sea capacidad inteligencia y disposición para una cosa. En ese aspecto al demandante de entonces don Rafael Mario Zapata le fue bien. En cuanto a paralogístico es adjetivo inexistente pero es legítimo suponer que su autor pretendió hacerlo derivar del verbo paralogizar que es tanto como tratar de convencer con argumentos falaces. Y falaz es el vicioso de la mentira, el engaño, el fraude o sea la falacia. Mi presente disentimiento quedará cubierto, anticipadamente con aquellos tan contradictorios calificativos. En general de acuerdo con normas y principios suficientemente conocidos, los costos indispensables para la operación industrial o comercial o profesional de donde proviene la renta gravable son deducibles. Así lo determina el artículo 43 de la Ley 81 de 1960 y lo repite el artículo 90 del Decreto 437 de 1961 que es el estatuto en que se han fundado todas las conclusiones de que discrepo, en donde se lee: "las expensas necesarias deducibles de la renta bruta están constituidas por todos los gastos normalmente acostumbrados en el desarrollo de cualquier actividad cuya renta esté sujeta a impuestos, pagados durante el año o período gravable". Que las diferencias en las tasas de cambio son deducibles o afecten la cuenta de pérdidas y ganancias es más o menos lo mismo pero no equivale como lo afirman el fiscal y la sentencia a pérdida de capital o sea a disminución de patrimonio. Disminuiría el patrimonio solo en el caso de que la cuenta de pérdidas y ganancias arroje saldo negativo y no pueda figurar en el pasivo caso en el cual afectaría la cuenta de capital. Pero este excepcional extremo no es el del presente caso ni tampoco es lo general. La cuenta de pérdidas y ganancias se afecta precisamente con los costos de operación entre los que se reconocen tradicionalmente y constituye práctica inequívoca en toda contabilidad bien organizada, los intereses y demás costos de los créditos o préstamos que se hayan obtenido, en donde quiera, para atender como capital de trabajo, a la actividad que produce la renta. Obviamente si el crédito no se utiliza como capital de trabajo sino que se invierte en activos fijos en ese caso sí afecta el costo del patrimonio o más exactamente su valor. Este pensamiento o interpretación bien puede calificarse como un modo de paralogizar pero

no es tan estrambótico o al menos es paralogismo en buena compañía como lo revela el texto del oficio número 14.971 de 12 de noviembre de 1962 de la dirección de impuestos nacionales. Lo que habría podido objetarse en el presente caso sería la falta de adecuada demostración contable por la ausencia de precisión en cuanto al destino que se dio a las monedas extranjeras. Pero este es un problema de hecho y de prueba y no de derecho o de doctrina. En este negocio de Equipos Industriales Amerex S. A. sí hay plena prueba del destino que se dio a las monedas extranjeras (vulgo: divisas) que fue, precisamente el de capital de trabajo, tal como se demostró en el proyecto derrotado, así: La demanda se dirige contra la actuación administrativa que comenzó por la liquidación número 0095103 de 10 de julio de 1970 y culminó con la Resolución R-04271-H de 12 de julio de 1974 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en cuanto por ella no se reconoció como deducible dentro de los costos ordinarios del giro común de la sociedad el mayor valor que hubo de pagar en pesos para cancelar préstamos debidos en dólares y los intereses correspondientes. Para resolver ha debido considerarse: 1º Basta leer el texto de los artículos 104 y 107 del Decreto 437 de 1961 para que pueda comprobarse que el concepto de pérdida allí consignado no tiene parentesco con la ausencia de utilidades como consecuencia de la operación comercial o industrial del empresario. Estos preceptos aluden a fenómenos de fuerza mayor como destrucción, incendio, naufragio, rotura, inutilidad física o económica, muerte, sustracción, desfalco o apropiación indebida por un tercero, etc. ..., fenómenos que nada tienen que ver con la buena o mala administración de la actividad económica ni con los vaivenes del mercado que un buen administrador puede prever y que, aunque fueran imprevisibles, en nada se relacionan con las catástrofes. El etcétera no significa que la pérdida se origine en trastornos monetarios sino en calamidades de naturaleza similar a las enunciadas en la norma. Auque es obvio, esta circunstancia se pone de presente de modo más vívido al leer el inciso 2º del artículo 104 según el cual el valor total de la pérdida no puede deducirse cuando se trate de propiedades para las cuales se haya solicitado deducción por depreciación en el mismo año gravable y además porque la compensación por seguros o por indemnización pagada por el agente que causó el daño las hace bien diferentes a las de naturaleza comercial ordinaria. 2º Lo que es deducible, y afecta la cuenta de pérdidas y ganancias son los costos de operación entre los que tradicionalmente se incluyen los intereses por los créditos que se hayan obtenido para capital de trabajo. Si el crédito se invirtió en activos fijos en ese caso el costo del crédito es costo activo y por tanto afecta la cuenta de patrimonio y no la de pérdidas y ganancias. 3º el Art. 160 del mismo estatuto reza: "los pagos hechos en dólares u otras divisas extranjeras se estimarán al determinar la deducción de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas. "Cuando existan deudas por concepto de deducción que deban ser pagadas en divisas extranjeras los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar, al valor comercial en 31 de diciembre que

Páginas

para las respectivas divisas fije la División de Impuestos Nales. "En la fecha en que se realice el pago de las deudas a que se refiere el inciso anterior el contribuyente deberá hacer el correspondiente ajuste por pérdidas y ganancias y la cuenta por pagar respectiva, por la diferencia entre el valor en pesos colombianos efectivamente pagado y el valor de la deducción a que los pagos se refieren". En el parágrafo se recuerda que las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas extranjeras en el pago de deducciones, cuando *aquéllas constituyan activos movibles para el contribuyente,* se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable de éstas. El texto del artículo 46 es suficientemente claro: "los pagos hechos en dólares u otras divisas extranjeras se estimarán, al determinar el costo de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas. 4º Cuando para cumplir mejor la actividad que es objeto del contribuyente, de la que proviene la renta, se requiera de capital, bien para adquisición de activos fijos bien para trabajo o circulante, es práctica contable tradicional que los costos de la financiación son costos de la operación aún en el caso de los activos fijos porque el precio de éstos no debe confundirse con el precio del dinero para adquirirlos. La única diferencia consecuente de uno y otro destino es la de que el valor o costo de los activos fijos se lleva a la cuenta de patrimonio en tanto que el valor del préstamo para capital de trabajo afecta la cuenta de pérdidas y ganancias en cuanto a intereses y comisiones pero, obviamente en cuanto a capital afecta la cuenta de patrimonio mientras la deuda se mantenga. 5º De las precedentes sencillas consideraciones se concluye que uno es el valor de la deuda que tiene tratamiento contable exacto mientras deuda exista, y que afecta al patrimonio, y otro es el valor de los intereses, comisiones u otros costos de la financiación. En el caso presente son costos de la financiación tanto los intereses como las diferencias en la tasa de cambio porque el valor del capital original no varía porque se necesiten más monedas nacionales para pagar las extranjeras que se debían. (*Salvamento de Voto* a la sentencia de septiembre 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 3676. Actor: Distribuidora de Equipos Industriales Amerex. Revisión de Impuestos. *Salvamento de Voto:* Doctor Miguel Lleras Pizarro). 781

102. INCORA

Declaratoria Jurídica de explotación económica. Por regla general el acto administrativo que crea un derecho subjetivo o reconoce una situación jurídica individual y concreta es irrevocable. Para proceder en contrario la administración debe para salvaguardar la garantía del debido proceso, exponer en qué consiste el error inicial o su falsedad o cuáles fueron las circunstancias que variaron.— Pues, bien, si la misma *Nación* que incuestionablemente es la principal interesada en que las fincas rurales se exploten adecuadamente, mediante un acto administrativo suyo reconoce ese hecho de explotación, no repugna que el respectivo propietario goce de

similares derechos a los logrados por aquéllos que obtuvieron la declaración judicial de explotación. Con este criterio debe interpretarse el alcance del parágrafo del Art. 3º del Decreto 1902 de 1962, que a la letra dice: "Si de la información previa obtenida por el Instituto resultare evidente que el fundo respectivo se encuentre explotado conforme a las exigencias legales, la resolución de que trata este Art. 1º, declarará así y ordenará suspender todo procedimiento, *sin perjuicio de que se reabra en cualquier momento posterior o se inicie uno nuevo, si las circunstancias variaren o fuere errada, falsa o incompleta la información anterior* (subrayas fuera del texto). Muestra la norma que se deja transcrita que fuera de la declaratoria judicial de explotación que consagra la Ley 100 de 1944 y que proyecta sus efectos durante 10 años el estatuto agrario permite la declaración administrativa oficiosa de explotación la que en principio, tiene los mismos efectos temporales que aquélla, sólo que por los motivos allí anotados podrá revocarse en cualquier momento posterior, claro está, antes de los diez (10) años, si las circunstancias variaron o si la información previa obtenida y que produjo la declaratoria de explotación, fuera errada, falsa o incompleta, sobra recordar que frente al acto administrativo no cabe hablar técnicamente de la cosa juzgada, máxime cuando, como en el caso concreto, la misma Ley autoriza por motivos específicos, la revocatoria. Por regla general el acto administrativo que crea un derecho, subjetivo o reconoce una situación individual y concreta es irrevocable y sólo podrá revocarse mediante la autorización expresa y escrita de su titular. Esto en principio porque si el acto mismo reserva de revocación por permitirlo así la Ley le sirvió de fundamento, nada impide que la Administración haga desaparecer el acto inicialmente expedido. No tendría sentido que éste tuviera que mantener un acto suyo tomado con base en informaciones erradas, falsas o incompletas. Lo que sí no puede hacer el Instituto es revocar sin motivo valedero alguno el acto de explotación sin que medien las pruebas de ese error de esa falsedad o de la insuficiente información. Y es precisamente aquí donde radica la falla del Incora en el presente asunto. Los motivos expuestos para reabrir el proceso de Extinción carecen de seriedad ya que las pruebas de la explotación practicadas a sus instancias y evaluadas por el mismo Instituto desarman su intento y muestran cómo no existió información con las características anotadas y exigidas en la Ley. Esta insuficiente justificación permite inferir que el Instituto tenía que respetar los 10 años que en ese entonces protegían el derecho del propietario cuyo fundo había sido declarado administrativamente como bien explotado y que el proceso de extinción que culminó con la resolución impugnada (02914) es nulo por ilegalidad. La administración para tal efecto, tenía que motivar. Pero no cumplía esa exigencia de cualquier manera. La motivación debía ser seria, suficiente y adecuada, características que no se dieron en la práctica, resultando además que el acto fue expedido en forma irregular. Y se tienen los motivos como insuficientes, puesto que los narrados en la resolución impugnada (a fl. 40 del c. p.) son simples afirmaciones que no demuestren, como era de rigor, porque los informes iniciales y que sirvieron de fundamento a la Resolución 4944 de 1964 estaban erra-

Páginas

dos o eran falsos. La simple confrontación de las diligencias de inspección judicial practicadas en las diferentes épocas, por sí sola, no prueba ninguna de estas circunstancias ni permite colegir que la información inicial era incompleta, porque tanto la una como la otra fueron practicadas por funcionarios del Incora, de igual o similar idoneidad profesional y en cumplimiento de sus funciones. Por lo demás, nadie ha puesto en duda, ni siquiera el mismo *Instituto*, la seriedad de la actuación de los que intervinieron en primer término. No acepta la Sala que el factor posterioridad, por ese solo hecho, tengan mayor fuerza y desconozcan de buenas a primeras las diligencias iniciales que se practicaron para la extinción de predio *"Verdun"*. Así, pues, debió la administración para salvaguardar la garantía del debido proceso, exponer en qué consistió el error inicial o su falsedad o cuáles fueron las circunstancias que variaron. No existe prueba de ninguna denuncia que corrobore siquiera uno de los extremos. El simple enunciado de las causales no suple el deber de motivar que tenía la entidad, derivado de la naturaleza misma del acto y sobre todo por ser desfavorable para los intereses del administrador. Entendiendo así el parágrafo del Art. 3º del Decreto 1902 de 1962, se concluye por qué esta norma no excede la potestad reglamentaria y por qué ella sí es una reglamentación a propiedad, expedida por el gobierno para la cumplida ejecución del Art. 6º de la Ley 200 de 1936, hoy en parte modificada en cuanto a su plazo, por el Art. 3º de la Ley 4ª de 1973. La interpretación hecha en la demanda, de ser aceptada, conduciría al absurdo de que la administración quedaría atada a un acto de extinción durante 10 años así éste se hubiera dictado con franco desconocimiento, y aún dolosamente, de la verdadera situación del fundo rural. Y si alguna duda quedara, la salvaría con creces el concepto del procurador agrario, doctor Jaime Burgos P., quien es enfático en afirmar que en el caso *sub judice* la administración no tenía razones valederas para decretar su extinción. (Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: José de la C. Barros. T. Exp. 1729. Autoridades Nacionales). . . 292

103. INCORA

Nulidad de la Resolución Nº 00295 de enero 29 de 1975 proferida por este Instituto, y la aprobación que le fue impartida por la Junta Directiva de dicho Instituto, en la misma fecha según acta Nº 420 por las cuales se declaró Extinguido El Derecho de Dominio sobre el predio "La Popa" en el Municipio de Cabrera Departamento de Antioquia.— El señor Fiscal Segundo de la Corporación conceptúa que deben anularse las Resoluciones acusadas. Al, efecto, hace las siguientes consideraciones: ". . . . . No obstante que el actor no acompañó copia auténtica de la declaración descriptiva del inmueble, requisito para poder recurrir al Contencioso en demanda de revisión es lo cierto que en la Resolución 00295 de enero 20 de 1975, acto causado aparece que el propietario de la finca "La Popa" sí presentó dicho documento y por lo tanto debe entrarse al fondo del asunto. Para respaldar las aseveraciones contenidas en la de-

manda el actor solicitó abundantes pruebas; a fl. 35 del C. N. 2 se encuentra la declaración rendida por Sixto Trespalacios; al folio 48 las rendidas por Hugo Sánchez y otras. De la lectura de estas declaraciones se desprenden varios puntos esenciales: en primer lugar, que sí se presentaron hechos de violencia que determinaron el transitorio abandono por parte del propietario del inmueble "La Popa" de su explotación económica. Tales hechos se tradujeron en el incendio de la casa de habitación, el envío de "boletas" en las cuales se proferían amenazas contra la vida del doctor Aureliano Restrepo dueño de la finca, etc. Para la Fiscalía, dichas declaraciones por la calidad de los testigos, abogados notables como Alfonso Palacio C. comerciantes, ganaderos que tuvieron ganados a utilidades en la finca "La Popa" (declaración de Hernán Sánchez) etc., son suficientes para producir la convicción de la veracidad de sus afirmaciones. "El otro punto importante que se desprende de dichas declaraciones es el relacionado con la explotación de la finca por parte de su propietario. Todos los testigos conocieron la finca, la visitaron con alguna frecuencia y por eso afirman que el doctor Restrepo sí explotó la finca "La Popa" con ganados y con cultivos y dicha explotación la efectuó el propietario con anterioridad a 10 años contados hacia atrás desde la fecha de la resolución. Es muy importante tener en cuenta sobre este punto la calidad de los testigos, ya que uno de ellos fue el mayordomo de la finca, otro tuvo ganados de su propiedad pastando en la finca "La Popa" y otros eran vecinos de la propiedad de que es objeto este litigio. Se desprende de todas sus declaraciones que, cuando la situación de orden público era normal, el doctor Restrepo explotaba su finca adecuadamente y por lo tanto se puede afirmar que cumplía con la función social que debe tener la propiedad; si esa explotación se interrumpió no fue por negligencia de su propietario sino porque el Estado no le garantizó ni su vida, ni sus bienes y por lo tanto no es justo que el mismo Estado saque provecho de esa situación. Las declaraciones de los testigos encuentran respaldo en la diligencia de Inspección Judicial practicada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por comisión conferida por el Consejo de Estado visible el acta a folios 75 y siguientes y con el dictamen pericial visible a folios 88 y siguientes. Si se examinan estas dos pruebas vemos que están completamente comprobados los dos hechos de que se ha venido hablando en este concepto, o sea: a) que hubo explotación económica del predio "La Popa" y b) que en dicho predio se presentaron hechos de violencia que impidieron a su propietario continuar dicha explotación". Aunque las consideraciones anteriores serían suficientes para la prosperidad del libelo inicial del litigio, no sobran las siguientes: a) Aunque la prueba de la explotación económica, según la Ley, pesa sobre el propietario, dentro del proceso administrativo de extinción del dominio, ello ha de entenderse que es necesario cuando el Incora, da por establecido, en las visitas previas, el abandono del predio referido, mas no cuando sucede, como en el caso de autos, que tales diligencias apenas demuestren una inadecuada explotación o un abandono parcial, circunstancias reguladas en la Ley de reforma agraria como motivos determinantes de una forma de pago, en caso de expropiación, distinta de el pago que debe hacerse de las zonas adecua-

Páginas

damente explotadas, pero que no genera la extinción del dominio. Para que este fenómeno ocurra, a tenor de las Leyes 200 de 1936, 100 de 1944 y 4ª de 1973, es preciso que se configure el abandono de la propiedad rural, por carencia de actos de señor y dueño, durante 10, 15 o 30 años, según la disposición aplicable. b) Aparece de autos, plenamente comprobado, que hasta la primera visita del Incora, el demandante estaba explotando normalmente su finca, sin invasiones, sin colonos, sin problemas, los que sobrevinieron, coincidencialmente, a raíz de tal visita, con insistentes rumores en la región, de que tales atropellos eran auspiciados e inducidos por el Incora. c) En tales circunstancias, incendian la casa principal de la finca, se roban las cercas, amenazan, por escrito al propietario y lo obligan, de ese modo, a abandonar la explotación, directa de su propiedad, ante la inútil queja elevada ante las autoridades policivas de la Zona. d) Los trabajadores, mayordomo, y peones, truncan su condición de empleados por la de invasores, y es esta situación, creada a raíz de la primera visita del Incora, con su culpa o sin ella, la que se esgrime como fundamento de la resolución acusada, es decir, a la falta de protección debida a todos los ciudadanos, a los atropellos sufridos por el propietario, se suma, como última etapa, la extinción del dominio. e) Por lo demás, la misma Acta del Incora, reconoce la existencia de zonas boscosas que dada la topografía del terreno, deben ser conservadas y, por lo mismo su conservación implica la normal explotación de los mismos. (Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Aurelio Restrepo y otra. Exp. 1826. Autoridades Nacionales). 299

104. INCORA

Régimen jurídico de los trabajadores del Instituto. Vinculación de carácter contractual. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es competente para dirimir las acciones en las cuales se controviertan actos que provengan directa o indirectamente de contratos de trabajo.— Los Estatutos del Incora, fueron aprobados por medio de los Decretos 3737 de 1961, y 2849 de 1968, cuyo Art. 57, prescribe lo siguiente: "régimen jurídico de los trabajadores del instituto. Los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tendrán el carácter de *trabajadores oficiales*". (Subraya la Sala). En tal virtud, el vínculo jurídico existente entre el señor Díaz Vega y el Incora fue el contractual de naturaleza laboral, sin que, como acertadamente lo anota la Fiscalía, tenga importancia el hecho de que el contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito, ya que como lo ha sostenido esta Corporación, la esencia de los respectivos contratos de trabajo, aun cuando ellos no se realizaren por escrito —si esto ha ocurrido— el Art. 7º del Decreto 3135 de 1968, previene para ese evento que "se entiende celebrados conforme al modelo oficial correspondiente" (Sentencia de junio 26 de 1974). Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Laboral— en fallo de octubre 9 de 1974, consideró que los servidores del Incora tienen el carácter de trabajadores oficiales, de acuerdo con las normas antes mencionadas. No puede alegarse que el Decreto por el cual se aprobaron los Estatutos, es de inferior jerar-

Páginas

quía que el Decreto 3135 de 1968, que establece la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los efectos del artículo 57 citado anteriormente, porque no existe entre ellos contradicción alguna, pues el 3135 dispone que en los Estatutos de los Establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, que es, ni más ni menos, lo que ya había determinado el aludido artículo 57 del Decreto 3737 de 1961. Por ello la clasificación de los servidores que se hace en dicha norma, en manera alguna es contraria al precepto del Decreto 3135 de 1968, sino que cumple el ordenamiento contenido en éste, no obstante haberse dictado los Estatutos del Incora con anterioridad, pues éstos ya habían establecido, de antemano, lo dispuesto en el Decreto tantas veces mencionado. De consiguiente, como el Incora, para el 11 de noviembre de 1973 según constancia que obra al folio 229 del proceso, no había expedido nuevos estatutos, deben considerarse vigentes los que fueron aprobados por medio de los Decretos 3337 de 1968 y 2849 de 1968, principalmente para aplicarlos al caso de autos, en lo que se refiere al Art. 57 que como ya se expresó, preceptúa que sus funcionarios, empleados y obreros tienen el carácter de trabajadores oficiales. Estando, entonces en vigencia esta norma, en la fecha antes indicada, por cuanto los estatutos no fueron reformados, debe dárseles cumplimiento a los mismos en lo relativo a la clasificación de los servidores del Incora. De lo anteriormente dicho se desprende que entre el demandante y el Incora existió una vinculación de carácter contractual, de acuerdo con el sistema estatutario que la rige, tratándose de un trabajador oficial. En esas condiciones, el Consejo de Estado, no es competente para conocer del presente juicio, razón por la cual deberá declararse inhibido para decidir el fondo del asunto, por falta de competencia, pues de conformidad con el Art. 2º del Código de Procedimiento Laboral y con el Art. 30 del Decreto 528 de 1964, la jurisdicción laboral ordinaria, conoce de los conflictos jurídicos que emanen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y en cambio, la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para dirimir las acciones en las cuales se controviertan actos que provengan de tales convenios. (Sentencia de octubre 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Gilberto Díaz. Exp. 1614. Autoridades Nacionales). 275

105. INDEMNIZACION DE PERJUICIO

Derivada de actos administrativos laborales basados en la presunta comisión de un delito y previos al proceso penal terminado con sentencia de sobreseimiento definitivo.— La decisión de un empleado de la Contraloría General de la República, por la cual se suspende en el ejercicio de sus funciones al inculpado, es un acto administrativo previo a las actuaciones judiciales propiamente dichas, de manera que si en el proceso penal no se condena al funcionario, el Estado debe resarcir los perjuicios ocasionados en atención a que toda actuación judicial provino de un acto administrativo que estimó la

Páginas

comisión de un delito, pero que ante la autoridad competente no fue probado. Y así, en el fondo, podría dar lugar a una indemnización derivada de los actos administrativos de carácter laboral por actuaciones preliminares al proceso penal. Ya esta Corporación en anterior oportunidad estableció que si el empleado no puede continuar prestando sus servicios a la Administración, en razón de haber sido separado de éstos por causa de una investigación penal y por el hecho de ordenarse su detención si posteriormente no sufre condena alguna, es natural que el Estado deberá resarcirle los perjuicios ocasionados, ordenando su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que estuvo separado del cargo que desempeñaba. Así se decidió en el fallo de fecha 10 de marzo de 1972, al dirimir el juicio del señor Luis A. Acosta Gómez, del que fue sustanciador el Consejero que redacta la presente providencia. (Anales del Consejo de Estado Año XLVII. Tomo LXXXII. Pág. 242). Tesis esta que reitera la Entidad, más aún cuando en el caso *sub lite*, la suspensión del demandante provino de un acto expedido por un funcionario de la Contraloría General de la República, que acusó al empleado reclamante, lo cual está demostrando que se trata de una actuación esencialmente administrativa. (Sentencia de julio 25 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 5870 del Ministerio de Obras Públicas. Actor: Pedro Tejada Jovel. Expediente 3135. Resoluciones Ministeriales). 172

106. INDERENA

Decreto Ley 2811 de 1974. Mientras esté en trámite una solicitud hecha a la administración, y cambie la ley, debe estarse a lo que la nueva ley establece.— Se pregunta a la Honorable Sala: Teniendo en cuenta que en principio lo solicitado por la empresa maderera es solo un permiso de estudio de un área de más de 10.0000 hectáreas de bosques de dominio público con la expectativa de obtener posteriormente un aprovechamiento forestal persistente de esta área de conformidad con las disposiciones legales, puede continuarse el trámite de permiso de estudio o debe la empresa solicitar el área en concesión y, por consiguiente, someterse a licitación pública. con la prioridad de que trata el artículo 56 del Decreto Ley 2811 de 1974, o sin ella? En relación a la presente consulta, y concretamente a la pregunta con que ella termina, se tiene: Una persona había solicitado un permiso de estudio de un área de bosques de más de 10.000 hectáreas con el fin de obtener posteriormente un aprovechamiento forestal. Esta solicitud la hizo estando en vigencia una regulación legal sobre la materia, pongamos el caso la Res. 0831 de 1969. Posteriormente y estando en trámite esa solicitud, la legislación sobre permisos de estudio con el fin de obtener un aprovechamiento forestal, fue cambiada, lo mismo que la legislación sobre el aprovechamiento forestal. En este caso, que es el de la consulta, debe estarse a la legislación vigente, y no a la que imperaba en el momento en que se hizo la solicitud y se siguió durante parte de la tramitación, porque en esta situación ni el particular ha obtenido ningún derecho ni la administración está sujeta a continuar una

tramitación que fue derogada, esto por claros principios de aplicación del derecho. Y por esos mismos principios, y en la situación que se ha descrito, debe estarse a la nueva legislación que es la que impera, la obligatoria. Así, en general, si un particular hizo una solicitud a la administración, está en trámite esta solicitud, y cambia la ley, debe estarse a lo que esta ley establece: a las condiciones para solicitar el permiso, a los requisitos, a los derechos que de este permiso se deriven, etc. Muy distinto es el caso, que no es el de la consulta, si esta solicitud de permiso de estudio sobre un área de bosques para su posterior aprovechamiento, ya ha sido concedida puesto que en esta situación el particular es titular de un derecho, derecho que debe ser protegido, y, concomitantemente, la administración adquirió determinadas obligaciones que tiene que cumplir. Sobre este último aspecto ya dijo la Sala en alguna ocasión: "... la Sala responde que los permisos de estudio sobre recursos forestales concedidos legalmente dentro de la vigencia de la Resolución 831 de 1969 subsisten bajo el régimen del Decreto 2811 de 1974 por todo el tiempo que al iniciarse la vigencia de éste faltare para cumplirse el término señalado en los respectivos actos que los otorgaron, pero su desarrollo debe acomodarse a las nuevas prescripciones del Código citado" "Si se respeta la titularidad de un permiso después de iniciada la vigencia de otra ley, es lógico que las facultades que se deriven de esa situación no sean aquéllas que establecía la ley cuando se constituyó el derecho, sino las nuevas, más actuales y acordes con los intereses y las necesidades expresados en la legislación presente". Se han transcrito estos apartes para que se vea que la diferencia es muy clara: en este último caso, los permisos ya habían sido concedidos, existía la titularidad de un derecho, mientras que en el sometido a estudio es muy distinta la situación: al particular ni se le ha concedido el permiso ni es titular de un derecho. 2º En el caso sometido a estudio debe irse a la legislación vigente, principalmente al Decreto 082 de 1970 que determina cómo pueden otorgarse aprovechamientos forestales: por concesión cuando se trata de áreas de más de 10.000 hectáreas y por permiso directo cuando se trata de áreas de menor extensión, y al Acuerdo 29 de 1975 que regula los modos de adquirir el aprovechamiento forestal, determinando entre otras materias, lo relativo a los permisos de estudio. 3º No es aplicable el artículo 56 del Decreto 2811 de 1974 que establece una prioridad cuando se trata de licitación puesto que este artículo dice textualmente que "Los titulares tendrán prioridad sobre otros solicitantes de concesión" (...)", y en el caso que se ha sometido a estudio de la Sala, y como se ha visto, no se trata de titulares de un permiso de estudio. Por lo expuesto, no debe continuar la administración el trámite del permiso, y la empresa debe decidir, según lo establecido por el Decreto 092 de 1970, si opta por una concesión mediante una licitación o un permiso directo (artículos 1º y 2º); además no existe para esa empresa o persona la prioridad del artículo 56 del Decreto 2811 de 1974. (Concepto de diciembre 5 de 1977. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura. Rad. 1181. Publicación autorizada con Oficio Nº 9950). 27

Páginas

107. INDUSTRIA NACIONAL. CONTRATOS DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben preferir la producción de la Industria nacional en la adquisición de los bienes muebles. Tutela Gubernamental y sujeción, a las disposiciones sobre la organización de la economía nacional de dichas empresas.— Controles sobre el cumplimiento de las normas para protección de la industria nacional, sobre adquisición de bienes muebles. De otra parte, el Capítulo IX del Estatuto contiene normas sobre protección *a la industria nacional*, y en el artículo 180 establece que "En la adquisición de bienes muebles que hagan *las entidades* a que se refiere el presente decreto deberá preferirse la producción de la industria nacional, conforme a las normas contenidas en los artículos siguientes. 4º Con base en las anteriores normas, complementadas con otras que se citarán, la Sala hace algunas puntualizaciones que *la autorizan para opinar que las empresas industriales y comerciales del Estado deben preferir la producción de la industria nacional en la adquisición de los bienes muebles.* Veamos: A) Es principio del Código Civil, artículo 28, sobre interpretación de la ley, que cuando el legislador haya definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal. Al respecto, cuando en las normas antes transcritas se utilizan las expresiones "administración descentralizada", "Entidades descentralizadas", "Organismos descentralizados", o simplemente "entidades" como la hace el artículo 180, quedan comprendidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado *por expresa definición legal* contenida en el Decreto Ley 3130 de 1968, Estatuto Orgánico de las entidades descentralizadas del orden Nacional, y a ese significado hay que estarse. Aunque es cierto que el texto del artículo 180 no menciona las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, también lo es que por estar *incluidas* en la expresión "entidades" de la disposición, puede aseverarse *la expresa referencia* para los aspectos de la consulta de *conformidad con la clara definición legal que acaba de transcribirse*. Por que al observarse también que el Capítulo IX sobre la Protección de la Industria Nacional es parte de un todo que es el Decreto 150 de 1976, y que su ubicación es posterior a la reglamentación de las varias clases de contratos, debe hacerse entre toda esa regulación la debida armonía. Precisamente el Código Civil sobre la interpretación de la ley dice que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. En todo caso se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación (Art. 30 y 32). Cuando el Gobierno Nacional en el Estatuto Contractual dictó normas de Protección a la Industria Nacional fijó una política en la materia a la que no pueden sustraerse las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, sino que por el contrario deben sujetarse. Precisamente el artículo 7º del Decreto Ley 1050 de 1968 establece que la tutela gubernamental a que están sujetas tiene por objeto el control de sus actividades y la coor-

Páginas

dinación de éstas *con la política general del gobierno.* De otra parte, el Decreto Ley 3130 del mismo año, dice que, además, ajustadas sus funciones y actividades a las normas que regulan el funcionamiento del sector gubernamental dentro del cual operan, participarán en la formulación de la política, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos, y que sus Juntas Directivas serán presididas por el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, o sus delegados, a cuyo despacho se halle vinculada la respectiva Empresa (Artículos 8º y 9º). Es que la circunstancia de que, en principio esta clase de entidades descentralizadas determine sus contratos por el derecho privado, no tiene la amplitud de que queden completamente desligadas; independientes, de las disposiciones *sobre la organización de la economía nacional,* porque su naturaleza, siempre con ciertas facilidades de acción, no deja de ser totalmente conformada con patrimonio del Estado. Sería un contrasentido que siendo Estado estuviera en materia tan fundamental, como la económica ajenas a las restricciones del mismo Estado. El cumplimiento de las disposiciones existentes y de los reglamentos dictados o que se dicten para la protección de la Industria Nacional sobre adquisición de bienes muebles, corresponde a los funcionarios competentes para celebrar los correspondientes contratos (Art. 188), y cualquiera inobservancia podría acarrear la nulidad absoluta o relativa de la celebración (Arts. 189 y 190), con los posibles efectos de Responsabilidad Civil según el Título XII del referido Estatuto Contractual. Asimismo, es de recordarse que el Control Fiscal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado está a cargo de la Contraloría General de la República mediante el Control Posterior, siempre el General o Perceptivo, y podría ocurrir el Control Previo, en los términos de la Ley 20 de 1975, el Decreto Ley 925 de 1976 dictado con base en las facultades concedidas en esa misma ley, y que la Procuraduría General de la Nación tiene por virtud de la Ley 25 de 1974 la Procuraduría Delegada para la vigilancia de la contratación Administrativa. (Concepto del treinta de septiembre de mil novecientos setenta y siete. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta del Ministro de Obras Públicas y Transporte. Autorizada con oficio Nº 43180. Radicación Nº 1171). 13

108. INTERVENCION DE TERCEROS

En proceso de plena jurisdicción la Sociedad interviniente podrá cumplir los actos procesales permitidos a la demandante, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio.— En el proceso contencioso administrativo la intervención de terceros está regulada, aunque esquemáticamente, por el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo. Pese a ello la jurisprudencia ha ampliado algo sus términos y en ocasiones ha sostenido que esa intervención puede ser tanto de partes principales como de simples adherentes o partes secundarias. Con todo, la orientación en el segundo sentido ha sido más marcada. La nor-

Páginas

ma en cuestión permite que esa intervención se produzca tanto en el contencioso de anulación como en el de plena jurisdicción, pero con las precisiones que se enuncian a continuación: mientras en el proceso de anulación cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para impugnar o coadyuvar la demanda, sin tener que demostrar para el efecto ningún interés especial y bastándole sólo el de simple legalidad que se presume en toda persona, en el de plena jurisdicción sólo se reconoce ese derecho a intervenir a quien acredite un interés directo en las resultas del juicio; en otras palabras, a quien sea titular de un derecho subjetivo o de un derecho reflejo vulnerado por el acto. Importa para el caso la segunda posibilidad, dada la petición concreta formulada por la firma aseguradora y por tratarse precisamente de un proceso de plena jurisdicción instaurado contra el acto administrativo expedido por el Incora y en el cual resulta comprometida su responsabilidad contractual como garante. El interés para intervenir resulta obvio, toda vez que la ejecutoria del acto de caducidad implicaría para la compañía de Seguros la obligación de pagar las garantías otorgadas. El hecho de que esta misma sociedad haya podido demandar independientemente el acto administrativo como parte directamente afectada con la medida, no le quita fundamento a la coadyuvancia pretendida y antes, por el contrario, muestra inequívocamente el interés para hacerlo. Y tampoco puede sostenerse que por el hecho de no haber demandado la compañía de Seguros como parte principal ya no pueda hacerlo como coadyuvante, porque las oportunidades para una y otra intervención son diferentes. Mientras la que instaura la acción tiene que someterse a los términos de caducidad, la coadyuvancia o la impugnación no tienen limitación temporal ya que esa intervención puede hacerse en toda la extensión del proceso, encuéntrese éste en la primera o segunda instancia. Con la salvedad, si, de que la interviniente toma del proceso en el estado en que esté cuando se le aceptó como parte. Y esta coadyuvancia en la forma pretendida, que puede calificarse como meramente adhesiva o secundaria, encuentra su justificación en el hecho de que si bien los efectos jurídicos de la sentencia no se salen de las partes en contienda (la contratista y la administración) la aseguradora puede resultar afectada desfavorablemente si aquella es vencida. En tales condiciones la sociedad interviniente podrá cumplir los actos procesales permitidos a la demandante, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio. La relación sustancial que exige la ley entre la firma contratante que se presenta como parte actora y la Compañía de Seguros Colombia está plenamente acreditada en el proceso, ya que ésta otorgó las pólizas de cumplimiento exigidas para la celebración del contrato. (Auto de noviembre 29 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Soc. Construcciones. Saab Exp. 1857). 857

109. INTERVENCION ECONOMICA DEL ESTADO

Artículo 32 de la Constitución Nacional. Ley 7ª de 1943. Ley 155 de 1959. Decreto Legislativo Nº 149 de enero 27 de 1976. Ley 28 de

1976. Intervención en el precio de las drogas efectuado por el Ministerio de Salud. Facultades de origen legislativo y de naturaleza legislativa.— Se acusa, en primer término, la Resolución 5886 por ser violatoria de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, e indirectamente, del artículo 32 de la Carta. En concepto de la Sala, los citados textos de la Ley 7ª de 1943 fueron reiterados por el artículo 17 de la Ley 155 de 1959 el que es del siguiente tenor: "Artículo 17. En cumplimiento del artículo 32 de la Constitución Nacional, el Ejecutivo podrá intervenir en la fijación de los precios con el fin de garantizar tanto los intereses de los consumidores como el de los productores y comerciantes. La fijación de precios podrá realizarla el Gobierno, como una de las medidas que se tomen con base en la investigación que se haya verificado de acuerdo con esta ley, y para los productos o servicios de la empresa objeto de la investigación. "Igualmente el Estado podrá adoptar las siguientes medidas: "a) Fijar un plazo perentorio para que cesen las prácticas, sistemas o procedimientos prohibidos; "b) Someter a la empresa o empresas cuyas prácticas se investigan, a la vigilancia de la respectiva entidad encargada del control, por un tiempo determinado, en cuanto a su política de producción, costos, distribución y precios, y con el solo fin de comprobar que la empresa o empresas acusadas no continúan ejerciendo las prácticas comerciales restrictivas que dieron lugar a la investigación". Basta comparar el artículo transcrito con los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, para percatarse de lo dicho: "Artículo 1º Ley 7ª de 1943. 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 2º. Ley 7ª de 1943. El Gobierno dictará medidas de control que sean necesarias para el cumplimiento de los fines que persigue esta Ley, y así podrá fijar: los precios máximos de venta o los mínimos en los distintos mercados del país, de los artículos señalados en la disposición anterior; las condiciones para otorgar las licencias de importación, exportación y venta; las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden y la creación de los respectivos servicios". La Ley 155 de 1959 regula la misma materia de que tratan los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943, a saber, la intervención del Estado, con base en el artículo 32 de la Constitución, en los precios de los productos de primera necesidad (víveres, drogas, etc.). No puede, pues, existir el quebranto directo de los citados textos de la Ley 7ª, e indirecto del artículo 32 de la Carta, si aquélla fue derogada por la Ley 155 de 1959. No obstante, la Sala considera que la Ley 155 de 1959, complementó, sin derogar, los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1943. Se acusa, también, la Resolución 5886 por quebranto directo del artículo 17 de la Ley 155 de 1959 e indirecto del artículo 32 de la Constitución, en cuanto la citada ley atribuyó la intervención al "Gobierno" y la Resolución 5886 fue dictada por el Ministro de Salud, el que por sí solo no es el Gobierno. Aunque nada se diga sobre el particular en el acto acusado, aparece de su contexto que el Ministerio de Salud obró en uso de las atribuciones que le fueron conferidas por el artículo 2º, letra b), del Decreto Legislativo Nº 149

Páginas

de enero 27 de 1976, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 28 de 1974. Ese precepto modificó, a su vez, el artículo 17 de la Ley 155 de 1959, en el sentido de que se encomendó la intervención prevista en la Ley 155 de 1959 (en desarrollo del artículo 32 de la Carta) al Ministro de Salud, cuando de drogas se tratare. Obsérvese que el artículo 32 de la Constitución habla de "Intervención del Estado" no del "Gobierno". Por tanto bien puede la ley ordenar que la referida intervención la ejercite un Ministro o un Superintendente, que fue lo que hizo del Decreto Ley 149 de 1976. Por tanto, debe concluirse en que el literal B) del artículo 2º del Decreto 149 en referencia, constituye suficiente fundamento para la intervención en los precios de las drogas, efectuado por el Ministerio de Salud en el acto acusado, el cual constituye una aplicación del citado Decreto Legislativo, el que es, a su vez, aplicación del principio de la intervención económica prevista por el artículo 32 de la Carta como, una medida sujeta al mandato del legislador, legislador que puede ser el ordinario, esto es, el Congreso, o el extraordinario, o sea, el Presidente de la República, pues el A. L. Nº 1 de 1968 no reprodujo la prohibición contenida en el A. L. Nº 1 de 1936, en virtud de la cual le estaba vedado al Presidente efectuar la intervención por medio de decretos dictados en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al Primer Mandatario, en ejercicio de lo dispuesto por el artículo 76, numeral 12 de la Carta. Por tanto, si el Decreto Legislativo Nº 149 de 1976 ordenó la intervención en los precios de los bienes y servicios determinados en los artículos 1º a 6º del mismo Decreto, en desarrollo del artículo 32 de la Constitución y adscribió esa intervención al Ministro de Salud, modificó, en lo que le sea contrario, la legislación anterior. Encuentra la Sala que el acto acusado se ajusta a la ley que ordenó la intervención, y no viola el artículo 32, C. N. En efecto, como lo ha sostenido esta Corporación, la intervención del Estado, por mandato del legislador, conforme a este precepto, no pertenece a la categoría normativa del numeral 11 del artículo 76 de la Carta, sino que integra una clase diferente de normas a saber, las que facultan al Estado para la intervención ordenada por el legislador, facultades de *origen* legislativo y de naturaleza legislativa, desde el punto de vista material, e indefinidas en el tiempo, mientras la ley de intervención esté vigente; aunque no sean ilimitadas en su materia, pues ésta se halla delimitada por el mandato mismo de intervención y por las demás normas de la Constitución que adscriben al Congreso la expedición de cierta clase de normas, como las leyes cuadros o la regulación o limitación de las actividades o profesiones de los particulares, o la expedición de Códigos en las distintas ramas de la Legislación, etc. (Arts. 76, 39, etc. Constitución Nacional). De otra parte, al fijar el Gobierno, en acto ya no general y abstracto sino individual y concreto el precio de las diversas drogas, queda expedita a los afectados con ese acto, la acción de plena jurisdicción para obtener la fijación de un precio legal y equitativo. (Sentencia de noviembre 30 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Hugo Palacios M. Exp. 2657). 110

Páginas

J

110. JURISPRUDENCIA

Decisión de la Sala Plena respecto al concepto de jurisprudencia y lo que debe entenderse por tal, en relación con lo establecido por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975.— El demandante invoca como jurisprudencia contrariada la contenida en la sentencia de mayo 24 de 1976 con ponencia del doctor Alfonso Arango Henao. El pretendido recurso lo establece la norma invocada en estos términos: "Art. 2º habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictada por una de las Secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoje doctrina contraria a alguna *jurisprudencia*" (subraya la Sala). Siguiendo las normas generales de hermenéutica para la Sala debe entenderse por jurisprudencia palabra que se ha subrayado en el texto de la Ley, lo que tiene definido el Reglamento de esta Corporación en estos términos: "Art. 13. Para efectos del Art. 24 del Decreto Ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena Contenciosa, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto". De tal suerte que, ante la claridad de las normas legal y estatutaria que se han dejado transcritas, debe concluirse, necesariamente, que no se está cambiando una jurisprudencia, sino simplemente se ha sustentado, en el mejor de los casos, criterios diferentes en el fallo de 24 de mayo de 1973 y el que ahora se pretende suplicar. A pesar de que el inc. 2º del Art. 2º de la Ley 11 invocada, dice que "En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada", lo dicho anteriormente indica que deben citarse, cuando menos, dos fallos acordes para entender que existe jurisprudencia del Consejo de Estado, según se ha visto. Pero a pesar de esta omisión de forma, cabe expresar, como fundamento de la decisión que se tomará, que el Art. 13 del Reglamento del Consejo de Estado considera como jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un punto de derecho. Pero, en este caso, en una parte, fuera de la sentencia de mayo 24 de 1973 no se ha proferido otra decisión igual a la invocada. (Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo S. Actor: Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla. Exp. 10.107. Con *Salvamento de Voto*: Doctores Humberto Mora Osejo, Jorge Valencia Arango). 844

111. JURISPRUDENCIA

Salvamento de Voto.— Con todo respeto me separo de la anterior decisión, mayoritariamente acordada, por las razones que sintetizo a continuación: A) Es base fundamental del fallo anterior, la de que para que pueda hablarse de jurisprudencia del Consejo de Estado, se requieren, por lo menos, dos decisiones uniformes sobre el respectivo punto jurídico, por aplicación del Art. 13 del Reglamento interno de la Corporación. B) El Art. 2º de la Ley 11 de 1975, expresamente dice que en el escrito en que se interponga el recurso

Páginas

de súplica, "se indicará precisamente la providencia en donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada", lo que claramente indica que basta una providencia para que exista jurisprudencia". C) "Jurisprudencia", viene de *"juris prudente"*, *"juris dictio"*, "decir el derecho", que es precisamente la función del Juez. Basta, pues, que haya interpretación de la ley en un fallo judicial, para que exista jurisprudencia, lo que está solamente de acuerdo con el texto claro, expreso, inequívoco del Art. 2º de la Ley 11 de 1975, cuya literalidad no puede desatenderse so pretexto de consultar su espíritu. D) La tesis mayoritaria, permite llegar al absurdo de que acogida por la Sala Plena una determinada tesis jurisprudencial en un caso dado, el mismo día o al día siguiente en sus fallos tesis contrarias, con el argumento de que aún no hay jurisprudencia. E) El Art. 13 del Reglamento, implica una reglamentación del Art. 24 del Decreto Ley 528 de 1964, y, por lo mismo, resulta ineficaz, por inconstitucionalidad, como que la ley sólo puede ser reglamentada por el Gobierno, al tenor del ord. 3º del Art. 120 de la Constitución Política. (*Salvamento de Voto* del Consejero doctor Jorge Valencia Arango, a la sentencia de la Sala Plena de agosto 10 de 1977 en que fue ponente el Consejero Doctor Carlos Aníbal Restrepo. Exp. 10.107). 846

112 JURISPRUDENCIA

Salvamento de Voto.— La mayoría declaró infundado el recurso de súplica porque estimó que, según el Art. 13 del Reglamento del Consejo de Estado, el recurrente debió indicar por lo menos dos providencias en las cuales se exponga la jurisprudencia que se reputa contrariada. Pero que, como no se ha expedido una sentencia igual a la proferida el 24 de mayo de 1973, invocada como fundamento del recurso, la del 12 de julio de 1976 no implica cambio de jurisprudencia. No comparto el criterio de la mayoría por lo siguiente: 1º) El recurso de súplica está regulado específicamente por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975, cuyo inciso 2º prescribe, con absoluta claridad, que el recurrente debe indicar "precisamente *la providencia* en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada" (subrayo). De manera que es claro que el precepto transcrito sólo exige que se indique una "providencia". 2º) El Art. 2º de la Ley 11 de 1975 regula un procedimiento jurisdiccional. Por lo mismo, ni aún en caso de duda, sería aplicable el Art. 13 del Reglamento del Consejo de Estado porque, si lo fuere, violaría el Art. 141, ord. 3º de la Constitución Nacional según el cual el Consejo de Estado ejerce, entre otras atribuciones, la de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo "conforme a las reglas que señale la Ley", no el reglamento de esta Corporación que, como ella así lo ha entendido, sólo regula su funcionamiento interno. 3º) Por consiguiente, la Sala debió confrontar la sentencia proferida por la Sección Primera, el 12 de julio de 1976 objeto del recurso de súplica, con la doctrina expuesta en la del 24 de mayo de 1973, invocada como contraria, para deducir de ese conjunto si hubo o no cambio de jurisprudencia. 4º) Además, la mayoría declaró que "no prospera el recurso de súplica", como una decisión de fondo o de mérito, por un motivo procesal que, según el criterio que sustenta, lógicamente debió inducirla a abstenerse de examinarlo, a saber: que el recurrente no invocó la

Páginas

jurisprudencia expuesta en dos sino en una *sola providencia*. Afirma oficiosamente, sin que esto fuera pertinente, que no se ha dictado otro igual, pero de ello no hay prueba en los autos, pues el Relator sólo informó que, a su juicio, "la jurisprudencia sobre potestad reglamentaria, en lo tocante con el punto debatido, que comparte la providencia citada por el recurrente, no ha sido modificada con posterioridad". (*Salvamento de Voto* del doctor Humberto Mora Osejo, a la sentencia de la Sala Plena de fecha agosto 10 de 1977. En que fue ponente el Consejero Carlos Aníbal Restrepo. Actor: Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla. Exp. 10.107). 847

L

113 LEYES ESPECIALES Y ORDINARIAS

Clasificación en virtud de la cual se distinguen.— Y esto no es tan arbitrario como parece considerarlo la consulta del señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación. De las Leyes hacen los tratadistas de derecho público una clasificación en virtud de la cual cabe distinguir entre leyes aprobatorias de tratados públicos; leyes normativas u orgánicas; leyes que enmarcan o gobiernan actividades administrativas referentes, por ejemplo, al crédito público, al comercio exterior, al cambio interior, al arancel aduanero, al servicio de la deuda, etc., y, finalmente leyes ordinarias. Los estatutos que se refieren a las materias mencionadas anteriormente y las que pueden llamarse leyes ordinarias, tienen la misma categoría: son leyes, en cuanto son expresión de la voluntad del legislador, que tienen precisamente la facultad de expedirlas, dentro de las atribuciones, limitaciones y requisitos que fija la Constitución Nacional. Pero no hay duda de que algunas tienen cierto carácter especial que las sustrae de la condición de leyes ordinarias, para darles fuerza y aplicación preferencial en determinadas materias o ramas de la administración pública. Esto se ve muy claro en el caso de leyes aprobatorias de tratados públicos, de la ley normativa del presupuesto de las que reglamentan el crédito público y establecen el arancel aduanero, etc. De acuerdo con lo anterior, la ley en virtud de la cual la remuneración de los empleados públicos no podrá exceder en ningún caso y por ningún concepto de la que corresponda a los Ministros del Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos, es ley que tiene fuerza especial, que abarca todos los órdenes de la Administración Pública y que como tal prevalece sobre la que fijó en la tercera parte de su sueldo, los gastos de representación de los altos funcionarios de los Establecimientos públicos. Ambos son leyes, pero la primera se clasifican sin género alguno de duda, entre las que enmarcan y fijan límites de ciertos actos, como el que señala los sueldos de los empleados públicos. Las disposiciones que sobre esta materia se dicten, están subordinadas a la norma o prohibición de que se viene tratando (ord. 9º Art. 76 y ord. 21 Art. 120 de la Constitución Nacional). Resumiendo todo lo anterior la Sala considera que los gastos de representación decretados en favor de los funcionarios de los establecimientos públicos, tienen efectividad en cuanto sumados al sueldo no se exceda

Páginas

la remuneración de un Ministro si se excede, los gastos de representación no puede ser la tercera parte del sueldo sino la cantidad que sumada a la remuneración alcance cuando más, a la asignación o sueldo del ministro. Es decir: es forzoso reducir los gastos de representación para que no se viole la norma según la cual ningún empleado pueda devengar remuneración superior a la de los funcionarios mencionados. Por último observa la Sala que la reducción que en ciertos casos será forzoso hacer para que la remuneración no supere la que la misma ley ha establecido como límite no puede hacerse del sueldo o salario que el funcionario respectivo le corresponda en la escala de remuneración. Este es intocable, a juicio de la Sala, porque es en principio la contraprestación que el Estado otorga al empleado en razón de los servicios que presta: se considera, al menos teóricamente que la suma o cantidad que como sueldo se fija en la escala correspondiente, es la retribución justa y mínima que al empleado corresponde y, por lo mismo, no es susceptible de reducción. Es el verdadero sueldo, y como tal, es intocable. No ocurre lo mismo con los gastos de representación, que constituyen remuneración adicional, encaminada a garantizar que el empleado pueda cumplir mejor las funciones que le están asignadas. Desde estos puntos de vista, hay diferencia sustancial entre el sueldo propiamente dicho, y los gastos de representación. (Concepto de agosto 4 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Samuel Arango Reyes. Radicación Nº 1150). .. 21

114. LIBERTADES INDIVIDUALES

Solo el Congreso y las Asambleas tienen la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales. Sentencia de enero 27 de 1977 de la Corte Suprema de Justicia. Suspensión provisional del Acuerdo Nº 29 de diciembre 13 de 1976, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.— "La Constitución Nacional prescribe en el artículo 187, numeral 9º como atribuciones de las Asambleas Departamentales "Reglamentar lo relativo a la Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal". "Si en frente a este texto de la Carta se confronta el Acuerdo acusado, se observa que lo que hizo éste fue, precisamente, autorizar al Alcalde para estructurar un régimen policivo especial, aplicable al Municipio de Medellín y en relación con espectáculos públicos. "Bien configurada se encuentra la incompetencia del Alcalde para expedir, motupropio, reglamentos policivos como los señalados en el acto censurado. Esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular en reciente providencia redactada por el Magistrado Joaquín Moreno Parra y en donde, para efectos de este auto, bien merecen la pena destacarse estos apartes: "Se fundamenta la medida en manifiesta incompetencia del *Alcalde para expedir un reglamento de espectáculos taurinos en el Municipio, sobre que versa el Decreto acusado, ya que por estar reglamentados por el Código Nacional de Policía, ni el Gobierno ni las Asambleas, ni los Concejos tienen ya competencia para proferir reglamentos al respecto*". "Por otra parte, *el mismo Código en el capítulo relativo a los espectáculos públicos, artículos 160 a 170, se ocupa de las corridas de*

Páginas

toros para reglamentarlas en detalle, clasificándolas y regulando su funcionamiento". "En estas condiciones, no podía entonces, el señor Alcalde por Decreto Nº 338 de junio de 1971, acusado, reglamentar los espectáculos taurinos en el Municipio de Medellín, sin quebrantar en forma ostensible los artículos 8º y 9º del Decreto 1355 de 1970, pues allí sólo se le atribuye facultades limitadísimas para reglamentar los Acuerdos del Concejo, *y en ninguna forma para producir un reglamento o estatuto con fuerza de Ley".* "Finalmente se anota, que después de la Reforma Constitucional de 1968, *los reglamentos de Policía Local sólo podrán expedirse por las Asambleas y eso para aquellas materias que no sean objeto de disposición legal, conforme a las voces del ordinal 9º del artículo 187 de la Carta".* (Las subrayas de la transcripción no son del texto). "Y si a lo anterior se agrega que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia cuya copia aparece en el expediente, resolvió decretar la inexequibilidad entre otros, del artículo 8º del Código de Policía, el asunto revela mayor claridad. Dijo la Corte en la providencia mencionada: "1ª El ejercicio de la libertad humana tiene dos limitaciones naturales: una individual, en cuanto no se puede entorpecer o coartar la libertad de los demás hombres; otra colectiva que impide socavar las bases de organización de la sociedad a la cual pertenece por simple instinto comunitario el ser humano, ni perturbar el desarrollo de las finalidades sociales, lo cual implica la observancia de las reglas destinadas a mantener el orden y a garantizar la convivencia pacífica de quienes integran el conglomerado de personas. "2ª La evolución social hace indispensable que exista la autoridad y que haya un orden jurídico, o sea un conjunto de normas que determinen las funciones de aquélla, que regulen la libertad individual de los asociados y que reglamenten las relaciones recíprocas entre los gobernantes y los gobernados. "El contenido específico de tales preceptos dependerán del tipo de organización estatal que en concreto haya adoptado la respectiva comunidad humana. "3ª Dentro de la estructura democrática del Estado de Derecho, que es la organización institucional colombiana, le corresponde al cuerpo constituyente elegido por el voto popular, como depositario de la soberanía que reside en el pueblo, dictar las normas fundamentales de la organización estatal, y al cuerpo legislativo, integrado también por el sufragio de los ciudadanos, compete expedir las disposiciones reguladoras de la conducta de las gentes y determinar las sanciones a que dé lugar su incumplimiento. "Al gobernante, en cambio, le incumbe obedecer las leyes y velar por su exacto cumplimiento, prevenir la ocurrencia de desórdenes, conservar el orden público y proveer a su restablecimiento cuando fuere turbado. "Los gobernados, de su parte, deben sujetar sus actividades al cumplimiento estricto de la constitución y de las leyes y son responsables por su desacato, responsabilidad que ordinariamente se deduce ante los Jueces o ante otras autoridades que el legislador determine. "4ª La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los estados democráticos le corresponde al legislador para que sean los delegatarios del pueblo quienes determinen lo

conveniente y justo en tan delicada e importante materia. "Complemento directo e indispensable del poder de policía es la función policiva, que le está atribuída a la autoridad encargada de hacer obedecer las leyes y de velar por la conservación del orden público en sus facetas de tranquilidad, moralidad y salubridad públicas y de restablecerlo cuando sea turbado. Esta función es esencialmente preventiva y sólo por excepción represiva, y su ejercicio tiende siempre a preservar las libertades individuales y a mantener incólume el orden público. En todo tiempo se cumple dentro de los dictados de la Ley, es decir, es una función reglada. "5ª Los principios anteriores están plasmados en nuestra Constitución, así: el artículo 16 le atribuye a las autoridades la tarea de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del país, el artículo 20 sólo hace responsables a los gobernados por la infracción de la Constitución y las Leyes y las normas que consagran los derechos y las libertades ciudadanas atribuyen al legislador la función de reglamentar su ejercicio. "Asimismo, el artículo 120 en sus ordinales 2º, 3º y 7º le atribuye al Presidente de la República las tareas de velar por el exacto cumplimiento de las leyes, reglamentarias para su cabal ejecución y conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. "Esto último equivale al ejercicio supremo de la facultad de policía como deber presidencial, sin que de allí surja implícitamente para el Presidente el poder de policía como fuente de normas reglamentarias de la libertad individual, como lo creyera la Corte con oportunidad del fallo del 13 de noviembre de 1928, pues el constituyente nunca confiere potestades implícitas a los gobernantes, por ser ello contrario a la esencia misma del Estado de Derecho. Concede sí poderes extraordinarios como en el caso del artículo 121 de la Carta para la hipótesis en que las atribuciones constitucionales y legales ordinarias del Presidente, no basten para que puedan cumplir con eficiencia y prontitud su misión de conservar el orden público y de restablecerlo cuando sea turbado. "6ª El régimen de policía está estatuído en los artículos 167, 187-9 y 76-24 de la Constitución Política: el primero dice que la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional; nunca ha hecho uso el legislador de la facultad de establecer una milicia nacional; en cambio sí ha organizado reiteradamente la Policía Nacional. "El Constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las Asambleas Departamentales; a éstas atañe completar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional; las dos disposiciones 167 y 187-9 se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial. "En cuanto a la policía de tránsito, el constituyente ordena al legislador unificar las normas en todo el territorio nacional; en esta materia las Asambleas carecen en absoluto de competencia. "Distribuídas así las competencias sobre régimen de policía, ni el legislador ordinario, mucho menos el extraordinario pueden autorizar al Gobierno o a los Concejos, así sea al de la Capital de la República para "reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley". "La facultad de legislar sobre esta materia no puede trasladarse, sin vio-

Páginas

lar los artículos mencionados de la Constitución. "Al examinar las disposiciones que ahora se tachan por inconstitucionalidad a la luz de los razonamientos anteriores, queda en claro que todos ellos tienden a atribuirle a autoridades y corporaciones distintas del Congreso y de las Asambleas Departamentales la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales y que, como ello no está permitido por la Carta fundamental, deben padecer tales preceptos la inexequibilidad". (Auto de noviembre 5 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Jorge Botero. Expediente Nº 2727). 537

115 LICENCIAS DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS

Nulidad de la expresión "a juicio de la comisión revisora" y contenida en el literal c) del artículo 76 del Decreto 281 de 21 de febrero de 1975.— Por el cual se reglamenta el registro de medicamentos, productos alimenticios, cosméticos, materiales de curación, plaguicidas de uso doméstico, detergentes, y otros productos que inciden en la salud. En acción pública, el ciudadano Hugo Palacios Mejía, solicita la anulación del aparte del literal c), del artículo 76 del Decreto 281 de 1975 que dice: "... a juicio de la comisión revisora y", pues considera que tal expresión se opone a los artículos 4º de la Ley 116 de 1937, 5º del Decreto 1032 de 1943, 5º de la Ley 32 de 1948, y, 120-3 de la Constitución Nacional. Los hechos en las cuales fundamenta su acción, son en síntesis, estos: El Consejo de Estado ha estimado que decretos como el parcialmente demandado, son reglamentarios y por ello compete a esa entidad el conocimiento de las acusaciones contra ellos presentadas. El decreto cuestionado en su artículo 76, trata de sanciones y dice que habrá lugar a la cancelación del registro de los productos farmacéuticos cuando la técnica y los avances científicos comprueben que el producto carece de propiedades o efectos que se le atribuyeron al tiempo de expedir la licencia o que es peligroso para la salud, todo ello, "a juicio de la comisión revisora", expresión esta que es la demandada. El artículo 4º de la Ley 116 de 1937 al hablar sobre las licencias de productos farmacéuticos dispuso que éstas podrían ser revisadas o suspendidas cuando el producto no corresponda a la fórmula autorizada, o cuando se demostrare que determinado elemento de los que componen el producto sea de mala calidad, o es perjudicial para la salud, previa prueba del hecho motivo de cancelación. Así mismo el Decreto 1032 de 1943, en su artículo 5º, previó causales de cancelación, fundadas en hechos, que necesariamente requieren probanzas para la prosperidad del motivo de cancelación de la licencia expedida. Y la Ley 32 de 1948, dispuso en su artículo 5º que "...tales licencias serán canceladas cuando incurrieren en alguna de las causales previstas por la Ley 116 de 1937 y el Decreto 1032 de 1943", lo que vale decir, que para la cancelación de una licencia farmacéutica, será preciso demostrar plenamente la existencia de alguna de las causales a que se ha hecho mención. Por su parte el acto acusado al dejar "a juicio de la comisión revisora el establecer si la técnica y los avances científicos han dejado carentes de efectos o de propiedades atribuidas a los productos farmacéuticos en el

Páginas

momento de la expedición de la licencia, o son peligrosos para la salud, ha quitado la oportunidad de controvertir la prueba a los interesados en demostrar lo contrario a aquello que aprecie la comisión revisora de los mismos productos. El juicio de la comisión revisora es apenas un medio de prueba que el acto acusado no permite controvertir. Y si a ese medio probatorio consistente en el dictamen de la comisión revisora se le da el carácter, que desde luego no puede tener, de prueba única, se están dando a esa comisión más facultades de las que le otorgó a ella el legislador. Interpretando así la norma acusada es claro que ella restringe la amplitud de una posible controversia entre la administración, representada por la Junta, y los gobernados, que en cualquier momento desearen ejercitar esos derechos, restricción que al mismo tiempo que mengua derechos de defensa extralimita la facultad reglamentaria que debe sujetarse, ante todo, a la norma que dice estar reglamentando. Por estas razones encuentra la Sala que la expresión demandada, quebranta el numeral 3º del artículo 120 de la Carta, porque da a la comisión revisora, a son de reglamento, facultades que ninguna de las leyes ha otorgado a esa comisión. Con este precepto, se quebranta el orden jurídico, pues, se va más allá de la verdadera potestad reglamentaria otorgada por la Constitución Nacional al Presidente de la República, y a la vez limita el derecho de contraprobar a cualquier gobernado que tenga interés en la cancelación o no cancelación de la licencia, hoy denominada registro, de un producto farmacéutico. (Sentencia de septiembre 26 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente Nº 2624). 69

M

116. MAGISTRADOS TRIBUNALES

Requisitos Constitucionales. (Salvamento de Voto). Me aparto de la decisión anterior por las razones que hube de exponer en mi ponencia, la que fue rechazada, por abrumadora mayoría.— Como continúo en la convicción de que el Art. 21, *in fine*, del Decreto Ley 250 de 1970, es inconstitucional, por una parte, y, por la otra, sigo considerando que la elegida carece de los requisitos constitucionales para ser Magistrada del Tribunal Administrativo, me limito a transcribir mi proyecto. Pero aún demostrados tales hechos, la Sala no podría confirmar la elección recaída en la memorialista por las razones que suscintamente, expone a continuación: A) Dispone el Art. 154 de la Constitución Política que las calidades, asignaciones y períodos de los Magistrados de Tribunales Administrativos serán las señaladas para Magistrados de Tribunales Superiores. Y el Art. 155 del mismo Estatuto Constitucional, previene que "para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad y además, haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o

de Circuito, Juez especializado de igual o superior categoría, Fiscal de Tribunal o Juzgado Superior, o Magistrado de Tribunal Administrativo; o haber ejercido, durante cinco años por lo menos, la abogacía con buen crédito, o enseñado Derecho en un establecimiento público durante el mismo tiempo (Art. 2º del Acto Legislativo número 1 de 1947). B) De las normas anteriores surge con meridiana claridad que los cargos dentro de la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, que con acceso a la Magistratura, son exclusivamente los señalados en el Art. 155 transcrito y dentro de tal enumeración no se encuentra el de Abogado Asistente del Consejo de Estado, que aunque perteneciente a la Rama Jurisdiccional, no comparte ni siquiera la calidad de Juez, ni es admisible al intérprete su asimilación con ninguno de los indicados en el *"numerus clausus"* constitucional. La Constitución exige que el cargo de Magistrado del Tribunal ha debido desempeñarse, en propiedad, y la misma memorialista afirma que desempeñó y desempeña en la actualidad, tal cargo en interinidad. C) La Carta Fundamental previó, expresamente, solo tres vías para acceder a la Magistratura: 1º) el desempeño de ciertos y determinados cargos ante la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público, por un tiempo determinado y, en propiedad. Esta vía ya ha sido analizada y se concluyó con la imposibilidad de dar por acreditados los requisitos constitucionales: 2º) El ejercicio de la abogacía, con buen crédito y por cinco años por lo menos. La peticionaria ni siquiera ha afirmado que haya ejercido la abogacía, por tiempo alguno. Y no puede, so pretexto de aplicar el inciso final del Art. 21 del Decreto 250 de 1970, asimilar el desempeño de ciertos cargos subalternos dentro de la Rama Jurisdiccional, con el ejercicio de la abogacía, porque dicho inciso es ostensiblemente inconstitucional como que, contraviene el texto claro de los artículos 155 y 160 de la Carta, pues él contempló ciertos y determinados cargos para habilitarlos como antecedentes idóneos para acceder a la Magistratura, haciendo imposible que otros, de inferior categoría, o, mejor aún, sin carácter jurisdiccional o de Ministerio Público, puedan asimilarse a los anteriores o tomarse como sustitutivos de las otras dos vías de acceso, la docencia universitaria y el ejercicio de la abogacía, pues la ley que tal previsión consagra, se enfrentaría al constituyente, dados los términos claros, expresos y rigurosamente enumerativos que usa la Constitución. Además la Corte, habla de "ejercicio de la abogacía" y como lo indica el sentido natural y obvio de tal frase y lo confirma la acepción dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua "abogacía" "profesión y ejercicio de abogar" y *"abogar"* "defender en juicio, por escrito o de palabra", lo que, obviamente, jamás puede predicarse de los cargos de la Rama Jurisdiccional, mucho menos de los cargos subalternos. Y, como si esto fuera poco, la contraposición que hace el constituyente, entre la actividad jurisdiccional y el "ejercicio de la abogacía" es tan violenta, en los términos del Art. 160 del estatuto constitucional, que son incompatibles, se excluyen, *"los cargos de la Rama Jurisdiccional no son acumulables y son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro cargo retribuido y con toda participación en el ejercicio de la abogacía,* con lo que reitera la inteligencia que el supremo

legislador le ha dado a la expresión "ejercicio de la abogacía", como algo totalmente diferente a la judicatura, en forma que el inciso final del Art. 21 del Decreto 250 de 1970 resulta incompatible con los mandatos constitucionales examinados y con aplicación del Art. 214 de la misma Carta la norma legal aludida no puede ser atendida, por ineficaz jurídicamente. La exclusión y repugnancia observada entre "ejercicio de la abogacía" y desempeño de cargos en la Rama Jurisdiccional importan judicatura o no, a través de los textos constitucionales analizados, está, por lo demás de acuerdo con la definición que del ejercicio profesional del derecho hacen los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 196 de 1971. Por lo demás, el Decreto Ley 250 de 1970, expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno, por el Art. 20 de la Ley 16 de 1968, tiene como objetivo el de expedir "el estatuto orgánico de la Administración de Justicia", como reza su enunciación oficial, mientras que el Decreto Ley 196 de 1971, posterior y dedicado a expedir "El estatuto de ejercicio de la abogacía", regula íntegramente la materia y, por lo mismo, derogó cualquier norma que sobre tal profesión contuviera la legislación anterior, de conformidad con los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887. No es pues, posible pretender acreditar "ejercicio de la abogacía", con cargos de la Rama Jurisdiccional, sean ellos de judicatura o simplemente subalternos, por las razones vistas, las que concuerdan con la prohibición expresa del Art. 39 del Decreto Ley 196 de 1971. Y en fin, obsérvase que la sustitución de la actividad profesional del abogado por el desempeño de cargos subalternos en la Rama Jurisdiccional, llevaría al absurdo de permitir acceder al cargo de Consejero de Estado, por ejemplo, con diez años de empleo subalterno en la misma Corporación cuando no se lograría con diez años de Consejero en interinidad. Diez años de Secretario de Juzgado o de Tribunal o de Corte, con la aplicación del Art. 21 comentado, habilitaría para acceder a la Magistratura de la Corte o del Consejo de Estado, no obstante que estos últimos cargos ejercidos por el mismo lapso, en interinidad, no tendrían igual eficiencia habilitadora. Por lo demás, nótese que la norma constitucional exige el ejercicio de la abogacía, "con buen crédito", que no aparecería comprobado con el ejercicio de un cargo sin acción alguna, pues este aspecto negativo sólo indicaría que se ejerció "sin descrédito", pero nada diría, por sí mismo, sobre el aspecto positivo, haberlo ejercido "con buen crédito". Definitivamente, el desempeño de la judicatura implica ejercicio de la profesión de abogado, mas no "ejercicio de la abogacía". Por esta vía, entonces, tampoco ha satisfecho la memorialista, los requisitos constitucionales. La historia de las normas constitucionales citadas, confirma las anteriores conclusiones. En efecto. Decía el Art. 154 de la Contitución Política de 1886: "Artículo 154. "Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad y haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público". Como puede verse por la conjunción utilizada, era necesario "el desempeño de funciones judiciales" por tres años "o" haber "ejercido la abogacía con buen crédito" "o" "enseñado derecho en

Páginas

un establecimiento público", con lo que era clara la distinción entre el ejercicio del cargo judicial y el "ejercicio de la abogacía". Más perentorio, aún el mandato del Art. 159 del mismo estatuto, antecedente del actual Art. 160 cuando dice: "Los cargos del orden judicial no son acumulables; y son incompatibles con el ejercicio de cualquiera otro cargo retribuido, y con toda participación en el ejercicio de la abogacía". Si el desempeño del cargo judicial es incompatible con el ejercicio de la abogacía, resulta absurdo decir que el cargo implica ejercicio de la abogacía. La Reforma Constitucional de 1936 reprodujo los artículos anteriores en sus artículos 153 y 159, en forma textual. El artículo 156 del Acto Legislativo Nº 1 de 1947 dispuso: "Artículo 56. El artículo 151 de la Constitución quedará así: "Artículo 151. Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad y además, haber desempeñado en propiedad por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o de Circuito, Juez Especializado de igual o superior categoría. Juez de Tribunal o Juzgado Superior o Magistrado de Tribunal Administrativo". Este artículo, para Tribunales Superiores, lo mismo que el 51 del mismo Acto Legislativo, para Corte Suprema de Justicia, cerró la carrera judicial, en forma que sólo el desempeño de los cargos en tales normas señalados, deben acceso a la Magistratura. Ni la docencia ni el ejercicio de la abogacía habilitaban para acceder a la Magistratura y así quedó claramente expuesto en la exposición de motivos de dicha reforma Constitucional. Empero, bien rápidamente se dieron cuenta los constituyentes que la reforma de 1945 hacía imposible el acceso a la Magistratura de los más ilustres abogados en ejercicio y se citaba, entonces, entre otros, el caso del doctor Jorge Eliécer Gaitán. Estas consideraciones motivaron la reforma de 1947, Acto Legislativo Nº 1, en cuyo artículo 2º se expidió el actual artículo 155 del Estatuto Constitucional. De la comparación del actual texto con su inmediato antecedente, se deduce que la reforma consistió, precisamente, en agregarle las frases: "o haber ejercido durante cinco años por lo menos, la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público durante el mismo tiempo". Ello indica, con meridiana claridad, que fuera de los cargos taxativamente enumerados por el Constituyente, ninguno otro habilita para acceder a la Magistratura. Fuera de ellos, sólo puede llegarse a la Magistratura demostrando el ejercicio de la abogacía, actividad independiente ejercida por quien aboga o defiende a otros en juicio, o por la docencia. Ley que pretende decir lo contrario o hacer compatible el ejercicio de la abogacía con el ejercicio de la judicatura, es ostensiblemente inconstitucional. (Auto de trece de septiembre. Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. *Salvamento de Voto* del Consejero Doctor Valencia Arango del dieciséis de septiembre de 1977). 223

117. MILITARES

Condiciones y tramitación del retiro forzoso de oficiales de las fuerzas armadas. Ascensos y criterios para tal evento.— El Ministe-

Páginas

rio Público afirma, con razón que no es válido el criterio del Tribunal cuando dice que en los casos de ascenso además de reunirse los requisitos contemplados en la Ley la Administración goza de un relativo criterio de discrecionalidad y subjetivo. El mismo Ministerio de Defensa Nacional da argumentos en contra de la afirmación del tribunal como los que se encuentran en el Acta Nº 005 de mayo 6 de 1971 de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, integrada por el Ministerio y por los demás altos jefes de las Fuerzas Armadas. En ella se encuentran en relación con el señor Teniente Coronel Ulloa Sotomonte Oscar Julio, que su caso se estudió detenidamente; que ya había sido tratado en dos juntas de Generales del Ejército, cuyos resultados le fueron comunicados pero que el Ministro quiso que se volviera a considerar "para demostrar una vez más la amplitud con que la Junta de Generales viene tratando todos los casos relacionados con ascenso y retiro de oficiales superiores. No debe quedar la menor duda de que la H. Junta Asesora, presidida por quien tiene la responsabilidad y la representación del Gobierno como Ministro, procede con la más amplia justicia, al analizar todos y cada uno de los factores positivos y negativos que se aducen en cada caso. Lo anterior, es prueba de que no se usa la discrecionalidad, ni los criterios exclusivamente subjetivos para juzgar sobre el ascenso de un oficial de las Fuerzas Armadas. El propio Ministro afirma que la administración de personal es crítica, y cita un caso en que determinado oficial tiene excelentes capacidades, pero que por falta de vacantes, está retardado en su ascenso. Afirma que es lógico suponer que el problema se agrava en los grados de Coronel y Teniente Coronel, razón por la cual se ha tenido que buscar la eliminación de oficiales muy buenos pero que dejaron de cumplir algunos requisitos y, en consecuencia, se colocaron en inferioridad de condiciones en relación con oficiales menos antiguos, pero con mejores cualidades profesionales. El Ministro afirma en esa Junta que la Institución Armada tiene que proferir la mejor calidad y prescindir de aquéllos que sin ser malos, han llegado a su límite definitivo en la carrera. Y agrega que para ser justos en esta necesaria eliminación, ya no es una sola persona la que toma la decisión sino que el asunto es analizado por la Junta de Generales, cuyas recomendaciones no pueda dejar duda de que se procede con justicia y honestidad. Finalmente afirma que hay otros oficiales mejores que el ahora demandante y, entonces, debe tenerse presente la protección de la Institución armada. Del acuerdo que se analiza que intervinieron varios altos oficiales quienes se refirieron a la personalidad del solicitante, pero no resulta de sus afirmaciones que ellas fueren el motivo para el llamamiento a calificar servicios "por voluntad del Gobierno", y la decisión fue tomada por unanimidad, sin embargo se le dejó al solicitante la opción de retirarse por "solicitud propia". (Sentencia de octubre 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho. Actor: Oscar J. Ulloa S. Exp. 3945. Decretos del Gobierno). 82

118. MILITARES

La pensión de invalidez por incapacidad absoluta y permanente excluye el subsidio familiar.— Bajo la vigencia del Decreto Ley

Páginas

3071 de 1968 los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares cuando están en situación de actividad gozan del subsidio familiar en los porcentajes establecidos en el Art. 64: pero cuando dicho personal es retirado por Incapacidad Absoluta y Permanente según el Art. 130 tiene derecho a percibir la Pensión de Invalidez sobre los haberes de actividad que están determinados claramente en el Art. 115, o sea que percibe dichas partidas en el 100% de que gozaba en situación de actividad pero excluye expresamente el subsidio familiar. Esto conduce a que en principio no se tenga derecho al subsidio familiar en la cuantía del 100%, situación que se define claramente en el Art. 116 *ibídem* que reglamenta las bases de liquidación de dicho subsidio para el personal retirado en goce de la pensión de invalidez, disposición especial e independiente del régimen pensional, por tratarse de otra prestación. (Sentencia de agosto 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Octavio Camelo. Exp. 4165. Resoluciones Ministeriales). 176

119. MUNICIPIO

Facultad de los Alcaldes para nombrar gerente de Empresas Públicas.— Las Empresas Públicas de Neiva, según el Art. 1º del Acuerdo Nº 26 de 1959 (fl. 1), son un establecimiento público municipal cuyo gerente, es agente del Alcalde, del mismo modo como los gerentes o directores de los establecimientos públicos nacionales y departamentales son, respectivamente, agentes del Presidente y del Gobernador. Por consiguiente, el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva es de libre nombramiento y remoción del Alcalde, de conformidad con los Arts. 201 de la Constitución, 184 numeral 19, de la Ley 4ª de 1913, 2º de la Ley 72 de 1926 y 1º del Decreto Reglamentario Nº 418 de 1976. Como los Arts. 50, letra d), del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971 disponen que la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Neiva tiene la facultad de elegirlo, violaron, como consideró el Tribunal, las mencionadas disposiciones. El Art. 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959, en su primera parte, reitera que el Gerente debe ser elegido por la Junta y, por lo mismo, como bien estimó el Tribunal, infringió también los mencionados preceptos. La Constitución y la Ley distinguen, entre los empleados administrativos, los que tienen el carácter de agentes, porque éstos desempeñan funciones políticas, de dirección y confianza, y están encargados de asegurar la coordinación y la unidad de la administración con los organismos descentralizados. De este modo es explicable que los gerentes o directores de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, los Departamentos, las Intendencias, Comisarías y Municipios sean, respectivamente, del libre nombramiento y remoción del Presidente, los Gobernadores, los Intendentes, los Comisarios y los Alcaldes. De manera que, si la finalidad de un precepto es criterio de su interpretación, en el caso que se decide tanto en el tenor de los preceptos indicados como su finalidad permite concluir que los directores o gerentes de los esta-

Páginas

blecimientos públicos municipales, como el Gerente de las Empresas Públicas de Neiva, son Agentes del Alcalde, de su libre nombramiento y remoción. Además, esta interpretación ha sido sustentada por esta Sala, entre otros, en las providencias que el Señor Fiscal Primero menciona. De donde se concluye que lo resuelto por el Tribunal, sobre este particular, debe ser confirmado. (Sentencia de junio 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 026 de 1959 del Concejo de Neiva. Actor: Hernando Valenzuela Plata. Exp. 2519. Concejos Municipales). 506

N

120 NIVELES MINIMOS DE PRODUCTIVIDAD

Nulidad de la Resolución Nº 072 de 1976 originaria del Ministerio de Agricultura "por la cual se determinan los niveles mínimos de productividad para el año de 1975".— El actor expresó: El único hecho que debo referir al H. Consejo de Estado es que el señor Ministro de Agricultura en uso de las atribuciones y obligaciones que le imponen los Arts. 56 de la Ley 135 de 1961 y 4º del Decreto 1369 de 1974 dictó la resolución impugnada, sólo que en vez de dictarla para que rigiera el año de 1976 como ha debido hacerlo, la dictó por los años de 1975". A petición del demandante, se suspendió provisionalmente el acto acusado, por auto de 25 de abril del año en curso, con las siguientes consideraciones: "Según el Art. 56 de la Ley 135 de 1961 (hoy 21 de la Ley 4ª de 1973), se tendrán como terrenos adecuadamente explotados, aquellos cuyos propietarios hayan cumplido determinados requisitos, entre otros, el señalado en el Ord. 3º que dice: Que durante los tres (3) años inmediatamente anteriores, han obtenido en su predio los mínimos de productividad que para la respectiva región, cultivo o explotación ganadera haya señalado el Ministerio de Agricultura". *"Y conforme al Decreto Reglamentario Nº 1369 de 1974, Art. 1º. 'En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 3º del Art. 56 de la Ley 135 de 1961, introducido por el Art. 21 de la Ley 4ª de 1973, el Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable del Consejo Asesor de Política Agropecuaria, expresado en la forma indicada en los Arts. 4º y 5º de este Decreto, señalará antes de cada 1º de febrero sin perjuicio de lo dispuesto en el citado Art. 5º, los mínimos de productividad que deben regir en el respectivo año, mediante Resolución de carácter general para cada uno de los cultivos, explotación ganadera o forestal existentes en una región o subregión. Dichos niveles se fijarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes" (mayúsculas y subrayas de la Sala).* "O sea que los mínimos de productividad deben ser señalados por Resolución de carácter general antes del 1º de febrero del año respectivo y rigen, precisamente, para el año en el cual se dicta la Resolución". "El acto acusado, en cambio no obstante que pretende apoyarse en las facultades conferidas "por los Arts. 56 de la Ley 135 de 1961 con la modificación introducida por la Ley 4ª de 1973 y 4ª del Decreto 1369 de 1974" señala, en marzo 9 de 1976 'los niveles mínimos de

Páginas

productividad para el año de 1975'. "La simple comparación ante las normas superiores que sirven de fundamento a la Resolución acusada y ya analizados, con las disposiciones contenidas en los 20 artículos de dicha resolución, es suficiente para que salte a la vista, sin necesidad de razonamientos, investigaciones o análisis, la ostensible, manifiesta y flagrante violación de las normas legales y reglamentarias invocadas por el demandante". La situación no ha cambiado, no hubo pruebas, por ser un asunto de puro derecho y la Sala encuentra plenamente valederas las razones expuestas en la providencia citada sin que considere necesarios otros argumentos. (Sentencia de octubre 14 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Exp. 2248. Actor: Bernardo Carreño V.). 130

121. NOTIFICACIONES

No son actos administrativos, son simplemente parte de un proceso judicial o administrativo y por eso no son susceptibles de recursos, ni de anulación.— Las notificaciones consisten en el medio legal suficiente para hacer conocer a las partes o a los interesados las determinaciones que se tomen en procedimientos administrativos o judiciales. No constituyen actuaciones que pongan fin a un procedimiento, pues, éstos finalizan por actos administrativos o por autos o sentencias en los procedimientos judiciales. Por lo mismo las notificaciones no son actos administrativos que reúnan las exigencias que la doctrina y la jurisprudencia exigen para la estructuración jurídica de éstos. Las notificaciones son simplemente parte de un proceso judicial o administrativo y por eso las propias notificaciones no son susceptibles de recursos, pues estos recaen o están instituidos en contra de los actos administrativos, autos o sentencias. Por eso la pretensión del demandante de buscar mediante un juicio ante esta jurisdicción *la nulidad de una notificación*, va en contra del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo que exige como requisito previo para recurrir ante esta jurisdicción que se haya agotado la vía gubernativa, lo cual ocurre cuando los actos o providencias no son susceptibles de los recursos por esta vía, o cuando tales recursos se han decidido. Sólo los actos administrativos son susceptibles de anulación de conformidad con los Arts. 62 y 65 del Código Contencioso Administrativo, por lo mismo la notificación cuya nulidad solicita el actor, no es acto capaz de someterse a un proceso dentro de esta jurisdicción en busca de su nulidad. Por otra parte, no sólo el Art. 12 del Decreto 2733 de 1959 habla de la notificación por conducta concluyente cuando dice que una notificación mal hecha deja sin efectos la providencia que con ella se notifica, "a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales", como lo está haciendo el actor; sino también el Art. 330 del Código de Procedimiento Civil, prevé el caso de que el interesado aún sin el lleno de exigencias formales, se dé por enterado del contenido de una providencia, como lo hace el actor con la demanda que ahora ha presentado ante esta Corporación, en relación con la Resolución 482 de 1977 dictada por

Páginas

el Intra. (Auto de agosto 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Rápido El Carmen Ltda. Exp. 2702. Autoridades Nacionales). 257

122. NULIDAD DE LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

Aplicación de la causal de nulidad prevista en el Art. 152 del Código de Procedimiento Civil. No contemplada en el Art. 113 del Código Contencioso Administrativo por adelantarse el proceso después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción como la enfermedad grave del apoderado de la parte actora.— De conformidad con el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil "el proceso es nulo cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo". La anterior nulidad puede alegarse antes de dictar sentencia o durante la actuación posterior a ésta y la solicitud se tramita como incidente, de acuerdo con lo que estatuye el artículo 154 del mismo Código. Igualmente, es causal de interrupción del proceso la enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes. En el caso de autos el Consejero Sustanciador desechó la nulidad solicitada por el apoderado de la parte actora quien alegó enfermedad grave, como causal de interrupción del juicio. Sobre este aspecto la Sala de Decisión considera que aunque en el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo se señalan las causales de nulidad en los procesos contencioso administrativos, ello no significa que cuando se presentan situaciones no contempladas en dicha norma, no pueda acudirse a las del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra otros casos de nulidad, entre ellos, el planteado por el apoderado del demandante en el escrito a que se hizo referencia. Si ello no fuera así podría configurarse una situación irregular en los eventos en que se produzca, debidamente comprobada por los medios legales, la enfermedad del apoderado de alguna de las partes, y no hubiese manera de suspender el proceso o anular la actuación anterior, a partir de la fecha de la enfermedad, por no poderse acudir a las disposiciones del Procedimiento Civil, o por no estar contemplada taxativamente esa causal en el Código Contencioso Administrativo. Por lo anteriormente expuesto habrá de revocarse el auto suplicado y en su lugar disponer que por el Consejero Sustanciador se resuelva la nulidad impetrada, teniendo en cuenta las pruebas que se hayan aportado al efecto y previo el trámite del incidente respectivo, según lo prescrito en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil. (Auto del veintiséis de septiembre de 1977. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Exp. Nº 0565. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Actor: Gustavo Ardila Ramírez). 855

O

123. OMISION DE CARACTER FORMAL

Esta no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad, configura, todo lo más, una irregularidad en la expe-

Páginas

dición del acto que por si sola no lo hace nulo.— Del cuidadoso análisis de los actos acusados hecho por el Tribunal *a quo* se viene en conclusión que la única tacha de las formuladas por el actor que queda en pie, en cuanto al quebranto de lo previsto en los Arts. 9º a 11 del Decreto Reglamentario Nº 49 de 1932, es la relativa a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma "precisa", la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos. "Esta Sala considera, en acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, que una omisión de carácter formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por si sola no lo hace nulo. Distinta sería la actuación, si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expida el acto o bien, cuando signifique la omisión de un requisito sustancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, haría anulable el acto por su propio contenido material. "De otra parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la Ley se presume conocida por los gobernados (Arts. 56 del C. de R. P. y M. y Art. 9º del Código Civil), presunción que abarca el conocimiento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los Concejos Municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan. "Cabe anotar que la Constitución no exige respecto de las leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el Art. 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexequibilidad en orden a salvaguardiar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrido un Concejo Municipal en la omisión de que se trata. "Las anteriores consideraciones, unidas a las expresadas por el señor Fiscal Primero de la Corporación, llevan a la Sala a concluir que si bien lo previsto en el Art. 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo. (Sentencia de octubre 20 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 116 del Concejo Municipal de Manizales. Actor: Marco Betancur G. Exp. 3936). 487

P

124. PENSION DE JUBILACION

Acumulación de tiempos servidos en las Fuerzas Militares y en la Administración Pública (Art. 21 Ley 71 de 1947). Opción por la pensión más favorable que sustituiría la asignación de retiro que

Páginas

se percibe.— En el asunto planteado, el demandante prestó servicios a las Fuerzas Militares como Capitán Piloto de la Fuerza Aérea, en cuya virtud goza de asignación de retiro y también sirvió al Incora entre el 17 de septiembre de 1962 y mayo 1º de 1973, en el cargo de Director del Proyecto Caquetá Nº Uno. Es decir, que laboró como empleado de la Nación y asimismo como funcionario de las Fuerzas Armadas. El Art. 21 de la Ley 71 de 1947 dispone en relación con la acumulación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación. En esta forma, de conformidad con la norma transcrita, el actor le es acumulable el tiempo de servicios en las Fuerzas Militares al del Incora y a optar por la pensión más favorable que en este caso sería la que debe reconocerle el Incora sustituyendo ésta, desde luego, la asignación de retiro que le fue decretada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (Sentencia de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Gustavo Artunduaga. Expediente 1831. Autoridades Nacionales). 322

125. PENSION DE JUBILACION

Incompatibilidad entre un acto administrativo Resolución Nº 539 de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y una norma de superior jerarquía. Decreto Ley 3135 de 1968. Diferencia entre la llamada "Excepción de ilegalidad" y la denominada "Excepción de inconstitucionalidad".— Está acreditado que el demandante prestó servicios al Estado, en distintas entidades oficiales durante más de 20 años, pero que no tiene 50 años de edad. Sostiene que la última entidad con la cual trabajó por más de trece años fue la Superintendencia Bancaria y por tanto se le debe dar aplicación al parágrafo del artículo 1º y el artículo 2º de la Resolución Nº 539 de 1973 dictada por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, que ordenan que los "afiliados que en 31 de diciembre cumplan o hubieren cumplido diez y ocho (18) años de servicios continuos o discontinuos "y acrediten" tener trece (13) años o más de servicios" en la Superintendencia o en la Caja "tendrán derecho a la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicios *sin tener en consideración la edad*". (Subraya la Sala). Del acervo probatorio se establece que fue suficientemente agotada la vía gubernativa y que a folios 59 a 77 del expediente obran copias auténticas de las Resoluciones Nº 219 de 20 de mayo de 1975, 276 de 25 de junio del mismo año, 57 de 2 de marzo de 1976 y 82 de 16 de marzo del mismo año, por las cuales se reconoce y ordena pagar a los señores Armando Salazar, Hernán Castro Macías, Camilo Antonio Pizarro Quintana y Ernesto Cantini Valbuena, respectivamente, pensión de jubilación con base en la Resolución Nº 539 de 1973, y que las dos últimas fueron posteriores a la 516 de 22 de diciembre de 1975 que confirmó la 381 de septiembre de 1975 por las cuales se niega dicha prestación al demandante señor Murad Ruiz. En su concepto de fondo, la Fiscal Cuarta del Consejo, fundándose en la sentencia del 13 de diciembre de 1972 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo

38 del Decreto 3130 de 1968, y siguiendo la tesis expuesta en el memorial de la apoderada de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia (fols. 119 a 145), sostiene que como "Las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, carecen de facultad para determinar o modificar las escalas salariales o el régimen de prestaciones sociales, elemental es concluir que en el caso de estudio cuando la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria expidió la Resolución Nº 539 de 1973, por medio de la cual se modificaron los artículos 95, en forma expresa y el 96 tácitamente de la Resolución 3366 de 1967 se colocó en franca rebeldía con lo previsto en el ya referido numeral 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional"; de lo anterior concluye que como "los preceptos contenidos en esta última privan sobre cualesquiera otros, pues en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, conforme lo manda el artículo 215 de la misma Carta Fundamental, forzoso es concluir que en el caso de estudio la Fiscalía debe solicitar al Consejo de Estado se sirva abstenerse de dar aplicación en el caso de estudio a lo previsto en la Resolución Nº 539 de 1973, proferida por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria por ser ostensiblemente contraria a claras normas constitucionales. Esto significa que la Fiscalía propone a los H. Consejeros la excepción de inconstitucionalidad de la Resolución Nº 539 de 1973 y por ello no puede aplicarse al caso *sub judice*". En estricto derecho, no es procedente la denominada "excepción de inconstitucionalidad" pues ésta supone que entre una norma constitucional y una legal que contengan disposiciones relativas a un mismo asunto pero contradictorias, debe aplicarse la primera. En este caso propiamente no existe incompatibilidad entre el Art. 76, ordinal 9º, de la Constitución y la Resolución Nº 539 pues mientras el primero señala que el Congreso de la República le corresponde determinar "la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales", la segunda señala los requisitos que dan derecho a obtener la pensión de jubilación de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria"; además, no se ve cómo podría aplicarse en este negocio el artículo 76 ordinal 9º, de la Constitución. En este asunto hay concretamente un caso de incompatibilidad entre un acto administrativo. Resolución Nº 539 y una norma de superior jerarquía —Decreto Ley Nº 3135 de 1968— ya que el artículo 27 de este último, aplicable a quienes prestan o hayan prestado sus servicios a la Superintendencia Bancaria, exige a quien pretenda una pensión de jubilación que demuestre, además de 20 años de servicio, tener 55 años de edad, si es varón, o 50 si es mujer. Esta incompatibilidad da origen a la llamada excepción de ilegalidad, prevista por el artículo 240, inciso 1º, del Código de Régimen Político y Municipal, que dice: "El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecu-

Páginas

tivo y la orden superior". Así las cosas y sin lugar a estudiar los otros aspectos de la demanda y los argumentos de la parte impugnadora, se resolverá aplicando en este caso la norma de superior jerarquía, es decir, el Decreto 3135 de 1968, sin tener en cuenta la Resolución Nº 539 de 1973. (Sentencia de septiembre 15 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4370. Actor: Hernando Murad Ruiz. Autoridades Nacionales). 331

126. PENSION DE JUBILACION

Normas que regulan la materia. Edad de retiro. Excepciones Decreto 2400 de 1968. Decreto 1950 de 1973. Decreto 3074 de 1968. Impedimento para el desempeño de funciones públicas. Un pensionado no puede recibir honorarios como árbitro.— El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones que le introdujo el Decreto 3074 del mismo año, prescribe que la cesación definitiva de funciones de los servidores públicos se produce, entre otras causas: "d) Por retiro, con derecho a jubilación". Añade que el retiro del servicio se producirá dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se cumplan las condiciones de jubilación, no obstante lo cual "el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan". Además, prohíbe el reintegro de pensionados al servicio, hechas las siguientes excepciones: "La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio de salud cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los Funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco años (65)". El Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los anteriormente citados, por su parte, en el Art. 119 reitera la cesación de funciones por pensión de jubilación, y el 121 reproduce la prohibición de reintegro y las excepciones mencionadas, con la siguiente adición, que hace más terminante esta prohibición: "...a) Las demás que por necesidad del servicio determine el Gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco años. A su vez, el Art. 122 del mismo Decreto 1950 repite que: "la edad de sesenta y cinco años (65) constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del Art. 29 del Decreto 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año". La lectura de las disposiciones a que se ha hecho referencia permite hacer algunas precisiones previas, así: a) El retiro del servicio para gozar de la pensión de jubilación implica cesación definitiva de funciones; b) Igual consecuencia acarrea el retiro con derecho a pensión de vejez; c) Por el contrario, y en principio, quien es retirado con pensión de

invalidez, si es menor de sesenta y cinco años y se recupera de aquélla, podría ser reintegrado al servicio; d) El retiro del servicio en el primer caso debe producirse a más tardar seis meses de cumplidos los requisitos que dan derecho a la jubilación; e) El reintegro excepcional al servicio de jubilados mayores de sesenta y cinco años, sólo puede hacerse para los cargos taxativamente enumerados en los Arts. 25 del Decreto 2400 y 121 del Decreto 1950, en mención, y f) En consecuencia, la regla en esta materia es la de que los jubilados tienen impedimento legal para desempeñar cargos públicos. De este modo, cuando se pregunta sobre la compatibilidad de asignaciones, en tratándose de jubilados, esta Sala cree que hay que resolver como cuestión previa la de la posibilidad legal de ejercer las funciones públicas o cargos de que provenga la segunda asignación, ya que ésta es apenas una consecuencia de aquélla. Y como la consulta se refiere al ejercicio de la función de árbitro, en el caso en que una de las partes es una persona de derecho público, deben considerarse las siguientes normas del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1970, Sección Quinta, Arbitramento, título XXXIII, Proceso Arbitral) 1ª El Art. 667, cuyo subtítulo es: "Aceptación del cargo y reemplazo de árbitro", del que se deduce que la calidad de árbitro se entiende como ejercicio de un cargo público, deducción confirmada en el texto de esa misma disposición, al repetir esa denominación, y hablar de aceptación, posesión y renuncia, como para los demás cargos públicos; 2ª El Art. 668 cuando determina que las causales de impedimento y recusación de los árbitros son las mismas que las de los jueces; 3ª El 671, numeral 3º), segunda parte, al prescribir que el Tribunal Arbitral "tendrá las facultades que respecto a pruebas se otorgan al Juez en este Código", y 4ª El Art. 675 que, al fijar los deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los árbitros, estatuye que son los mismos de los jueces, al tenor de los Arts. 37 a 40 del Código de que se está haciendo referencia. De donde, con plena evidencia, se debe aceptar que el ejercicio de la calidad de árbitro es ejercicio de funciones públicas, correspondientes, por tanto, a un cargo público aunque ese ejercicio sea ocasional, transitorio, para un solo caso. Desprendiéndose de esto que, no existiendo en la Ley norma expresa que autorice ese ejercicio, el jubilado está impedido para actuar como árbitro. Sería esto suficiente para absolver negativamente la consulta. Sin embargo, a ello ha de añadirse que: 1º El Decreto 1912 de 1973 establece en el primer inciso del Art. 13: "De conformidad con el Art. 64 de la Constitución Nacional ninguna persona podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, así se trate de contrato, representación, comisión u *honorarios*, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963". (Subraya la Sala). 2º El Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963 no prevén excepción alguna referente a honorarios por servicios de arbitraje; 3º De manera puramente indicativa, pues se trata de disposiciones aplicables al orden nacional, y la consulta se refiere a un arbitraje en que es parte un Municipio. Adviértase que el Decreto 1848 de 1968, reglamentario del Decreto 3135 del mismo año, y que es el

Páginas

estatuto que señala el régimen prestacional de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, al regular en su Capítulo XIII lo referente a la pensión de jubilación, dispone en el Art. 77 "Incompatibilidades con el goce de la pensión". El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1ª de 1963". 4º Con igual restricción, se encuentra lo dispuesto en el Art. 78 del propio Decreto 1848 sobre prohibición de reintegro y excepciones a la misma. Así mismo, dejando los desarrollos legales y volviendo a la norma fundamental, que es el artículo 64 de la Constitución, ha de considerarse el carácter terminante de sus disposiciones, en tanto cobija a toda persona, al decir "nadie"; en cuanto al concepto de "asignación" es tan genérico que cobija cualquier y toda forma de retribución que se adopte, y, también, al comprender en la noción de "tesoro público", el de la Nación, los Departamentos y los Municipios. De esto resulta que si la Ley no ha establecido excepción para el pago de honorarios provenientes de una de tales entidades, aquella prohibición es aplicable. Por lo expuesto, se responde que un pensionado no puede recibir honorarios como árbitro, cuando una de las partes es un Municipio, haya sido o no designado por éste. (Concepto de agosto 14 de 1975. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica. Radicación 997). 17

127 PENSION DE JUBILACION. REAJUSTE

Con el Decreto Nº 546 de 1971, el Gobierno Nacional estableció un régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, de tal forma que sus disposiciones son de preferente aplicación sobre cualesquiera otras. Reajustes de pensión. La pensión solamente se hará efectiva a partir de la fecha en que se demuestre el retiro del servicio oficial.— De conformidad con el Decreto 546 de 1971 el Gobierno Nacional estableció un régimen de Seguridad y Protección Social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, de tal forma que sus disposiciones son de preferente aplicación sobre cualesquiera otras. De allí que como expresa el apoderado de la parte actora, en los artículos 1º y 32 del estatuto mencionado, se dispuso que los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, tendrán derecho a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que dicho Decreto establece y que serán aplicables a estos funcionarios "EN CUANTO NO SE OPONGAN AL TEXTO Y FINALIDAD DEL PRESENTE DECRETO, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968", que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos (mayúsculas de la Sala). En esta forma, la norma aplicable a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional para los efectos pensionales y demás prerrogativas so-

ciales, es el Decreto 546 de 1971, no pudiendo aplicarse las disposiciones relativas a los empleados públicos, en cuanto se opongan al texto y finalidad del Estatuto en referencia. Sobre este aspecto el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, que invoca la demanda, establece que los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y al cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho estatuto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria de jubilación vitalicia equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios en las actividades citadas. Estos requisitos a que alude la norma fueron cumplidos por el actor como antes se dijo. Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión, en la providencia acusada, pretende dar aplicación no a este precepto, sino a lo establecido en el artículo 32 del mismo Decreto 546 de 1971, según el cual, en cuanto no se opongan al texto y finalidad de dicho Estatuto, serán aplicables a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, que reza lo siguiente: "Fíjase para el sector público una pensión mensual máxima equivalente a veintidós (22) veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país; salvo lo dispuesto en el artículo 113 de de la Constitución Nacional, *y en aquellas otras normas legales que fijen regímenes especiales para la materia*". (Subraya la Sala). En relación con el punto anterior considera la Sala que siendo el Decreto 546 de 1971 el Estatuto Especial de seguridad social y de protección para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, es éste el aplicable a esta clase de servidores del Estado, pues con tal fin fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, sin que pueda acudirse al artículo 2º del Decreto 435 de 1971, por cuanto al haber determinado el aludido precepto una limitación a las pensiones de jubilación del sector público, en el sentido de que el máximo de la prestación sería equivalente a veintidós veces el más elevado de los salarios mínimos vigentes en el país, ello se opone, abiertamente, al texto y finalidad del Decreto 546 de 1971, cuyo artículo 6º de otra parte, en el caso sometido a estudio, no establece ninguna limitación para los efectos de liquidar las pensiones de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, como acertadamente lo anota el representante del actor. Luego mal puede imponérsele a esta clase de prestaciones, topes pensionales, que no están contemplados en dicha norma, sino en el artículo 2º del Decreto 435 de 1971, el cual, además, establece la salvedad de que esta disposición no es aplicable para lo estatuido en el artículo 113 de la Constitución Nacional y en aquellos otros preceptos legales que fijan regímenes sobre la materia. Y como, precisamente, el Decreto 546 de 1971 regula lo relativo al régimen de pensiones para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, es claro que el límite fijado en el artículo 2º del referido Estatuto no debe aplicarse a esta clase de servidores, ni por lo tanto al de-

Páginas

mandante. Ya la Sala ha tenido oportunidad de definir negocios similarse al *sub lite*, como el derecho a la pensión de jubilación puede decretarse aún encontrándose el empleado en el servicio oficial. Sólo que para poder disfrutar de la pensión de jubilación respectiva, este derecho se hace efectivo tan pronto como el funcionario se separe del cargo que está desempeñando. Y que, igualmente, a esa pensión deberá decretársele los reajustes ordenados por la ley, ya que si así no fuere no podrán hacerse efectivos los aumentos pensionales ordenados en las disposiciones repectivas, en presencia de la limitación del monto de la prestación social reconocida. El artículo primero del Decreto 446 de 1973, establece que "las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, pertenecientes al sector público, y las sustituciones pensionales del mismo sector, serán reajustadas de oficio y por una sola vez, a partir del 1º de abril de 1973, según las reglas fijadas en el presente Decreto". Asimismo, el Decreto 1221 de 1975, dispuso en su artículo 1º "Reajústanse las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, y las sustituciones pensionales del sector público en un treinta y tres por ciento (33%), a partir del primero (1º) de julio de 1975". Debe, entonces, tenerse en cuenta que el reconocimiento de dichas prestaciones se hace de conformidad con la ley, o sea, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, y en el caso del actor, con base en el 75% del mayor sueldo percibido en el último año, sin perjuicio de los reajustes que se hayan decretado o que se decreten en el futuro, pero, desde luego, solamente se hará efectiva, a partir de la fecha en que el demandante demuestre su retiro del servicio oficial, para poder entrar a disfrutar de la pensión correspondiente. De otra parte, conviene anotar, que el derecho al reajuste de la pensión jubilatoria, no puede perderse por permanecer el funcionario en el cargo, sino que, como se dijo anteriormente, el aumento entrará a regir cuando se acredite la separación de éste del servicio público. (Sentencia de noviembre 2 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 0281. Actor: Guillermo González Charry. Autoridades Nacionales). 240

128. PERSONERIA JURIDICA

El Ministerio de Justicia sí puede cancelar Personería Jurídica a las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones, cuando esas funciones no hayan sido atribuidas a otros organismos, según el literal a) del Art. 13 del Decreto Ley 576 de 1974. Diferencia entre revocatoria de un acto administrativo y cancelación de una personería jurídica y entre el acto administrativo que crea una situación jurídica particular y el que simplemente declara la existencia de dicha situación.— Dice el demandante que el Ministerio de Justicia no podía, 'revocar la personería a través de la cancelación que hizo' mediante la Resolución 4580 acusada, porque para dictar tal acto no medió 'el consentimiento de la parte favorecida con el reconocimiento' exigido por el Art. 24 del Decreto 2733 de 1959. O sea, que la actora niega la competencia del Ministerio de Justicia para cancelar la personería jurídica que el mismo Despacho le había

Páginas

otorgado, y confunde de paso el acto administrativo, que crea una situación jurídica particular, con el que simplemente declara la existencia de dicha situación. Sin necesidad de entrar a dilucidar, las diferencias existentes entre los conceptos de revocatoria de un acto administrativo y cancelación de una personería jurídica, para la Sala es claro que el Ministerio de Justicia al cancelar la personería jurídica de la Fundación Colegio Americano hizo uso de la atribución conferida expresamente en ese despacho por el Decreto Ley 576 de 1974, en su Art. 18 literal a), norma que por ser de igual jerarquía que el Decreto Ley 2733 de 1959, por haber sido proferida con posterioridad a ésta y, además especialmente reguladora de la competencia de la administración en lo atinente a reconocimiento y cancelación de personería jurídica, prevalece sobre aquélla y por tanto, el Ministerio de Justicia si puede 'cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones cuando esas funciones no hayan sido atribuidas a otros organismos', como lo prevé el literal a) del Art. 3º del Decreto Ley 576 de 1974, que sustituyó, reiterando su contenido, al Art. 1º del Decreto Ley 3172 de 1968 que fue la norma invocada por el Ministerio, para el reconocimiento de la personería jurídica de la demandante. Se ve, pues, que por este aspecto la Resolución Nº 4580 de 1974 no violó el Art. 24 del Decreto 2733 de 1959 inaplicable como está dicho al caso de autos, por cuanto el literal a) del Art. 13 del Decreto Ley 576 de 1974 atribuye en forma por demás expresa al Ministerio de Justicia la facultad para cancelar personerías como las de la Fundación Colegio Americano, sin condicionar el ejercicio de la referida función administrativa al consentimiento expreso y escrito de su titular, como lo pretenden la demandante y el Agente del Ministerio Público. La única razón de incompetencia del Ministerio de Justicia para producir la cancelación de personería demandada sería la de que esa fundación estuviera expresamente asignada a otros organismos como lo prevé la disposición últimamente citada, razonamiento no esgrimido por la demandante quizá, precisamente, porque tal disposición no existe y porque el Decreto Ley 576 de 1974 se encontraba en plena vigencia para el momento en que se profirió la resolución administrativa impugnada. (Sentencia de agosto 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Acción de nulidad contra la Resolución Números 3856 y 4580 ambas de 1974 del Ministerio de Justicia. Actor: Fundación Colegio Americano de Bogotá. Exp. 234. Resoluciones Ministeriales). 179

129. PERSONERIA JURIDICA. ASOCIACION GUARDIA NACIONAL PENITENCIARIA

Recurso de súplica de la suspensión provisional de la Resolución Nº 001751 de junio de 1975 originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la organización sindical anotada.— Contra la suspensión provisional de la Resolución Nº 001751 de junio 13 de 1975 originaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la organización sindical "asociación guardia nacional penitenciaria", que ordenó el H. Consejero Doctor Ignacio Reyes

Posada por auto de noviembre 5 del año en curso, el señor Jairo A. Grisales A., por conducto de apoderado y el doctor Carlos V. de Roux dentro de la oportunidad legal y en ejercicio del derecho que les confiere el inciso primero del Art. 89 del Código Contencioso Administrativo interpusieron recurso de súplica. Para resolver se considera: Dice el Art. 168 de la Constitución Nacional: "La fuerza armada no es deliberante. "No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del ejército, y con arreglo a las leyes de su instituto. "Los miembros del ejército, de la Policía Nacional y de los cuerpos armados, de carácter permanente, no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos". Y el Art. 414 del Código Sustantivo del Trabajo en su inciso 1º expresa: "El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial, con excepción de los miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden...". Exceptúa pues esta última disposición del derecho de asociarse a los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden. Y el sentido natural y obvio de esa norma, es el de que si bien la Guardia Nacional Penitenciaria hoy se halla incorporada a las fuerzas armadas o a la Policía Nacional, ello no quiere significar que aquella disposición restrinja el concepto de miembros del ejército nacional y de los cuerpos de policía de cualquier orden a los que con esos nombres se conocen ordinariamente, sin hacerse al respecto distinción alguna, pues, entiende la Sala, en esa expresión están implícitos otros cuerpos policivos como los Resguardos de Aduanas, los de Rentas Departamentales, los de Circulación y Tránsito y los de Vigilancia de Cárceles como la Guardia Nacional Penitenciaria, cuerpo este integrado por un conjunto de individuos que forman agrupaciones y al mando de sus superiores jerárquicos, se dedica en forma permanente y especial, al cuidado y custodia de aquellas personas que se encuentran privadas de su libertad por cuenta de autoridad competente, especialmente de los establecimientos destinados para tal fin como son las Cárceles y las Penitenciarías. La Guardia Nacional Penitenciaria según su estatuto reglamentario, se caracteriza por obedecer a una organización más o menos militar. Pero de todos modos esa Guardia, que tiene el carácter de cuerpo civil independiente de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Policía, no está desprovista en forma alguna, según las normas orgánicas de ella (Decreto 1817 de 1964), de aquellas cualidades que se han mencionado propias de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Y ellas indudablemente quedan comprendidas dentro de la prohibición comprendida en el Art. 168 de la Constitución Nacional y de la excepción consagrada en el Art. 414 del Código Sustantivo del Trabajo. Si no fueran esos los alcances de las disposiciones en mención, el legislador no hubiera empleado una locución tan amplia, tan genérica, como "fuerza armada" utilizada en el Art. 168 de la Carta o "fuerza de policía de cualquier orden" consignada en el Art. 414 del Código Sustantivo del Trabajo, expresiones donde queda incluido sin distingo alguno, el personal que presta sus ser-

Páginas

vicios en instituciones armadas con la Guardia Nacional Penitenciaria, y en cambio hubiera empleado una locución de carácter restringido. Ese es indudablemente el verdadero sentido de las normas dictadas, sin que sea necesario profundizar en su estudio para desentrañar su significado siendo lógico concluir que los miembros de la Guardia Carcelaria que constituye un cuerpo armado permanente, no pueden ni deben, por su propia índole, pertenecer a agrupación sindical alguna. La Sala, pues, prohija las razones expuestas por el doctor Ignacio Reyes Posada en la providencia que ha sido objeto del recurso de súplica y, por ello, dicha providencia será confirmada en cuanto a la suspensión provisional, de la Resolución Nº 001751 de junio 13 de 1975 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se decrete en el numeral primero de su parte resolutiva solicitada de modo expreso en el libelo de demanda. La declaratoria que se hace en el numeral segundo de la parte resolutiva del proveído recurrido habrá de revocarse pues, como se ha dicho, la solicitud de suspensión provisional se concretó expresamente a la resolución impugnada, sin comprender otros aspectos de la controversia, como cancelación de la anotación e inspección en el registro sindical, estatuto, cancelación del registro de la Junta Directiva de la Asociación Guardia Nacional Penitenciaria en la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, abarcados con el decreto de suspensión provisional". (Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago H. Actor: Asociación Guardia Nacional Penitenciaria. Exp. sin número. Resoluciones Ministeriales). 138

130. PERSONAL DOCENTE

(Ministerio de Educación Nacional). Traslado de profesores escalafonados para poder reclamar sobre la estabilidad. El profesor debe cumplir el traslado y así evitar el abandono del cargo. Los cargos ejercidos transitoriamente y que produzcan incremento en la remuneración, no determinan para el profesor escalafonado un "status" jurídico diferente al obtenido en la categoría correspondiente. En ninguna norma legal aparece que la estabilidad relativa de que gozan los profesores inscritos en el Escalafón Nacional implica para la Administración la imposibilidad de decretar traslados, cuando se respeta la categoría en que el funcionario esté inscrito y la asignación mensual que a tal categoría corresponde. Así, por ejemplo, el Art. 36 del Decreto 30 de 1948 establece que "los profesores en el ejercicio de la docencia tan sólo podrán ser trasladados de un establecimiento a otro cuando, a juicio del Ministerio, dicho cambio redunde en beneficio de la educación". De suerte que es claro que la capacidad para juzgar sobre las necesidades del servicio la otorga el reglamento al Ministerio de Educación y no a juicio o parecer del funcionario escalafonado. En igual sentido se ha expresado en referidas oportunidades esta Corporación, como aparece en la sentencia que se transcribe: "Estima la Corporación que no existe ninguna norma que prohíba trasladar al personal escalafonado, siempre que su sueldo y categoría sean conservados y mejo-

Páginas

rados, y de acuerdo con la tesis sostenida por el Consejo, lo primero que debe hacerse por el empleado, es trasladarse para poder reclamar, porque de lo contrario existe abandono del cargo". La doctrina anterior es consecuente con el ordenamiento jurídico que nos rige, porque al organizarse el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria se tendió a la clasificación técnica y científica de los profesores para agruparlos en categorías y especialidades, garantizando su estabilidad y organizando el sistema de ingreso al servicio, de promociones y ascensos; pero sin que por ello la Administración pierda su capacidad de dirección de la Educación Pública, ni se determine la organización jurídica en esta rama Administrativa. Por lo tanto la negativa de un profesor trasladado de acatar la orden superior no es más que un acto de rebeldía, no amparado por ninguna disposición legal, que en consecuencia encaja en la figura de abandono del cargo. El segundo aspecto señalado en la demanda como violatorio de los derechos que asisten al actor es el relativo a la desmejora alegada por el hecho de ser retirado del cargo de Rector para regresar a la docencia, con la consiguiente desmejora en categoría y remuneración. Tampoco encuentra la Sala fundamento legal a esta afirmación por dos razones; por lo que hace al cargo, lo que debe tenerse en cuenta es la categoría en el escalafón, ya que el cargo de Rector es un cargo Administrativo no escalafonado y por lo tanto su ejercicio en nada afecta, ni positiva ni negativamente, la categoría del funcionario. La Administración puede llamar al profesor escalafonado a prestar servicios en cargos docentes Administrativos, por su naturaleza transitorios, sin que ello desmejore ni afecte la condición del profesor. Otra cosa es que tales cargos administrativos tengan una remuneración suplementaria por las funciones propias del cargo, pero debe entenderse que tal remuneración rige durante el tiempo en que se ejerza el cargo Administrativo, sin que constituya una situación creada e inmodificable. Así lo establece el Art. 1º del Decreto 524 de 1975 "por el cual se determinan las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional, en cuyo Art. 1º, literal c) al señalar las asignaciones de estos funcionarios dice: "...De modo que está claro que la remuneración del profesor llamado a ocupar el cargo de rector se incrementa en un 30%, pero solo durante el tiempo que ejerza el cargo, lo que demuestra claramente que dentro de la organización del ramo educativo tales cargos son transitorios, sin que su ejercicio determine para el profesor escalafonado un status jurídico diferente al obtenido en la categoría correspondiente. (Sentencia de octubre 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Jorge E. Paz G. Exp. 2084). 133

131. PODER DE POLICIA. JUEGO. APUESTAS

Competencia de la Alcaldía para adoptar medidas de policía administrativa en el caso de incumplimiento del pago de las apuestas. Nulidad del acto administrativo expedido en forma irregular, "o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o

corporación que lo profiere". Incompetencia de la Alcaldía para decidir conflictos de derecho privado entre particulares.— Estudiadas las motivaciones de los actos acusados se llega a la conclusión de que el negocio de apuestas hípicas del señor Gómez incumplió en el pago de una boleta ganadora de los señores Tito Valdiri y Hernán Palacios. Este hecho cómo podrá ser sancionado por las autoridades de policía? El acto acusado nos dice que el Art. 6º del Decreto Municipal Nº 855 de octubre 3 de 1968 prevé que en el caso de incumplimiento en el pago de las apuestas a los ganadores, o de todas aquellas circunstancias que a juicio de la Inspección de Juego se atente contra los intereses del público apostador, se procederá mediante resolución motivada a la cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento. Es obvio que dentro del poder de policía administrativa, la sanción prevista en el Decreto del Ejecutivo Municipal es acorde con el principio constitucional de garantizar los bienes de los asociados que como un deber tienen las autoridades. Y si la alcaldía, en vez de sancionar al apostador incumplido, con el cierre de un establecimiento, que es la sanción prevista en la norma, optó por ordenar el pago de la boleta ganadora a las personas favorecidas con la suerte, incurrió en un abuso de poder, porque esta sanción no está prevista en la norma, desde luego que le fue expresamente atribuida a otra autoridad, o sea dicho, a la jurisdicción civil. De acuerdo con el Art. 66 del Código Contencioso Administrativo, cuando los actos administrativos han sido expedidos en forma irregular, "o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere", procede la acción de nulidad. Y en el proceso que nos ocupa, está demostrado que el acto acusado es violatorio del reglamento del ejecutivo municipal de Cali contenido en el Decreto 855 de 1968, que en verdad no le dio —no podía darle— la atribución de ordenar el pago proveniente de un contrato civil, solucionando así un conflicto entre particulares. Tan solo —se repite— por el hecho del incumplimiento la norma prevé la sanción de cancelar la licencia de funcionamiento, que es una medida de policía administrativa en defensa de los intereses del público apostador. El juego es un contrato aleatorio que por regla general no produce acción ni excepción, excepto "los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de policía", dispone el Código Civil (Arts. 2283 y 2282). Así, tratándose de un contrato de carácter civil, la acción para dirimir el conflicto entre los apostadores corresponde al Juez Civil por competencia, de acuerdo con los Arts. 12, 16 y 19 del Código de Procedimiento Civil. Y si la Alcaldía de Cali se abrogó la competencia que en esta materia le corresponde a la justicia ordinaria, incurrió en un abuso de poder que afecta de nulidad el acto acusado, tal como se alega en la demanda y se comprobó en este proceso. (Sentencia de julio 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel A. Cárdenas V. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Números 007 de marzo 16 de 1975 y J-017 de abril 25 de 1975 de la Secretaría de Gobierno y la

Páginas

Alcaldía de Cali. Actor: José M. Gómez. Exp. 2511. Autoridades Municipales). 521

132. PODERES DE POLICIA QUE TIENE LA ADMINISTRACION

Responsabilidad del Estado por los Actos de Policía. Límites. Policía Sanitaria. Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los Actos de Policía.— 1º La policía administrativa busca la prevención de los atentados contra el orden público en cualquiera de sus facetas: tranquilidad, salubridad y seguridad. En otra palabras, esta policía busca evitar que ciertas dificultades o perturbaciones en la vida de la sociedad se produzcan o se agraven. 2º Busca la policía evitar desórdenes visibles, vale decir, que su intervención sólo, se justifica ante la presencia de manifestaciones exteriores de perturbación. 3º Al lado de la policía general, que posee un conjunto de competencias y medios para el mantenimiento del orden público sobre un determinado territorio, se dan las policías especiales que previenen los desórdenes en esferas bien definidas, con medios más precisos y rigurosos que se aplican, sea a una categoría de personas (policía de extranjería o inmigrantes) o a una rama de la actividad social; (policía de caza y pesca, de circulación y tránsito, de pesas y medidas, de asuntos laborales, de salubridad en general —drogas, alimentos, centros asistenciales, campañas sanitarias, etc.—). 4º Como lo dice el profesor Jean Rivero, el ejercicio del poder de policía está sometido, como toda actividad administrativa, al principio de la legalidad y al control jurisdiccional. Pero los límites de esa legalidad han sido definidos más por la doctrina y la jurisprudencia que por la misma ley. La jurisprudencia, por ejemplo, ha sentado como premisa, derivada del principio liberal que ve en la libertad y en la intervención policiva la excepción, la siguiente: una medida de policía no es legal, sino en cuanto sea necesaria para el mantenimiento del orden público. El profesor Waline es de idéntico parecer cuando escribe: "En fin, cada vez que haya habido una restricción, no exigida por el interés público, de una libertad pública consagrada por la ley o la Constitución, el Consejo de Estado ha anunciado la medida de policía". La aceptación de las ideas procedentes muestra cómo la responsabilidad del Estado por los actos de policía se puede ver comprometida cuando la administración se excede en el ejercicio del mencionado poder y como consecuencia de tal conducta perjudica o daña a alguien. Cabe recordar aquí que, como en otras hipótesis que tocan con los actos administrativos, sólo se compromete la responsabilidad del Estado cuando éstos sean ilegales. 5º Acepta igualmente la doctrina que la impugnación de los actos de policía puede hacerse, ordinariamente, o bien por ilegalidad o bien por desviación de poder (la incompetencia y la expedición en forma irregular son de escasa ocurrencia en este campo) reconociendo además la importancia que sobre el asunto tiene el control de los motivos en los casos en que la medida de policía haya sido motivada. En esta hipótesis, el Juez debe estudiar la situación fáctica porque en este control cabe evaluar si la medida se adecúa o no a las razones tenidas en cuenta como fundamento. En otras palabras, el

juzgador tiene facultades para verificar si tales motivos existen, si son exactos o no y si tienen o no entidad para justificar la medida. 6º Es cierto que este poder tiene sus límites, entre los cuales está precisamente la protección que las autoridades deben brindarle a las libertades públicas o garantías sociales de que son titulares los administradores. Pero esa titularidad, así tenga origen constitucional, no las hace intocables, ya que en ciertas y especiales circunstancias en las que está en juego el interés público, esas mismas garantías pueden y deben ser restringidas; patentizándose así un conflicto de intereses jurídicos que debe resolver el funcionario entre el deber que se le ha encomendado de salvaguardar esas libertades y la obligación que tiene de mantener el orden por todos los medios apropiados dentro del territorio de su jurisdicción; es decir, debe elegir entre dos deberes, en principio contradictorios, impuestos por la ley, pero no en forma arbitraria porque sólo podrá afectar una garantía pública cuando la restricción sea necesaria para el mantenimiento del orden público. 7º Las Secretarías de Salud Pública por mandato legal son competentes para tomar medidas de policía sanitaria. Por tal razón podrán dictar y aplicar las medidas y sanciones a que hubiere lugar en desarrollo de la higiene pública en el territorio de su jurisdicción, de conformidad con el procedimiento establecido por el efecto. (Decreto 3117 de 1953. Art. 5º, en armonía con el 16 del Decreto 0072 de 1950). Para la Sala no existe duda de la competencia que tiene para resolver el presente asunto, así esté cuestionado en el proceso un acto de policía. A este respecto comparte la tesis expuesta por la Sección Primera en sentencia de 31 de agosto de 1976 con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, en la cual brillantemente se analiza el alcance del ord. 2º del Art. 73 del Código Contencioso Administrativo y la aptitud de esta jurisdicción para conocer de asuntos policivos. Allí, en síntesis, se sostuvo: 1) Que la policía, orgánica y materialmente entendida, es parte de la administración y los actos expedidos con base en su poder, son administrativos, porque no sólo realizan el orden público sino porque participan directamente en la satisfacción de las necesidades colectivas. 2) Que la jurisdicción contencioso administrativa desde sus albores ha sido la competente para conocer de las acciones que se han promovido contra los actos administrativos proferidos en ejercicio del poder de policía como sucede en la actualidad, conforme a claras e inequívocas competencias dadas por la ley (Arts. 34, 35, 52, 54 y 56 de la Ley 167 de 1941) y a reiterada jurisprudencia de esta Corporación. 3) Que en el régimen jurídico colombiano todos los actos administrativos, aún los discrecionales que se dictan con base en una competencia y observando la jerarquía normativa, son susceptibles de control jurisdiccional. 4) Que la aceptación de la teoría tradicional que distingue entre controversias de policía y simples infracciones administrativas, para sustraer a aquéllas del control jurisdiccional de conformidad con el ordinal 2º del Art. 73 del Código Contencioso Administrativo, daría carta blanca a los regímenes policivos, lesivos de las libertades jurídicas, en los cuales una legalidad *ad hoc* reemplaza frecuente y ordinariamente el orden jurídico, sin posibilidad alguna de infirmar las decisiones administrativas así tomadas.

Páginas

5) Que no cabe hacer esa distinción, en suma, porque unas y otras tienen la misma naturaleza, y se caracterizan por ser la aplicación de estatutos prescriptivos que determinan los medios y fines de policía, para salvaguardar el orden público en sus distintas modalidades. 6) Que la norma contenida en el ord. 2º del citado Art. 73 es de carácter excepcional, no puede dársele una significación extensiva sino la restrictiva que le corresponde según los principios que informan esta jurisdicción, la historia fidedigna de su establecimiento y otras normas de la legislación actual; porque: a) La competencia de los órganos de la jurisdicción administrativa está expresamente señalada en la constitución y la ley; y aquella norma al hablar de los perjuicios de policía obviamente se refería a los existentes a la sazón y a los que posteriormente se crearan por la ley sin que pueda pensarse que otros ordenamientos inferiores están habilitados igualmente para hacerlo; b) La historia del Art. 73, ord. 2º corrobora lo dicho, ya que no es más que la reproducción textual del Art. 1º de la Ley 99 de 1919 modificatorio en este extremo del Art. 38, literales b y g, de la Ley 130 de 1913. De donde se colige que la excepción se fundamenta en el hecho de que en los juicios de policía la administración ejerce función jurisdiccional, la que dada nuestra organización política, no puede ser regulada sino por la Constitución y la Ley en idéntica forma para todos los órganos de esta jurisdicción y para todo el territorio nacional; y c) El Código Penal a pesar de dividir las infracciones de la ley penal en delitos y contravenciones no tipificó las controversias penales, lo que tampoco hizo el Art. 73, el cual sólo excluyó del conocimiento de la jurisdicción administrativa las decisiones policivas que tuvieron carácter jurisdiccional. De allí la diferencia que se observa en el tratamiento que se les da a las controversias en los (1) 1355 de 1970 y 522 de 1971. Mientras en aquél se instituyen las controversias comunes, susceptibles de control ante la jurisdicción administrativa, en el segundo se regulan las especiales y se les dota de un tratamiento legal parajurisdiccional. (1) Léase: "...en los decretos". (Sentencia de noviembre 15 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Luis E. Quiroga. Expediente 1582). 586

133. PRESTACIONES

Sentido e interpretación de la Ley Nº 48 de 1962 Art. 8º. Fallecimiento de congresistas en ejercicio de sus funciones. Ese privilegio no se puede extender a todas aquellas personas que en una época determinada fueron parlamentarios o diputados o miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.— La parte demandante considera que las Resoluciones 5510 de octubre 14 de 1970 de Cajanal Dirección Seccional de Cundinamarca y 0021 de abril 6 de 1971 de la Dirección General de Cajanal al no reconocer la sustitución pensional con el 85% de su valor, en razón de que por los años de 1953 a 1957 el causante Daniel Henao perteneció a la Asamblea Nacional Constituyente, desconocieron el sentido de la Ley 48 de 1962 que en su Art. 8º dijo: "Las viudas de los miembros del Congreso y de las

Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de veintiún (21) años, tendrán derecho a seguir percibiendo el ochenta y cinco por ciento (85%) de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras los primeros permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad". La disposición transcrita, invocada por la demanda, no puede ser interpretada acomodaticiamente, ya que el beneficio que en ella se consagró fue exclusivamente para los Congresistas que reunieron los presupuestos legales de edad y tiempo de servicio fallecieren estando en ejercicio de sus funciones como miembros del Congreso o de la Asamblea Nacional Constituyente, según las voces del Art. 1º del Acto Legislativo Nº 2 de 1954. Ese privilegio no se puede extender a todas aquellas personas que en una época determinada fueron parlamentarios o diputados o miembros de la Asamblea Nacional Constituyente como el doctor Daniel Henao H. pues esa circunstancia no es suficiente para invocarlo, ya que la Ley 48 de 1962 lo estableció para los miembros del Congreso o de la Asamblea Nacional Constituyente o de las Asambleas Departamentales, que hubiera fallecido en desempeño de esos cargos y con el derecho a la pensión de jubilación, pero nunca para quienes en alguna época hubieren desempeñado los cargos referidos. El doctor Henao no falleció ostentando su calidad de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente con derecho a pensión jubilatoria, sino cuando desempeñaba sus funciones de Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores y, por ende, sus prestaciones estaban gobernadas por las disposiciones legales vigentes en ese momento, en especial las contenidas en el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1949, que no consagran el privilegio de la sustitución pensional por vida con el 85% de la cuota pensional respectiva. La Cajanal obró bien el reconocer a la viuda demandante de la pensión de jubilación del doctor Henao H. de acuerdo con los sueldos devengados por él en el último año como empleado del Ministerio de Relaciones Exteriores y no con los sueldos de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente. Esa pensión, equivalente al 75% del promedio de los sueldos del último año, se sustituyó por el término de dos años en favor de la señora Cornelia A. K. de Henao en la forma indicada por el Decreto 3135 de 1968, que no contempla situaciones de privilegio para quienes fallezcan ostentando el carácter de exparlamentarios o exdiputados. Ahora bien, de conformidad con el Artículo 9º del Decreto 1723 de 1964 reglamentario de la Ley 48 de 1962, "para que las viudas de los miembros del Congreso y de los Diputados a las Asambleas Departamentales. Así como los hijos de unos y otros, menores de edad, puedan disfrutar de la pensión de que trata el Art. 7º de este Decreto, se requiere que el Congresista o Diputado hubiere obtenido la pensión estando en el ejercicio del cargo. También tendrán este derecho en el caso de que el Congresista o Diputado, hubiere fallecido sin haber obtenido el reconocimiento de la pensión, no obstante haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la Ley para gozar de este derecho". Es decir, la sustitución pensional para las viudas de los Congresistas se consagró en aquellos casos en que hubieran fallecido siendo miembros activos del

Páginas

Congreso con derecho a la pensión de jubilación, mas no para quienes tuvieron oportunidad en época pretérita de ser miembros del Congreso o de las Asambleas y que fallecieron siendo excongresistas o exdiputados. (Sentencia de diciembre 14 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago H. Actor: Cornelia Keller de Henao (viuda). Expediente 3164 Autoridades Nacionales). 408

134. PRESUPUESTO DE RENTAS Y LEY DE APROPIACIONES

Expedición, régimen y finalidad. Constituye un acto condición que permite al gobierno, durante la vigilancia fiscal, percibir los ingresos y efectuar los gastos previamente decretados por el Congreso, las Asambleas y los Concejos. La planificación nacional y local, como programa general de acción, se debe reflejar y cumplir paulatinamente a través de los presupuestos.— El presupuesto de rentas y la Ley de Apropiaciones de la Nación que, en principio, el Congreso debe expedir con base en el proyecto que le presente el Gobierno, constituye un acto condición que permite a éste, durante la vigencia fiscal, percibir los ingresos y efectuar los gastos previamente decretados (Arts. 76, numerales 13 y 14, 206, 207, 209 y 210 de la Constitución). Se busca así que el Congreso —y en el orden local las asambleas y concejos— cuyos integrantes son elegidos popularmente, sea el encargado de adoptar, mediante leyes las decisiones fundamentales sobre impuestos y contribuciones, gastos e inversiones, a manera de opciones políticas que han de orientar la gestión administrativa del Gobierno en la vigencia fiscal, conforme a una ya larga tradición. Pero con mayor énfasis en el régimen constitucional colombiano, en el cual el Presupuesto de Rentas y la Ley de Apropiaciones de la Nación deben ser los instrumentos de realización de los planes y programas de desarrollo económico, social y de obras públicas, cuya adopción, también en principio, por iniciativa el Gobierno, incumbe al Congreso (Arts. 76, Ord. 4º, 79, 80, 118, Ord. 3º y 200 de la Constitución). Se trata de una política general de acción que se debe realizar sucesivamente, como programas específicos, mediante la adopción y ejecución estricta del Presupuesto. De ahí que el Art. 208 de la Constitución disponga perentoriamente que éste "deberá reflejar los planes y programas" y que el Art. 137, Ord. 2º, *ibídem* prescriba que los planes y programas departamentales de desarrollo económico, social y de obras públicas deben coordinarse con los nacionales y regionales, incluidos los municipales, a los cuales se refiere el Art. 139 Inc. 2º de la Carta, con la obvia finalidad, de hacer de la planificación nacional y local el programa general de acción que se debe reflejar y cumplir paulatinamente a través de los presupuestos. Esto también explica que el Art. 15 del Decreto Ley 294 de 1973 ley orgánica del presupuesto nacional para hacerlo equilibrado, rigurosa, universal y, en general, menos flexible que la ley ordinaria, distinga entre el presupuesto de gastos de funcionamiento y el de inversión para regularlos diferentemente, por causa de su distinta finalidad. No obsta el principio expuesto que, si el Gobierno no presenta oportunamente el proyecto de presupuesto, deba re-

Páginas

petirse el de la vigencia anterior, o que, si el Congreso no lo expide dentro del plazo legal (Art. 57, Inc. 1º del Decreto Ley 294 de 1973), rige el proyecto presentado por el Gobierno (Arts. 209 de la Constitución, 57 y 66 del Decreto Ley 294 de 1970), porque en ambos casos se busca remediar, respectivamente, la omisión del Gobierno o del Congreso y evitar que haya incertidumbre, que tendría graves consecuencias, sobre la materia. Es una solución excepcional para la incuria en que podrían incurrir los órganos encargados por la Constitución de expedir el Presupuesto, para que, de todos modos exista. (Dictamen de julio 18 de 1977. Sala Plena del Consejo de Estado. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Con *Salvamento de voto* del Consejero doctor Jorge Valencia Arango. Créditos Extraordinarios. Radicación 332). 731

135. PRESUPUESTO Y CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS

Traslados de aportaciones. Créditos adicionales cuando está reunido y cuando está en receso el Congreso.— La Ley de Presupuesto, como todas, en principio obliga al Gobierno, el cual solamente debe percibir los ingresos y hacer los gastos incluidos en él. Pero, para obviar los problemas que podrían presentarse y permitir al Gobierno remediarlos pronta y eficazmente, el Art. 113 del Decreto Ley 294 de 1973 limitadamente lo autoriza para hacer "traslados de aportaciones entre artículos de un mismo Ministerio o Departamento Administrativo", con el fin de "adicionar partidas insuficientes de la Ley de Apropiaciones", "previa certificación del Contralor General de la República de que la apropiación que se va a transferir está libre de afectaciones". Pero, en los demás casos, "apropiaciones para gastos no previstos en el Presupuesto, mediante contracréditos", transferencias de apropiaciones entre artículos de un mismo Ministerio o Departamento Administrativo de partidas afectadas, según el mencionado certificado del Contralor, o créditos adicionales, si está reunido el Congreso, el Gobierno debe someter a su consideración, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con los Arts. 212, Inc. 3º de la Constitución y 91, Inc. 2º del Decreto Ley 294 de 1973, el correspondiente proyecto de Ley que modifique la de apropiaciones. Si el Congreso se encuentra en receso, el Gobierno, con fundamento en los Arts. 212 y 213 de la Constitución, puede abrir créditos suplementales o extraordinarios a la Ley de Apropiaciones, conforme a los siguientes principios que se deducen de los indicados preceptos: 1º) La necesidad del "gasto imprescindible" la determina el Gobierno, como un criterio de conveniencia y de oportunidad de la medida que, como tal, no está sujeto a control. 2º) El crédito suplemental o extraordinario debe tener por objeto apropiar una partida para un gasto no previsto o incrementar la aprobada, si el Gobierno la estima insuficiente. 3º) Pero el Gobierno, específicamente el Consejo de Ministros, debe abrir el crédito suplemental o extraordinario "en las condiciones y por los trámites prescritos por la Ley orgánica del Presupuesto", actualmente los Arts. 98 a

Páginas

111, inclusive del Decreto Ley 294 de 1973. Esto con la finalidad de impedir que, mediante los créditos suplementales o extraordinarios, que tienen obvio carácter especial, se haga nugatorio el Presupuesto el cual, además, de factor de orden de la Administración financiera, es instrumento de realización del plan, y sea reemplazado por el azar y el casuismo, en una especie de dictadura fiscal. Por consiguiente, en relación con estos dos aspectos, su actuación necesariamente es, no discrecional, sino reglada. La Ley del plan, por su esencial carácter previsor por una parte, funcionalmente disminuye la posibilidad de la ocurrencia de la necesidad del "gasto imprescindible" sin que esté prevista en el Presupuesto y, por otra, constituye una pauta legal objetiva, que no se puede desconocer ni infringir, para determinar la necesidad y prioridad de una inversión. La falta de esta Ley, no obstante que la Constitución reiteradamente ordena expedirla, distorsiona por lo mismo, el sentido del Presupuesto e impide efectuar plenamente el control de legalidad de los créditos suplementales de inversión. 4º) El Consejo de Estado ejerce el control previo de constitucionalidad y legalidad no de conveniencia u oportunidad, del crédito suplemental o extraordinario. El dictamen negativo de esta Corporación hace imposible la apertura del crédito, pero el favorable, contrariamente a lo previsto por el Art. 109, inc. 2º del Decreto Ley 294 de 1973, no obliga al Gobierno, el cual por lo mismo puede, a este respecto, obrar libremente ("a su juicio"). 5º El crédito suplemental o extraordinario, sin perjuicio de que las partidas apropiadas o incrementadas puedan afectarse inmediatamente después de aprobado, debe ser enviada al Congreso por el Gobierno para su legalización, la cual le corresponde efectuar, según el Art. 99 del Decreto Ley 294 de 1973, a las Comisiones Permanentes del Presupuesto del Congreso, dentro de los diez días siguientes al de su recibo, cuyo transcurso, sin que se hubiere pronunciado implica tácita aprobación. (Dictamen de julio 16 de 1977. Art. 212 de la Constitución Nacional). Sala Plena. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, con *Salvamento de Voto* del Consejero doctor Jorge Valencia Arango. Créditos Extraordinarios). 731

136. PRESUPUESTO Y CREDITOS SUPLEMENTALES O EXTRAORDINARIOS

Salvamento de Voto.— La terminología del Constituyente de 1968, trae ya, técnicamente, la diferenciación entre *gasto e inversión* y, por lo mismo, habrá de entenderse que el artículo 212 se aplica a *gastos,* no a *inversiones.* Que las inversiones tienen que figurar en los planes y programas de desarrollo económico y social, aprobados por ley especial según los artículos 79 y 80 de la Carta. Que si no se cumple lo anterior, no es posible aplicar el artículo 212. Que no puede hablarse de un plan o programa, cuando para expedirlo se exigen tantos requisitos y para *modificarlos,* prácticamente el artículo 212 nada exigiría. En qué queda la vigencia de la Comisión Especial y Permanente, sobre los planes y programas de desarrollo económico y social, si ninguna intervención tiene en los créditos

Páginas

suplementales o extraordinarios que los afectan, o los pueden desnaturalizar? En un expediente se certifica que el Presupuesto, Capítulo Rama Jurisdiccional, servicios personales, sobran 18 millones de pesos que, por lo mismo, se toman para financiar un crédito extraordinario. Y en otro expediente, se certifica que en tal Capítulo, idéntico artículo falten equis millones, que, por lo mismo, se acredita extraordinariamente. Será esta anarquía contable y presupuestal lo que quiere y permite el Art. 212 de la Constitución Política? En el expediente Nº 332, algunos de los objetivos de los créditos son los de hacer préstamos a entidades territoriales y a empresas descentralizadas, en los términos de los artículos 16 del Decreto 294 de 1973 y Decreto 505 de 1974. Tales normas exigen que tales empréstitos no pueden tener objeto distinto al del cumplimiento, por parte de la entidad territorial o descentralizada, de una obligación creada por *una ley, un contrato,* o una *sentencia judicial,* como es obvio, cualquiera de ellas que sea alegada como razón del crédito suplemental o extraordinario, debe aparecer *plenamente acreditada,* so pena de violar los Arts. 207, 210 desfavorable. (*Salvamento de Voto* del H. Consejero Doctor Jorge Valencia Arango. Al dictamen de Julio 18 de 1977. Del que fue ponente el Consejero Doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público Radicación 332 Créditos Extraordinarios). 737

137. PRETENSION O SU NATURALEZA

Nulidad o plena jurisdicción doctrina del Consejo de Estado. No es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión el factor determinante para establecer si su pretensión es de nulidad o de plena jurisdicción sino el móvil o el fin que se persigue al formularla. Oportunidad para estudiar la naturaleza de la pretensión. Impropiedad de la vía procesal.— En la demanda no sólo se aduce como fundamento de la pretensión el desconocimiento de derechos adquiridos, lo cual es de suyo revelador del propósito principal de obtener la tutela de determinados derechos en, particular, sino que la propia pretensión de nulidad no se aduce en relación con el acto general del cual el acuerdo acusado es un simple acto de ejecución, lo cual también indica que el interés se circunscribe a la protección de los derechos, que, a juicio de la demandante, habrían sido lesionados por éste. En doctrina constante desde 1961 el Consejo de Estado ha sostenido que no es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión el factor determinante para establecer si una pretensión es de nulidad o de plena jurisdicción sino el móvil o el fin que se persiga al formularla. Una pretensión será de simple nulidad cuando se formula para obtener la tutela del orden jurídico objetivo que se considera quebrantado por el acto que es objeto de la pretensión y, es de plena jurisdicción, cuando la finalidad fundamental de la pretensión es obtener la tutela de un derecho particular que se considera desconocido o vulnerado por el acto cuya nulidad se demanda. Dentro de este orden de ideas debe examinarse la pretensión propuesta, el Tribunal hizo algunas consideraciones a este respecto después de hacer el estudio de fondo y concluyó que debió ejercitarse la acción de plena juris-

Páginas

dicción, porque se trata de la defensa de derechos particulares, sinembargo en la parte resolutiva de la sentencia se hace un pronunciamiento de mérito para no acceder a lo demandado. El estudio sobre la naturaleza de la pretensión debió hacerlo el *"a quo"* antes de analizar el fondo mismo del problema, pues tratándose de una cuestión de orden procesal, su dilucidación debía ser previa, pues a ella quedaba condicionada la posibilidad de hacer o no el pronunciamiento de mérito. Pero el Tribunal no sólo invirtió el orden lógico, sino que, a pesar de concluir que la pretensión es de plena jurisdicción y que no podía proponerla sino la persona que se considerara lesionada en un derecho suyo, produjo un fallo de fondo sin que apareciera acreditado en el proceso el interés para obrar. El demandante dijo actuar en interés de la Ley para obtener la tutela del orden jurídico objetivo, pero si esa hubiera sido la finalidad real que perseguía, debió señalar como objeto de su pretensión la nulidad del Acuerdo Nº 064 que es la norma general en la cual se prescribe que "los predios comprendidos en cada programa de renovación urbana se consideran de utilidad pública e interés social al tenor de lo dispuesto en el Art. 1º de la Ley 1ª de 1943. Si se razona con los propios argumentos del demandante, el quebrantamiento del orden jurídico objetivo emanaría directamente de este acuerdo y no del que escogió como objeto de su pretensión, pues este es un simple acto de ejecución del primero que, por su contenido particular y concreto, comprende apenas unas situaciones jurídicas, perfectamente determinables. Por manera que una supuesta ilegalidad de éste sería refleja de la ilegalidad general de otro, y, por lo tanto, su anulación no tendría virtualidad suficiente para alcanzar la tutela del orden jurídico objetivo: apenas se obtendría la tutela del interés o de las situaciones jurídicas implicadas dentro de su marco particular y concreto, finalidad esta que no coincide con la pretensión de simple nulidad, sino con la pretensión de plena jurisdicción. Así las cosas, estima la Sala que el demandante no sólo debió aducir la lesión de un derecho suyo como fundamento para formular la pretensión de nulidad del Acuerdo Nº 065, sino que, además, debió acumular a ésta la de nulidad del Acuerdo Nº 64. Pero si su propósito efectivo no era la tutela de un derecho en particular, sino la del orden jurídico abstracto, la única manera idónea de alcanzarlo era mediante la petición de nulidad del Acuerdo 64 que es el acto en donde se previó de manera general que la remodelación urbana era un fin de interés social para efectos de la expropiación. No sobra advertir al Tribunal que el estudio sobre la naturaleza de la pretensión debió hacerlo al examinar los presupuestos de admisibilidad de la demanda con lo cual se habría evitado este injustificado derroche de jurisdicción. Esta omisión y el error procesal de proferir una sentencia de mérito no obstante la conclusión del propio juzgador sobre la impropiedad de la vía procesal escogida por el actor, ha dado lugar a que al cabo de más de dos años y medio sea preciso hacer un pronunciamiento inhibitorio. (Sentencia de octubre 21 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Diego López M. Exp. 2522. Acuerdos de los Concejos). 495

Páginas

138 PROCEDIMIENTOS GUBERNATIVOS

Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas. Disposiciones posteriores derogaron el artículo 9º del Decreto 1587 de 1963.— Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas se rigen por el Decreto 2733 de 1959. El señor Ministro de Trabajo formula la siguiente consulta. a) Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas. b) O lo que es lo mismo, está vigente el artículo 9º del Decreto 1587 de 1963. O debe entenderse derogado por las disposiciones posteriores que se han citado". La manera más clara de considerar esta consulta y teniendo en cuenta las disposiciones que en ella se citan, es examinar en orden cronológico estas disposiciones así: 1º El Decreto 2733 de 1959 reglamentario del derecho de petición. Este Decreto, como se dice en uno de sus considerandos, se dictó fundamentado y para hacer efectivo el artículo 45 de la Constitución según el cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones a las autoridades y el de obtener pronta resolución. Sobre el carácter de este Decreto, y amplitud dijo esta Sala en alguna ocasión: "Entre las garantías jurídicas que aseguran a los particulares la sumisión de la Administración al Derecho, está el señalamiento en la ley de reglas de procedimiento a las cuales debe ajustar su actuación. Parte fundamental para tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares es la consagración, dentro de tal procedimiento, de los llamados recursos administrativos especiales el denominado recurso jerárquico o recursos de alzada, mediante el cual la propia administración con la intervención del respectivo superior jerárquico revisa los actos dictados por el funcionario o empleado de grado inferior. La existencia de este procedimiento administrativo y su sometimiento a él es en los Estados de Derecho, como lo es Colombia, presupuesto indispensable para que sea admisible el recurso jurisdiccional contra las providencias dictadas en actuaciones administrativas en que interviene o debe quedar obligado un particular". Y en otra oportunidad expresó: "Con el objeto de hacer efectivo el principio de legalidad en las actuaciones de la administración, dando a ésta oportunidad para enmendar sus yerros jurídicos y a los administrados la de defender sus derechos ante la propia administración, sin acudir a la autoridad en ejercicio de las pertinentes acciones, se ideó el llamado "procedimiento gubernativo", que entre nosotros está regulado por el Decreto 2733 d 1959". Ahora bien, si se examinan algunas disposiciones de este Decreto 2733 se encuentra lo que dispone el artículo 13: Por lo tanto, es de evidencia, dado el carácter de este Decreto y el aparte de la disposición que se ha subrayado, que este Decreto y sus recursos son generales, son aplicables en todos los casos, excluyéndose únicamente aquéllos en que una disposición expresa así lo prevea. Esta, si se quiere insistir, es la regla para la aplicación de este Decreto. Otra norma que debe tenerse en cuenta está expresada en el inciso 2º del artículo 16, y

que se ajusta a lo que se ha venido afirmando: *"Por regla general* procede el recurso de apelación para ante el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo del ramo, contra todas las providencias definitivas de los funcionarios, agentes o personas administrativas del orden nacional". (Subraya la Sala). 2º En virtud de la Ley 1ª de 1963 se dictó el Decreto 1587 por medio del cual se organizó la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Este decreto fijó las funciones, atribuciones y organización de esta Superintendencia, y entre las disposiciones que la regulan se determinó en su artículo 9º: "Las providencias de la Superintendencia Nacional de Cooperativas serán susceptibles del recurso de reposición entre el mismo funcionario (el Superintendente Nacional), y surtido éste, se entenderá cumplido el procedimiento gubernativo de ellas. Las providencias de los Superintendentes Delegados Regionales, tendrán el recurso de reposición ante los mismos funcionarios, y el de apelación ante el Superintendente Nacional, para agotar tal procedimiento". Por lo tanto, y según lo que se ha venido expresando, esta es la disposición legal especial que fijaba el procedimiento gubernativo cuando se trataba de providencias de la Superintendencia Nacional de Cooperativas; en esos casos, pues, no era aplicable el procedimiento gubernativo según las prescripciones del Decreto 2733 de 1959 y así debía actuarse mientras rigiera y estuviera vigente este artículo 9º del Decreto 1587. 3º En 1968 en virtud de autorizaciones extraordinarias se hizo la que se conoce como reforma administrativa de ese año. Entre las entidades que fueron reorganizadas está la Superintendencia Nacional de Cooperativas. En efecto por el Decreto 3134 de 1968 se reafirmó que esa entidad estaba adscrita al Ministerio de Trabajo, se fijaron su naturaleza y funciones, su organización etc. Es decir, la regulación de esa entidad a partir de esa fecha y mientras este Decreto estuviera vigente, era la que le imprimía este Decreto 3134, y Decreto que concluye especificando en su último artículo, el 24, que a partir de su expedición se derogaban todas las disposiciones que le fueran contrarias. Ahora bien, este estatuto dispone en su artículo 21: "Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por el Decreto 2733 de 1959". Este artículo es claro, preciso. De otra parte el artículo 9º del anterior Decreto, el 1587, le es contrario. Por lo tanto, por disposición expresa de esta ley posterior este artículo, para referirnos sólo a él, quedó derogado a partir de esa fecha y a partir de esa fecha el procedimiento gubernativo en la Superintendencia Nacional de Cooperativas se debía regir por el Decreto 2733 de 1959. 4º En 1974, en virtud de facultades extraordinarias, se dictó el Decreto 611 de 1974, por medio del cual se estructuró nuevamente la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Nuevamente se especificó que esta Superintendencia era un organismo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se determinó la estructura, las funciones, atribuciones etc., de esta entidad y en el artículo 41 se volvió a establecer: "Los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas, se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959". Por lo tanto, y sin necesidad de repetir lo que ya se ha dicho en relación al Decreto 3134 de 1968, y mientras esté vigente este

Páginas

Decreto 611 de 1974, por voluntad expresa de la ley, y no puede haber otra solución, los recursos de la vía gubernativa en la Superintendencia Nacional de Cooperativas se rigen por el Decreto 2733 de 1959. Por lo expuesto, y en cuanto a las preguntas concretas formuladas en la consulta se responde así: a) Sí. Es competente el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra actos administrativos del Superintendente Nacional de Cooperativas. b) El artículo 9º del Decreto 1587 de 1963 no está vigente: este artículo fue derogado por disposiciones posteriores como se especificó en la Consulta. (Concepto de septiembre 20 de 1977. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Consulta del Ministro de Trabajo. Autorizada con oficio Nº 378. Radicación Nº 1166). 48

139. PROPIEDAD INTELECTUAL

En qué consiste, quienes son los titulares. Normas legales que la establecen. Derechos, inscripciones o registros, obras pictóricas, responsabilidad del Banco de la República.— Se conocen con el nombre de derechos de autor y de propiedad intelectual todos aquellos que se tienen sobre obras artísticas, científicas y literarias como las composiciones musicales, las obras cinematográficas, pinturas, fotografías, litografías, esculturas, grabados, libros, folletos, y en general toda producción del dominio artístico, científico, literario que pueda reproducirse por cualquier medio de impresión o reproducción conocida o por conocer. Se reconoce como titular de la propiedad intelectual el autor de la obra, o sus causahabientes singulares o universales, según el Art. 3º de la Ley 86 es claro que los autores no pueden transferir sino la facultad de goce y de reproducción conservan sobre la obra un derecho inalienable de control de los que permite exigir la fidelidad en el texto y en el título, la mención de sus nombres y la de oponerse a toda reproducción o exhibición pública de la obra cuando se altere, mutile, o modifique (Art. 49). Según el Art. 35 de la Constitución Nacional el derecho a la propiedad literaria y artística corresponde al autor durante su vida, y después de su fallecimiento a quienes lo hayan adquirido legítimamente por un período de 80 años (Art. 90). De acuerdo con el precepto constitucional citado la propiedad intelectual puede ser transferida a título gratuito u oneroso e igualmente aprovecharla con o sin fines de lucro por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión (Art. 6º). De los derechos antes enunciados se desprende la facultad exclusiva que tiene el autor o sus causahabientes, de autorizar la publicación, modificación, compendio, transporte, ejecución representación de la obra artística, científica o literaria, autorizar su adaptación a la cinematografía o a instrumentos que sirvan para reproducirla mecánicamente así mismo autorizar su ejecución pública. Según el Art. 50 de la Ley "salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes análogos no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el cual pertenece al autor o a sus causahabientes". La Ley exige la inscripción en el registro nacional de propiedad

intelectual hoy en la Sección de Propiedad Intelectual y Publicaciones del Ministerio de Gobierno. Se encuentran sujetas al registro las obras científicas, artísticas y literarias de dominio privado y todos los actos de enajenación, edición, traducción, etc., vinculados con el derecho de propiedad intelectual sobre obras que se hayan publicado (Art. 73). La inscripción debe hacerse dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de "el día en que se terminó la impresión de la obra o fue publicada" período durante el cual la obra es protegida aunque no esté inscrita. Expirado ese plazo la protección cesa y sólo puede recuperarse con la inscripción y "la reproducción, adaptación o traducción de una obra mientras no se encuentra protegida" son estos actos válidos y no punibles. Señala el Decreto Nº 1258 de 1949 que el registro de inscripción de las obras artísticas, científicas o literarias, tiene como fines principales los de: "A) Dar publicidad al derecho de los autores o a sus causahabientes, y a los actos y contratos que trasladan o mudan esa especie de dominio amparado por la Ley. B) Dar mayor garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de propiedad intelectual, y a los actos y documentos que a ellos se refieren". Según la doctrina en la enajenación de una obra escultórica, pictórica, o de otras análogas, bien puede venderse la obra en sí o el derecho de autor. Si ocurre lo primero es claro que se trata de la venta de una propiedad corporal y "no confiere al adquirente el derecho de reproducción el cual pertenece al autor o a sus causahabientes a título universal (Art. 50)"; si se trata de lo segundo se presentará en este caso la venta del derecho de propiedad intelectual que le otorga al comprador el derecho de reproducción en forma indefinida, es decir si se trata de una obra científica o literaria podrá hacer todas las ediciones posibles, si se trata de una obra pictórica, escultórica o de artes semejantes efectuar todas las reproducciones del caso, si se trata de croquis, planos, etc. podrá hacer todas las obras que él quiera. Para Sala es evidente que el Banco de la República en virtud del contrato celebrado el 18 de julio de 1957 por la firma "Cuéllar Serrano Gómez Ltda.", en su nombre, que obra a folios 52 a 53 del cuaderno Nº 2 adquirió una propiedad corporal: la obra en si, mas no la facultad de goce y reproducción que siguió en cabeza del autor. Como se ha visto en otra parte de esta providencia la obra del Maestro Gómez Jaramillo estaba sujeta a registro que debía hacerse en la forma ordenada por los Arts. 74 y 78 de la Ley. Tanto el señor apoderado del demandante como el señor Agente del Ministerio Público sostienen que "el plazo para efectuar tal registro no se había vencido en el momento de realizar la operación administrativa y el tríptico gozaba por lo mismo de la protección de la Ley" a su turno el apoderado del Banco de la República alega que el plazo se encontraba más que vencido. La Sala estima que sí existe una obligación de registro para las obras artísticas, al igual que las científicas y literarias no puede darse a la expresión "desde el día en que terminó la impresión de la obra o fue publicada" la interpretación que le atribuye tanto al apoderado de la actora como el señor Fiscal de la Corporación. Si publicación según el diccionario de la Real Academia Española es "Acción y efecto de publicar, Obra literaria o artística publicada". Y publicar es "Hacer no-

toria o patente por voz de pregonero o por otros medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos. 2 Hacer patente y manifiesta al público una cosa. Publicar la sentencia. 3 Relevar o decir lo que estaba secreto u oculta y se debía callar... 5 Difundir por medio de la imprenta u otro procedimiento cualquiera un escrito, estampa etc., "tiene que concluirse que es sinónimo de exhibición, acción y efecto de exhibir, que según el mismo Diccionario es "Manifestar, mostrar en público" y de exposición que es "manifestación pública de artículos de industria o de artes y ciencias, para estimular la producción, el comercio o la cultura" y exponer no es nada diferente a "presentar una cosa para que sea vista, ponerla de manifiesto". Luego debe concluirse que las obras de arte se publican cuando se exhiben o se exponen. Por ello el término de cuatro meses de que habla el Art. 87 debe contarse a partir de la realización de esos actos. Si se aceptare que las obras artísticas se publican cuando se exponen o exhiben, y sucede que en muy pocas ocasiones ellas se publican en el sentido material de editarse o imprimirse en folletos, libros, etc., se llegaría a una conclusión; que el legislador consagra la obligación de registrarla, sanciona, el no registro, pero no determina plazo para efectuarlo en tratándose de pinturas, esculturas, etc., lo que conduciría más bien a sostener que la obligación de registrar la obra nace desde el mismo momento en que se termina su confección. En otras palabras cuando una obra de arte es confeccionada, aunque se enajene, sólo nace la obligación de registrarla a partir del momento en que ella se publique, es decir, que se exponga o exhiba. Antes, la propiedad intelectual es de su autor, como lo es siempre aunque no se haya cumplido con la obligación del registro siendo ya pública, y ninguna persona válidamente reproducirla o aprovecharse de ella. Pero si como se reconoce en el Art. 7º del Decreto 1258 el registro sólo tiene como fines principales de dar publicidad al derecho de los autores y a los actos y contratos que cambian su dominio, sólo los terceros podrán alegar el no registro como causa válida para exonerarse de responsabilidad por reproducciones o adaptaciones que hayan hecho. En efecto la misma Ley en su Art. 88 expresa: que "pero las ediciones, adaptaciones, traducciones, compendios, etc., que de la obra Haya Hecho Terceros después de haber transcurrido cuatro meses de su impresión o publicación, sin ser competentemente inscrita en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, son actos válidos y no punibles". De ahí que quienes hayan adquirido la obra por acto traslaticio del autor no pueden alegar el hecho de la inscripción para reproducciones, traducciones, copilaciones, etc., que no tenían derecho a hacer. Y si esto se dice de las relaciones entre particulares, qué podrá afirmarse cuando quien ha adquirido la obra es una persona de derecho público, que como principal obligación tiene la de proteger la vida y bienes de las personas que residen en el país. Lo anterior lleva a la conclusión de que el Banco de la República, como carecía de derecho de producción del triptico del pintor Gómez Jaramillo, no podía legalmente acuñar las monedas conmemorativas de los Jugos Panamericanos exonerando la figura de la Diosa Bachué y del Dios Bochica que hacían parte del triptico, ni podía alegar que esa obra era del dominio público, pues no

Páginas

había vencido el plazo para su registro. Pero aún en el supuesto de que dicho plazo se hallare más que vencido, el Banco no podría alegar el desconocimiento de la autoría del tríptico que introdujo parcialmente las figuras de los dioses antes citados. Por ello si el Banco de la República utilizó un derecho de propiedad intelectual que no le había sido concedido por su titular, y de ahí derivó ventajas económicas, no puede concluirse nada distinto a que debe indemnizar por esa conducta al propietario del citado derecho intelectual de los perjuicios que le irrogó. Por tanto en la parte resolutiva de esta providencia se declarará la responsabilidad del citado Banco, y no de la Nación como lo pide el señor Agente del Ministerio Público, ya que aunque la Nación se puede beneficiar de las utilidades del hecho dañoso, el autor del daño fue exclusivamente el Banco de la República, que entre otras cosas violó el Art. 2º de la Resolución Nº 50 de 1970 de la Junta Monetaria, que le ordenaba acuñar en el reverso de las monedas de oro "un grabado alusivo al evento deportivo, objeto de la acuñación". (Sentencia de octubre 13 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Exp. 1478. Actor: Margarita Villa de Gómez Jaramillo. Indemnizaciones). 621

140. PROTOCOLIZACION DE LA PARTICION. NULIDAD

De la circular Nº 064 de octubre 27 de 1976 de la Superintendencia de Notariado y Registro, en la parte que dice que los registradores deben negar el registro de enajenaciones, limitaciones o gravámenes que efectúen los herederos si en el documento correspondiente no se cita la escritura por medio de la cual se cumplió con el requisito de la protocolización.— El doctor Alberto Arias G., en ejercicio de la acción pública lo inició con fundamento en los hechos que, en síntesis, son los siguientes: El Señor Superintendente de Notariado y Registro, asumiendo funciones que no le han sido asignadas, por medio de una circular, busca hacer cumplir a los causahabientes de las sucesiones que cumplan con obligaciones tributarias, con lo cual congela el comercio libre de bienes adjudicados dentro de una sucesión, mientras el juicio se protocoliza. Así, dice la demanda, "se coarta, restringe y limita los ciudadanos el ejercicio del derecho de dominio sobre tales bienes". Esa congelación puede ser muy prolongada en virtud de la lentitud con que se expiden los certificados de paz y salvo, especialmente el "válido para protocolización". Con la mencionada circular se le resta efectividad a los procesos sucesorales y los adjudicatarios de bienes no pueden hacer transacciones sobre ellos, "porque el señor Superintendente exige una protocolización previa del expediente, sin que las normas legales lo enseñen así", llegando al despropósito de que las adjudicaciones en procesos sucesorales, en materia de bienes raíces, "no alcanzan la plena validez con el registro, sino con la intervención de otros funcionarios, a saber: los que expiden paz y salvos válidos para protocolización y los notarios que protocolizan expedientes. Si la Constitución garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, según el Art. 30, la circular del señor Superinten-

Páginas

dente, viola la Carta. Estos hechos sirvieron al doctor Arias G. para fundamentar en el Art. 66 del Código Contencioso Administrativo, su petición de anular parcialmente la circular 064 de octubre 27 de 1976, del señor superintendente de notariado y registro, en su párrafo quinto donde da órdenes en estos términos: "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 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 la mencionada circular viola, además el Art. 30 de la Constitución Nacional, los Arts. 673, 1008 y 1394 del Código Civil en concordancia con el Art. 611 del Código de Procedimiento Civil, por las razones que expone el demandante en su libelo, donde también, señala como quebrantados el Art. 17 del Decreto Ley 2143 de 1974, cuya violación resulta más ostensible si se tiene en cuenta las disposiciones de los Arts. 56 y 57 del Estatuto Notarial contenido en el Decreto 960 de 1970. Sólo el Sustanciador y el señor Fiscal han actuado. Este en su vista de fondo transcribió apartes del auto de suspensión provisional para concluir diciendo que "no hace falta, para proferir sentencia, buscar respaldo en nuevos argumentos de carácter jurídico, ya que para la medida provisional, se exige, precisamente, que aparezca ostensible violación de normas superiores". Y por ello, conceptúa que deben despacharse favorablemente al actor, las peticiones formuladas en la demanda. Comparte la Sala las apreciaciones del señor Agente del Ministerio Público, y con fundamento de la decisión a que se habrá de llegar, encuentra oportunidad de repetir lo que se dijo en el auto de suspensión provisional, cuando se afirmó: "Para la Sala unitaria aparece, a primera vista, la violación del Art. 17 del Decreto Ley 2134 de 1974, ya que lo que esta norma prohíbe es la protocolización de expedientes sucesorales cuando no estén acompañados del certificado de paz y salvo especial, mas no el registro de enajenaciones, 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 Art. 27 del Decreto 960 de 1970 'por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor firmeza de la que originalmente 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". (Sentencia de agosto 9 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Alberto Arias G. Exp. 2608. Autoridades Nacionales). 254

Páginas

R

141. RADIO COMUNICACIONES

Los establecimientos públicos están exentos del pago de la compensación en dinero por la utilización de frecuencias radioeléctricas cuando esa utilización se hace para necesidades de su propio servicio. Los establecimientos públicos pertenecen a la nación y como tales gozan de las mismas prerrogativas y privilegios de que goza la Nación. La Nación no puede ser sujeto pasivo de gravámenes. En el caso de los establecimientos públicos ese sujeto no existe: es el Estado.— El señor Ministro de Agricultura eleva a la Sala la siguiente consulta: Consulto respetuosamente al H. Consejo de Estado si los Establecimientos Públicos del orden nacional a que se refiere en la parte citada el Art. 43 del Decreto Ley 3130 de 1968 están exentos del pago de los derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocomunicaciones, entendiéndose que la definición de estaciones públicas no coinciden ni con los fines ni objetivos de las estaciones de los institutos o establecimientos públicos o si por el contrario, tales establecimientos están obligados a pagar al Ministerio de Comunicaciones tales valores, según lo establecido en el Art. 44 del Decreto Ley 3418 de 1954". El Decreto Ley 2811 de 1974, llamado Código de Recursos Naturales, contiene algunas disposiciones pertinentes a la consulta. Por medios de comunicación adecuada, se motivará a la población para que formule sugerencias y tome iniciativas a la protección ambiental y para el mejor manejo de los recursos naturales renovables, y se adelantarán programas de divulgación y adiestramiento en la identificación y manejo de sustancias nocivas del ambiente (Art. 15). Se organizará y mantendrá al día un sistema de informaciones ambientales, con los datos físicos, económicos, sociales, legales y, en general, concernientes a los recursos naturales renovables y al medio ambiente (Art. 20). Los datos del sistema serán de libre consulta y deberán difundirse periódicamente por medios eficaces, cuando fueren de interés general (Art. 24). En accidentes acaecidos o que previsiblemente puedan sobrevenir que causen deterioro ambiental, o de otros hechos ambientales que constituyan peligro colectivo, se tomarán las medidas de emergencia para contrarrestar el peligro (Art. 31). Toda persona está obligada a comunicar inmediatamente la existencia de un incendio forestal a la autoridad más próxima. Los medios de comunicación, *oficiales y privados*, —deberán transmitir, *gratuitamente* y en forma inmediata, a las autoridades civiles y militares los informes sobre incendios forestales (Art. 242). Por su parte el Decreto Ley 133 de 1976 dice que el Inderena es un establecimiento público del sector agropecuario y adscrito al Ministerio de Agricultura. Tendrá a su cargo la protección del ambiente y la administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional. Debe organizar sistemas adecuados de control y vigilancia para velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con esos recursos. Los establecimientos públicos son parte de la Administración e integran la Rama Ejecutiva. En efecto, dispone el Art. 76 numeral 9º de la Constitución que corresponde al Congreso Nacio-

Páginas

nal "determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos", y el Decreto Ley 1050 de 1968, Art. 1º dice "La Rama ejecutiva del poder público se integra con los siguientes organismos: a) Presidente de la República; b) Ministerios y Departamentos Administrativos; c) Superintendencias; y d) Establecimientos públicos". En concordancia con estas normas está el Art. 43 del Decreto 3130 de 1968 cuando expresa: "Los establecimientos públicos, como órganos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación". Es pues el Establecimiento Público una de las manifestaciones del Estado mismo, un mero procedimiento de organización de un servicio público, un método administrativo para prestar más técnicamente una función, con una determinada autonomía jurídica, financiera y administrativa. En tales circunstancias, aparecería como un contrasentido que el Establecimiento público tuviera que pagar por los medios que tenga que utilizar, del mismo Estado, para cumplir los fines que el mismo régimen jurídico le ha impuesto en su acto creador. Y, por el aspecto práctico, ese pago constituiría una disminución al patrimonio señalado para cumplir sus objetivos. En la situación de la consulta el Inderena tiene que proteger, conservar, manejar y vigilar todo lo relativo al medio ambiente y a los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional, y para cumplir esos deberes, impuestos por el Estado, es apenas lógico que tenga a su disposición los medios de comunicación adecuados, como por ejemplo, radioteléfonos, sin pago de derechos de funcionamiento de las estaciones públicas y privadas de radiocamunicaciones, que como se expresó atrás pertenecen al mismo Estado. Por similares razones, y en consulta también del Ministerio de Agricultura relativa al Inderena, esta Sala conceptuó en julio 16 de 1974 "que los Establecimientos Públicos del orden nacional están exentos del pago de la compensación en dinero por la utilización de frecuencias radioeléctricas, cuando esa utilización se hace para necesidades de su propio servicio, dentro del objeto que se les señaló a estos Establecimientos en el acto de su creación". De igual manera en respuesta a consulta del Ministro de Salud Pública en septiembre de 1976, la misma Sala opinó que los "establecimientos públicos no están obligados a pagar a los Municipios el impuesto predial, las tasas para construcción y ensanche de alcantarillado y demás impuestos a inmuebles", y de la providencia es el siguiente aparte: "La Ley declara que los Establecimientos Públicos pertenecen a la Nación, hacen parte de la Administración Nacional y como tales, gozan de las mismas prerrogativas y privilegios de que goza la Nación. Es simplemente consecuencia obvia de su carácter y aplicación de un principio elemental, enunciado atrás, en virtud del cual la Nación no puede ser sujeto pasivo de gravámenes, cualquiera que sea la naturaleza de éstos. La exención supone sujeto gravable. En el caso de los Establecimientos Públicos ese sujeto no existe: es el mismo Estado. (Concepto agosto 30 de 1977. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 1165). 9

Páginas

142. RECURSO DE QUEJA

Procedencia en los negocios administrativos. Artículo 282 Código Contencioso Administrativo; Artículos 377 y 378 Código de Procedimiento Civil.— El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previas algunas consideraciones, formula a esta Sala una consulta sobre la procedencia del recurso de queja establecido en el Código de Procedimiento Civil en los negocios administrativos. Para responder la pregunta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, son suficientes, a juicio de la Sala, las siguientes consideraciones: El querer o la voluntad del Estado se expresa en dos clases de actos administrativos: los que tienen carácter impersonal y producen efectos abstractos o generales y los que crean situaciones jurídicas concretas y particulares y en esa forma declaran o definen derechos subjetivos. En cualquier momento, los primeros pueden vulnerar o atentar contra el orden jurídico general y los segundos contra las prerrogativas de una persona determinada. Para restablecer el imperio jurídico agraviado en esa forma, consagran las leyes distintos tipos de acciones y procedimientos. En orden al restablecimiento del derecho particular violado o vulnerado en un momento dado por un acto de la administración, consagran las leyes dos clases de acciones o procedimientos: el llamado procedimiento gubernativo y la acción contencioso administrativa. El primero está reglamentado en el Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo, y la segunda, en la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa". Sobre la base de que "toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular...", como dice el Art. 45 de la Constitución Nacional; de que es necesario suponer que la autoridad está siempre dispuesta a reconocer sus propios errores y a rectificarlos, y a fin de facilitar a los particulares el restablecimiento de su derecho violado por la administración mediante procedimiento expedito, breve y económico para el interesado, el Decreto 2733 de 1959 reglamentó el procedimiento gubernativo y dijo en el Art. 13: "Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional: "1º El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque. 2º El de apelación, ante el inmediato superior con el mismo objeto". Dentro del procedimiento, así en derecho privado como en derecho público, los recursos configuran institución complementaria, sin la cual el derecho sustantivo carecería de la debida protección. No se concibe ni sería posible la integridad de la vida del derecho, si las decisiones que le ponen fin a determinada controversia jurídica, no pudieran someterse al estudio o revisión de entidades o funcionarios superiores dentro de la jerarquía judicial o administrativa. El derecho sin las acciones o procedimientos judiciales que lo declaran y lo hacen posible, sería vana palabra sin sentido. Y la ausencia de recursos, le restaría a aquél gran parte de su eficacia en orden al afianzamiento de la vida jurídica. De acuerdo con el Art. 13 del Decreto 2733 antes citado, por la vía gu-

bernativa sólo proceden, contra la providencia que desate o se pronuncie sobre la reclamación, los recursos de reposición y apelación. Esto es indiscutible y contra ese mandato terminante y expreso de la Ley, no pueden ni la teoría, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la más decorosa habilidad dialéctica. Pero en el curso del procedimiento gubernativo puede ocurrir y ese es precisamente el caso de la consulta, que al interesado se le niegue el recurso de apelación, establecido en el numeral 2º del Art. 13 antes citado. En virtud de un acto administrativo que pronunció la providencia de fondo y ante el cual acudió, por la vía gubernativa, al particular agraviado, se le niega a éste el ejercicio de un derecho y se le obliga a acudir, sin haberse agotado totalmente, a juicio de la Sala, el procedimiento gubernativo, a la acción contencioso administrativa, más complicada, demorada y gravosa para él. En esta forma se frustran los fines que persiguió el legislador cuando estableció el procedimiento de que se viene tratando, cuyo agotamiento es condición legal para el ejercicio de la acción contenciosa. No hay disposición alguna expresa que consagre recurso o procedimiento contra esa situación, que lleva implícita la negación de un elemento esencial, a juicio de la Sala, dentro del procedimiento gubernativo, para que pueda decirse con propiedad que éste se agotó cabalmente. Hay un vacío en la legislación. Para la Sala tiene singular importancia, en orden al restablecimiento del derecho violado, el procedimiento establecido en los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959. Como antes se dijo, trátase de una institución establecida y reglamentada con miras a reparar el agravio inferido al derecho particular por un acto administrativo. Ha querido el legislador que la víctima de la acción del Estado, antes de lanzarse al proceso contencioso, acuda directamente al funcionario que dictó la providencia lesiva de su patrimonio jurídico, mediante un procedimiento especial y sencillo. Y la reglamentación de éste le confiere recursos de los cuales no es lícito privarlo. Es apenas natural que en nuestro derecho público, dentro del proceso de estructuración en que se encuentra, se presenten vacíos de la naturaleza del que se viene comentando. Pero esto no quiere decir que se deba aceptar en la forma vista, puedan disminuirse las garantías o cercenarse los derechos que en favor de los particulares consagra la ley. Es bueno recordar que el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los vacíos en el procedimiento establecido en la Ley 167 de 1941, deben llenarse 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 correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Disposición obvia, a juicio de la Sala, encaminada a llenar los vacíos y a llenar las fallas de que adolece esa importante rama de nuestro derecho público. El orden jurídico es uno sólo y no se ve razón valedera alguna que impida generalizar el sistema consagrado en el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo, a que antes se hizo referencia, para llenar también, con instituciones del mismo derecho procedimental civil, los vacíos que se adviertan en institución de tanta importancia, como la del procedimiento gubernativo. Los Arts. 377 y 376 del Código de Procedimiento Civil, consagran el re-

Páginas

142. RECURSO DE QUEJA

Procedencia en los negocios administrativos. Artículo 282 Código Contencioso Administrativo; Artículos 377 y 378 Código de Procedimiento Civil.— El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previas algunas consideraciones, formula a esta Sala una consulta sobre la procedencia del recurso de queja establecido en el Código de Procedimiento Civil en los negocios administrativos. Para responder la pregunta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, son suficientes, a juicio de la Sala, las siguientes consideraciones: El querer o la voluntad del Estado se expresa en dos clases de actos administrativos: los que tienen carácter impersonal y producen efectos abstractos o generales y los que crean situaciones jurídicas concretas y particulares y en esa forma declaran o definen derechos subjetivos. En cualquier momento, los primeros pueden vulnerar o atentar contra el orden jurídico general y los segundos contra las prerrogativas de una persona determinada. Para restablecer el imperio jurídico agraviado en esa forma, consagran las leyes distintos tipos de acciones y procedimientos. En orden al restablecimiento del derecho particular violado o vulnerado en un momento dado por un acto de la administración, consagran las leyes dos clases de acciones o procedimientos: el llamado procedimiento gubernativo y la acción contencioso administrativa. El primero está reglamentado en el Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo, y la segunda, en la Ley 167 de 1941 "sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa". Sobre la base de que "toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular...", como dice el Art. 45 de la Constitución Nacional; de que es necesario suponer que la autoridad está siempre dispuesta a reconocer sus propios errores y a rectificarlos, y a fin de facilitar a los particulares el restablecimiento de su derecho violado por la administración mediante procedimiento expedito, breve y económico para el interesado, el Decreto 2733 de 1959 reglamentó el procedimiento gubernativo y dijo en el Art. 13: "Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional: "1º El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque. 2º El de apelación, ante el inmediato superior con el mismo objeto". Dentro del procedimiento, así en derecho privado como en derecho público, los recursos configuran institución complementaria, sin la cual el derecho sustantivo carecería de la debida protección. No se concibe ni sería posible la integridad de la vida del derecho, si las decisiones que le ponen fin a determinada controversia jurídica, no pudieran someterse al estudio o revisión de entidades o funcionarios superiores dentro de la jerarquía judicial o administrativa. El derecho sin las acciones o procedimientos judiciales que lo declaran y lo hacen posible, sería vana palabra sin sentido. Y la ausencia de recursos, le restaría a aquél gran parte de su eficacia en orden al afianzamiento de la vida jurídica. De acuerdo con el Art. 13 del Decreto 2733 antes citado, por la vía gu-

bernativa sólo proceden, contra la providencia que desate o se pronuncie sobre la reclamación, los recursos de reposición y apelación. Esto es indiscutible y contra ese mandato terminante y expreso de la Ley, no pueden ni la teoría, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la más decorosa habilidad dialéctica. Pero en el curso del procedimiento gubernativo puede ocurrir y ese es precisamente el caso de la consulta, que al interesado se le niegue el recurso de apelación, establecido en el numeral 2º del Art. 13 antes citado. En virtud de un acto administrativo que pronunció la providencia de fondo y ante el cual acudió, por la vía gubernativa, al particular agraviado, se le niega a éste el ejercicio de un derecho y se le obliga a acudir, sin haberse agotado totalmente, a juicio de la Sala, el procedimiento gubernativo, a la acción contencioso administrativa, más complicada, demorada y gravosa para él. En esta forma se frustran los fines que persiguió el legislador cuando estableció el procedimiento de que se viene tratando, cuyo agotamiento es condición legal para el ejercicio de la acción contenciosa. No hay disposición alguna expresa que consagre recurso o procedimiento contra esa situación, que lleva implícita la negación de un elemento esencial, a juicio de la Sala, dentro del procedimiento gubernativo, para que pueda decirse con propiedad que éste se agotó cabalmente. Hay un vacío en la legislación. Para la Sala tiene singular importancia, en orden al restablecimiento del derecho violado, el procedimiento establecido en los artículos 10 y siguientes del Decreto 2733 de 1959. Como antes se dijo, trátase de una institución establecida y reglamentada con miras a reparar el agravio inferido al derecho particular por un acto administrativo. Ha querido el legislador que la víctima de la acción del Estado, antes de lanzarse al proceso contencioso, acuda directamente al funcionario que dictó la providencia lesiva de su patrimonio jurídico, mediante un procedimiento especial y sencillo. Y la reglamentación de éste le confiere recursos de los cuales no es lícito privarlo. Es apenas natural que en nuestro derecho público, dentro del proceso de estructuración en que se encuentra, se presenten vacíos de la naturaleza del que se viene comentando. Pero esto no quiere decir que se deba aceptar en la forma vista, puedan disminuirse las garantías o cercenarse los derechos que en favor de los particulares consagra la ley. Es bueno recordar que el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los vacíos en el procedimiento establecido en la Ley 167 de 1941, deben llenarse 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 correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Disposición obvia, a juicio de la Sala, encaminada a llenar los vacíos y a llenar las fallas de que adolece esa importante rama de nuestro derecho público. El orden jurídico es uno sólo y no se ve razón valedera alguna que impida generalizar el sistema consagrado en el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo, a que antes se hizo referencia, para llenar también, con instituciones del mismo derecho procedimental civil, los vacíos que se adviertan en institución de tanta importancia, como la del procedimiento gubernativo. Los Arts. 377 y 376 del Código de Procedimiento Civil, consagran el re-

Páginas

curso de queja como medio de impugnación contra la providencia en que "el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación" a fin de que el superior lo conceda si es procedente. Así pues, la Sala considera que el vacío en el procedimiento gubernativo, consistente en la falta de recurso contra la providencia que le niega al interesado el recurso de apelación a que le da derecho el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, puede y debe llenarse con el recurso de queja que reglamentan los Arts. 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil. Nada se opone a ello y por el contrario, dicho criterio permite que el particular ejercite cabalmente sus derechos y cabe y viene muy bien dentro del proceso de estructuración definitiva de nuestro derecho público. Es verdad que el artículo 13 del Decreto 2733 dispone que por la vía gubernativa tan sólo proceden, contra la providencia administrativa dictada por el correspondiente funcionario, los recursos de reposición y apelación. Pero si esto es cierto, también lo es que el recurso de queja de que se puede hacer uso en concepto de la Sala, no es nuevo expediente contra la providencia de fondo que recaiga sobre la reclamación entablada por el particular afectado, sino recurso contra el auto o disposición que le niega el derecho de apelación que en su favor consagra la ley. Y esto es bien distinto. No se trata, pues, de establecer un nuevo recurso, contra lo que dispone el Art. 13 varias veces citado. Todo lo anterior es suficiente para contestar así al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social: Es procedente el recurso de queja en los negocios o actuaciones que se surtan ante los funcionarios de la rama administrativa del poder público. (Concepto de diciembre 12 de 1977. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Samuel Arango Reyes. Radicación 1177. Publicación autorizada en el texto de la consulta. Consulta formulada por el señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social) 31

143. RECURSO DE QUEJA

Salvamento de Voto. Muy comedidamente me permito expresarles mi absoluto y total desacuerdo con la decisión tomada por ustedes en la sesión de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del día 17 de noviembre del presente año, respecto a la ponencia presentada por mí para absolver la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social sobre la procedencia del recurso de queja de que tratan los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, en el procedimiento gubernativo. Continúo convencido que el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, invocado como fuente jurídica para introducir el mencionado recurso de queja en el procedimiento gubernativo, no es aplicable a tal procedimiento, sino a los juicios y actuaciones del proceso contencioso administrativo. Por lo demás, considero, que el Decreto 2733 de 1959 al reglar el procedimiento de la vía gubernativa, estableció de manera tan precisa y concreta los recursos que proceden en él, que no cabe, por vía de analogía introducir dentro de ese procedimiento ninguna otra clase de recursos. 1º Sea lo primero, manifestar, que el Estado ejerce su actividad administrativa valiéndose de medios jurídicos expresivos de su voluntad. "Juntamente con el

acto de gobierno o político, los simples actos de la adminstración, los contratos administrativos y los reglamentos, constituyen los modos o formas jurídicas de exteriorización de la voluntad administrativa del Estado", dice el expositor José Roberto Dromi en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo", 1973, página 185. Dentro de estos actos de la administración, a través de los cuales el Estado expresa su voluntad, hay algunos que, tienen carácter general, abstracto, sus destinatarios son indeterminados, su fuerza *"erga omnes"*, es decir, tienen una eficacia jurídica general. Son estos, los actos administrativos que crean una situación jurídica, impersonal y objetiva, dentro de los cuales se pueden citar por vía de ejemplo, los decretos y resoluciones de carácter reglamentario. Sin embargo, al lado de estos actos, también el Estado, dentro de su función administrativa puede crear, mediante un acto de su voluntad, una situación jurídica concreta, individual, declarativa de un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, originada en una norma que expresamente predetermina esa conducta. 2º Otro de los principios que regula el campo del derecho administrativo lo constituye la "presunción de legalidad", con la cual se hallan amparados los actos de la administración. En efecto, tanto el acto de carácter general, que algunos autores denominan "reglamento administrativo" como el acto administrativo propiamente dicho, creador de una situación jurídica individual y subjetiva, se hallan amparados por "el principio de legalidad". "La razón filosófica de la presunción de legalidad que sustenta los actos administrativos, dijo el Consejo de Estado en fallo de fecha 25 de febrero de 1947, deriva de la naturaleza misma de la Administración Pública, como función jurídica del Consejo de Estado, pues donde quiera que exista un precepto que ordene una actividad del Estado creador de situaciones jurídicas, el ejercicio de ella es explicación del derecho, y especialmente del derecho administrativo que la regula". 3º Sin embargo, frente al "principio de presunción de legalidad", con la cual la administración ampara todos sus actos, existe para los asociados un derecho correlativo, es el "derecho a la legalidad", es decir, a la facultad que tiene todo asociado de exigir que los actos de la administración se lleven a cabo dentro de las normas jurídicas que se han señalado y establecido para ello. El expositor Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo, define este derecho "como el poder de los administrados de exigir de la administración que se sujete en su funcionamiento a las normas legales establecidas al efecto y, que, en consecuencia los actos que realice se verifiquen por los órganos competentes de acuerdo con las formalidades legales, por los motivos que fijen las leyes, con el contenido que éstas señalen y persiguiendo el fin que las mismas indiquen". (G. Fraga, Derecho Administrativo, página 438). "El derecho a la legalidad" constituye otro de los principios fundamentales de la ciencia administrativa, y para su protección y defensa se idearon los mecanismos jurídicos que se conocen con el nombre de recursos y acciones, destinados a reparar los agravios que los actos de la administración puedan "causar al orden jurídico por ser contrarios a las normas y principios que lo constituyen, o al interés jurídico de una persona". (J. Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, página

Páginas

367). "Para ciertos daños de la administración, dice Vidal Perdomo en su obra citada, en vista de que la controversia puede ser definida por ella misma reconociendo su yerro, se permite que se plantee primero ante las autoridades administrativas, y sólo después de este debate, ante el juez; para otros la primera etapa no existe y el litigio es necesario llevarlo directamente ante el juez. En derecho colombiano se conoce con los nombres de vía gubernativa y vía jurisdiccional esas dos instancias de las controversias que puede generar la actividad administrativa del Estado". Qué actos de la administración están sujetos a la vía gubernativa, a través de cuyo ejercicio la administración puede reconocer su propio yerro y reconsiderar su decisión? En qué consisten dichos recursos? Expresa el artículo 10, del Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título 3º, Capítulo 8º del Código Contencioso Administrativo, *"que las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional,* subraya la Sala, se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición". A su vez en el parágrafo 2º del artículo 11 del mencionado decreto se establece: "En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata". Y el artículo 13 del mismo Decreto 2733, señala como procedentes, por la vía gubernativa, los recursos de reposición y apelación. Con apoyo en los textos de las disposiciones legales citadas anteriormente, se concluye, sin duda alguna, que son los actos administrativos de carácter individual, o sea aquéllos que crean una situación jurídica y concreta y particularizada que ponen fin a una actuación administrativa, los que están sometidos a los recursos de la vía gubernativa, los cuales una vez decididos, dentro de los términos que la ley señala, permitirán al interesado ejercitar el derecho de acción ante la justicia contencioso administrativa. De otra parte, existin al lado de estos actos de la administración, otros, que por sus características especiales, solamente pueden controvertirse por la vía jurisdiccional. Son ellos, los que algunos tratadistas distinguen también con el nombre de "reglamentos administrativos" creadores de situaciones jurídicas de carácter general, impersonal u objetivo. Sobre estos actos no proceden los recursos de reposición y apelación de procedimiento gubernativo. Su impugnación ante la justicia administrativa, se lleva a cabo mediante el ejercicio de la acción que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo establece, su titularidad está abierta a cualquier persona, y para su ejercicio, nuestro sistema normativo, no las ha sometido a límite alguno en el tiempo. Hechas las anteriores consideraciones a través de las cuales se han definido los actos de la administración susceptibles de los recursos que contempla el proceso gubernativo y establecido, también, que para concurrir en demanda ante lo contencioso administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa (Art. 82 Código Contencioso Administrativo), conviene señalar cuáles son los recursos dentro del procedimiento gubernativo, en qué momento la ley los considera agotados y, finalmente, si dentro de ellos cabe, por aplicación de la norma contenida en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de queja contemplado en los artículos 377 y

378 del Código de Procedimiento Civil, aspectos estos, a los cuales, se contrae la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo. Para resolver la Sala considera: Dispone el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, sustitutivo del Título III, Capítulo 8º del Código Contencioso Administrativo, lo siguiente: "Salvo disposición legal en contrario, por vía gubernativa proceden los siguientes recursos en asuntos administrativos de carácter nacional: 1º) El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia para que se aclare, modifique o revoque. 2º) El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto". Y el artículo 19 del mismo decreto expresa: "En los asuntos departamentales y municipales se aplicará *el mismo procedimiento gubernativo,* subraya la Sala, salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia legislativa de las Asambleas". Finalmente, el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, tantas veces mencionado, dispone: "El recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de la acción contencioso administrativa". En el texto de las normas que se han transcrito, aparece claro el derecho que la ley consagró en beneficio del asociado comprometido en una situación de controversia con la administración, para servirse de estos recursos, con el objeto de obtener de ella la aclaración, modificación o revocatoria de una decisión que lo afecta. El agotamiento de tales recursos es condición indispensable para abrirle paso a la acción contencioso. Este principio lo reitera expresamente tanto el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, como el Decreto 2733 de 1959. Cuándo deben entenderse agotados estos recursos? El artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, dispone que, "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 13, 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". El texto de la norma, contempla, pues dos hipótesis en virtud de las cuales, el procedimiento gubernativo debe entenderse agotado: La primera, en el caso de que la providencia o acto administrativo no sea susceptible de estos recursos. No hay duda que aquí la disposición, se refiere a aquellos actos administrativos de carácter general, que por ser creadores de una situación jurídica general, impersonal u objetiva, no están sometidos a dicho procedimiento por expresa disposición del Artículo 17 del Decreto 2733 anteriormente mencionado. La segunda hipótesis, se refiere, en cambio, al caso de que ejercitados tales recursos, se hallen estos definidos por la administración. En tal evento, el procedimiento gubernativo se halla concluido y al particular, lesionado en sus derechos, no le queda otra alternativa que acudir a la controversia judicial. Sin embargo, el parágrafo del artículo 18, contempla una tercera hipótesis. Expresa el parágrafo: "Se entenderá agotada la vía gubernativa, cuando, interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores se entienden negados por haber transcurrido el plazo de un mes sin que caiga decisión resolutoria sobre ellos. Esta tercera hipótesis, que contempla lo que

la jurisprudencia y la doctrina han denominado con el nombre de "silencio administrativo", constituye una verdadera presunción erigida en favor de los intereses y derechos de los asociados, que en determinado momento, y, por efecto de no haber recibido una decisión oportuna de la administración a una solicitud o reclamación suya, podrían verse burlados o lesionados en sus intereses. En tales circunstancias la ley, ha interpretado esta morosidad y desidia de la administración, como una negativa de lo que se demanda o se reclama, para darle al particular el camino de acudir a la vía contenciosa si llegare a considerarlo conveniente. Finalmente, la Sala procede a definir si el recurso de queja establecido en los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable al procedimiento gubernativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo que ordena que los vacíos en el procedimiento de la Ley 167 de 1941 se llenen con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para resolver este trascendental aspecto, se hace indispensable, despejar este interrogante: El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, que ordenó llenar los vacíos de la Ley 167 de 1941, con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, es aplicable únicamente a "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa"? Debe comprenderse dentro de ésta, el Procedimiento Gubernativo que regula el Decreto 2733 de 1959, sustitutivo del Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo? Cuando la Administración en ejercicio de su competencia, reconoce un derecho o lo deniega, realiza un acto jurisdiccional? El expositor español Carlos García Oviedo, en su obra Derecho Administrativo, página 384, expresa que "los recursos directos o de alzada, no constituyen verdaderos juicios. Son meras revisiones que de sus actos efectúa la propia Administración, para deshacer sus errores, si los hubiere. Falta en ellos la verdadera controversia, la discusión. El particular reclama aduciendo, en verdad, los fundamentos legales pertinentes. La Administración penetra así mismo, en el fondo de la reclamación y resuelve según derecho; más lo proveído por ella es resultado inmediato de una mera labor de revisión, en que ha faltado la controversia ordenada y profunda del juicio". (García Oviedo, obra citada). A su vez el tratadista Manuel de J. Argañaras, en su obra "Tratado de lo Contencioso Administrativo", se expresa en un sentido similar. Dice el expositor: "Cuando en el ejercicio de su competencia la Administración reconoce el derecho del particular o lo deniega en la reclamación que ante ella se ha hecho valer, *no produce un acto jurisdiccional,* subraya la Sala, sino una manifestación de parte interesada". El doctor Gabriel Rojas Arbeláez en su obra titulada "El espíritu del Derecho Administrativo", página 18, refiriéndose al contenido de la expresión "recurso jurisdiccional" manifiesta lo siguiente: "Hay quienes niegan la propiedad de la expresión recurso jurisdiccional. Pero cuando a esto se hace referencia no se significa el movimiento de una instancia a otra, sino la utilización de las competencias judiciales para dirimir controversias con la administración, en asuntos

que ya ante ella no son susceptibles de petición de reforma o derogación... En términos generales continúa diciendo el citado expositor, cuando ya no hay que pedir ante las autoridades, lo que se llama agotar la vía gubernativa, y esto ha ocurrido desfavorablemente al administrado, a éste le queda la facultad de acudir a los tribunales, facultad que, ejercitada, es lo que se llama recurso jurisdiccional". No existe duda, pues, que en opinión de los expositores citados, hay un consenso unánime, en el sentido de negarle el carácter de acto jurisdiccional a la decisión que la administración toma, cuando reconoce un derecho o deniega una reclamación. En tal actuación, como lo expresó alguno de los tratadistas citados "lo proveído por la administración es resultado inmediato de una mera labor de revisión en que ha faltado la controversia ordenada y profunda del juicio". En efecto, en el recurso administrativo, no se ve la existencia de una verdadera controversia, pues para ello se requeriría que las pretensiones de la Administración fueran contradictorias con las del particular. Y esto no ocurre: pues, entre tanto no se haya agotado la vía gubernativa, dentro de la cual se ha interpuesto el recurso, no podría afirmarse que la administración sostiene un punto de controversia con el particular. Estando claro, como se ha visto, que la decisión de la administración, con la cual define los recursos administrativos del procedimiento gubernativo, no constituye un acto jurisdiccional, y, siendo igualmente cierto que el control judicial de los actos de la administración, configura lo que se denomina "lo contencioso administrativo", o sea "las contiendas sobre Derecho Administrativo que se ventilan ante los estrados judiciales", la Sala debe examinar, si la norma que contiene el Artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la cual se ordena llenar los vacíos de la Ley 167 de 1941, con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se refiere únicamente a "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", y si dentro de ellas debe considerarse también, comprendido el procedimiento gubernativo reglado por el Decreto 2733 de 1959, que sustituyó el Título III, Capítulo VIII del Código Contencioso Administrativo. No hay duda que las palabras "juicios" y "jurisdicción de lo contencioso administrativo", que emplea el citado Artículo 282, tienen un valor, un sentido y un alcance preciso, en su acepción gramatical y jurídica. "Juicio" es, según la novena acepción, que de este término da el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (página 774) "el conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar sentencia"; y el artículo 1º de la Ley 167 de 1941, que organizó la jurisdicción contencioso administrativa expresa que "La jurisdicción de lo contencioso administrativa se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos". La Sala cree que frente al significado y alcance que tienen estas palabras dentro del lenguaje gramatical y jurídico, no existe la menor duda que los vacíos del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, ordenó llenar con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se refieren única y exclusivamente a los vacíos que se presenten en "los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo", y en manera alguna a los del procedi-

Páginas

miento gubernativo, que no constituye un juicio, ni dicho procedimiento corresponde a una institución de la jurisdicción contencioso administrativa, no obstante estar inserto dentro del Código que regula esta materia. Tal conclusión, a juicio de la Sala, impide aplicar en la vía gubernativa el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo y por lo tanto introducir dentro de este procedimiento, disposiciones, normas o instituciones del Código de Procedimiento Civil. La queja o recurso de hecho, como se le denominaba en el antiguo Código de Procedimiento Civil, es una verdadero recurso de derecho, instituido por la ley procesal en beneficio de la parte a quien se le ha denegado el recurso de apelación, para que el superior lo conceda, si fuera procedente; también lo puede ser, para modificar el efecto diferido o devolutivo dado a una apelación, cuando se considera que ésta ha debido darse en uno diferente, y, procede también cuando se deniega el recurso extraordinario de casación. Dentro del procedimiento civil, la existencia del recurso de queja se comprende y se justifica, como medio eficaz para proteger el derecho de una de las partes, frente al acto que le denegó la apelación interpuesta contra un auto interlocutorio o una sentencia, o del recurso mismo de casación, cuando se trata de aquéllas que son susceptibles de este recurso y que de no existir la queja, colocaría a una de las partes frente a hechos definitivos e inmodificables dentro del proceso, con sacrificio del propio derecho que se ha demandado. La trascendencia que tiene este recurso para las partes, se aprecia mejor, si se considera que sin su existencia dentro del proceso civil, podría llegarse fácilmente a la ejecutoria de una sentencia, con el natural efecto de cosa juzgada, sin que la parte perjudicada por ella, y frente al auto que le denegó la apelación, pueda disponer de mecanismos jurídicos de defensa. En el procedimiento gubernativo, estas consecuencias no se presentan, pues la denegación que la administración haga del recurso de apelación contra uno de sus actos, apenas agota la vía gubernativa, dejando a salvo el derecho de la parte interesada para ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa, y ventilar ante ella, la juridicidad del acto que la lesiona o perjudica. Además de las razones de lógica jurídica que se han expuesto para justificar la existencia del recurso de queja en el proceso civil, y, descartarlo en el procedimiento gubernativo, existe otro argumento, que por tener su fundamento en una norma de carácter positivo especialísimo, es, a juicio de la Sala, concluyente, para despejar cualquier duda que se pudiera tener respecto de la procedencia del recurso de queja en el procedimiento gubernativo. (*Salvamento de Voto* del Doctor Jaime Paredes Tamayo al concepto de 12 de diciembre de 1977. Radicación 1177. Publicación autorizada con oficio que dice el texto de la consulta). 37

144. RECURSO DE SUPLICA

Concepto de Mayoría absoluta para decidir, artículo 11 del Decreto 1265 de 1970.— Por auto de noviembre 30 de 1976, el señor Consejero Sustanciador Doctor Carlos Portocarrero Mutis, admitió la demanda presentada por la sociedad Aseguradora Gran Colombiana S. A. tendiente a obtener la declaración de nulidad de la Resolución Nº

4738 de julio 2 de 1976 originada del Ministerio de Obras Públicas y Transporte "por medio de la cual se aprueba la liquidación final y definitiva de un contrato" y decretó la suspensión provisional del acto acusado, por considerar que había manifiesta violación de varios artículos del Decreto Ley 2733 de 1959. Oportunamente el señor apoderado del Fondo Vial Nacional, por medio de un extenso alegato, interpuso el recurso de súplica contra el proveído citado en lo referente al decreto de suspensión provisional. Por auto de febrero 10 del año en curso, la Sala de Decisión, conformada por tres Consejeros... "los restantes de la Sala y con intervención de dos de ellos, por la muerte del otro Consejero que la integra, decidió el recurso de súplica en el sentido de revocar el auto impugnado y declarar, en su lugar, que no procedía la suspensión provisional de los actos impugnados. En memorial visible al folio 107 del cuaderno Nº 1 el señor apoderado de la parte actora, solicita que se decrete la nulidad del auto que decidió la súplica, por cuanto considera que la Sala de Decisión está compuesta por tres Consejeros y no por dos y que conforme al Decreto 2071 de 1956 (sic) la mayoría absoluta de los Consejeros sólo puede decidir, sin estar totalmente integrada la Sala, cuando la ausencia obedece a "justa causa", pero no cuando ella es injusta y cuando hay vacancia. Es base del recurso, que la súplica debe ser decidida por los cuatro Consejeros que componen la respectiva sección. Se considera: Conforme al Art. 2º del Decreto 2071 de 1950, entre cuyos considerandos vale la pena transcribir el último: "Que se hace necesario introducir algunas modificaciones al procedimiento establecido en los Arts. 47 y 48 de la Ley 167 de 1941, a fin de armonizarlos con las normas reorgánicas contenidas en el mencionado Decreto Legislativo número 4120 de 1949, y propiciando así una más eficaz y pronta administración de justicia, en beneficio del restablecimiento de la tranquilidad social", es decir, con el objeto de que la ausencia de uno o varios Consejeros, no fuera obstáculo para lograr "eficaz y pronta administración de justicia", se dispuso que bastaba la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación o de la respectiva Sala, para decidir, jurisdiccionalmente o no y que bastaba la firma de esa mayoría calificada, para que la decisión así adoptada tuviera plena eficacia legal. Entender la norma en el sentido que la ausencia justificada sí paraliza a la Sala o Corporación y hace imposible la administración de "eficaz y pronta justicia", es francamente traicionar el espíritu del legislador, expuesto en los Considerandos del decreto y frustrar el objetivo de la norma. Pero, además, para tranquilidad de quienes prefieren la interpretación exegética, hoy rige el Art. 11 del Decreto Ley 1265 de 1970, cuyo inciso final dice: "Las providencias que profieran las Salas requieren mayoría absoluta de votos y serán suscritas por todos los magistrados y conjueces que concurran a dictarlas, aunque por aquéllos que hayan disentido. El disidente deberá salvar su voto dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia, pero su retardo no impide la notificación de éste y la prosecución del trámite". Basta, pues la asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de una Sala o Sección, para que, por unanimidad, puedan decidir, aunque alguno o algunos de sus miembros no comparezcan o intervengan, sin que sea necesario investigar si

Páginas

la ausencia tiene justa causa o no. Ciertamente, la mayoría absoluta de los miembros de una Sección de cuatro Consejeros, es de tres, pero como el recurso de súplica, llamado horizontal por no ser jerárquico, debe ser decidido por los Consejeros de la Sala Respectiva, con exclusión del ponente o autor de la providencia suplicada. La Sala de decisión, en estos casos, es de tres Consejeros y la mayoría absoluta de los mismos es de dos. En consecuencia el recurso de súplica puede ser decidido por dos Consejeros, si están de acuerdo y eso exactamente fue lo que sucedió en el asunto *sub judice*. En consecuencia, no hay lugar a decretar la nulidad invocada. (Sentencia de agosto 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia A. Actor: Compañía Aseguradora Gran Colombiana. Exp. 2180. Resoluciones Ministeriales). 158

145. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Artículo 2º de la Ley 11 de 1975. Diferencia entre error judicial y cambio de jurisprudencia. Objeto del Recurso de Súplica.— Según el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 hay lugar al recurso extraordinario de súplica cuando en el auto o sentencia proferida por una de las Secciones del Consejo *"Se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia"*. Por consiguiente la razón del recurso es la contradicción entre una nueva doctrina y otra anterior, consagrada como jurisprudencia de la Corporación. En el caso de autos, se advierte, por la sola lectura de la sentencia, que ésta no contiene ninguna nueva elaboración doctrinaria sobre el fenómeno de la *"Reformatio in Pejus"* y, por lo tanto, no puede afirmarse que allí se acoja doctrina contraria a la contenida en el fallo que señala el recurrente (Sentencia de febrero 19 de 1975); por manera que aún dentro de la hipótesis de que ésta fuese la jurisprudencia del Consejo sobre la materia, no puede afirmarse que el fallo recurrido contenga una doctrina que pudiera contraponerse a esa presunta jurisprudencia. De la simple confrontación entre el fallo citado por el actor y la sentencia pronunciada en este proceso, a lo sumo podría concluirse que, para el caso concreto, la Sección Cuarta hubiese incurrido en un error judicial al pronunciar un fallo de segunda instancia que desmejorara la situación del apelante, sin que ese error pudiera estimarse como producto de una interpretación jurisdiccional opuesta a otra que se hubiese sustentado en fallo anterior. Con el recurso de súplica se persigue evitar cambios de jurisprudencia que no emanen de la Sala Plena a fin de mantener una cierta unidad doctrinaria; en manera alguna el legislador pretendió instituir con él, un medio ordinario de impugnación para controvertir aspectos propios de una instancia jurisdiccional, como sería el de enmendar errores de la decisión, como pretende precisamente el actor en el caso de autos, dadas las circunstancias de que se ha hecho mérito. *Competencia total para revisar el proceso cuando además de la apelación procede la consulta.* El juzgador no queda limitado a las peticiones del apelante ni se configura el fenómeno jurídico de la *"Reformatio in Pejus"*. Pero si no fuera suficiente la consideración que antecede es pertinente advertir que la doctrina contenida en la sentencia señalada por el recurrente no constituye la jurispru-

dencia de la Corporación en la referida materia. Lo que allí se expresa en relación con la *"Reformatio in Pejus"* es un punto de vista en cierta forma insólito, pues frente a él podrían aducirse innumerables sentencias del Consejo y de la propia Sección Cuarta, en las cuales se sostiene que cuando, además de la apelación procede la consulta la "Competencia para revisar el proceso es total sin que el Juzgador quede limitado a las peticiones del apelante, ni se configure el fenómeno jurídico de la *"Reformatio in Pejus"*...". (Sentencia de octubre 7 de 1976. Expediente 3254). En sentencia del 29 de mayo de 1946 (Anales tomo LVI, página 444) había expresado el Consejo: "Aunque la Resolución del Ministerio de Guerra ha venido al Consejo en apelación, es lo cierto que impone obligaciones a cargo de la Caja de sueldos de Retiro, "que es persona administrativa de carácter Nacional" (artículo 159, Ley 167 de 1941 *in fine*). Dicha Resolución hubiera, pues venido, a esta Corporación de todos modos en grado de consulta. Por tanto, el Consejo a pesar de que el recurso de alzada debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable al apelante, tiene en este caso jurisdicción para revocar el acto recurrido, como habrá de hacerlo, aún en aquella parte que favorece al Capitán Moncayo e impone una obligación ilegal a la Caja de Sueldos de Retiro: La de pagar $ 5.544 moneda legal a Moncayo como indemnización por la invalidez que se ha hecho mérito. La misma razón que hay para revocar el acto acusado en cuanto perjudica al recurrente, obra también para revocarlo en cuanto lo favorece con detrimento de la Caja de Sueldos de Retiro. Si, como lo estima el Consejo, el hecho de ser reservado el Decreto 1680 de 1942, lo hace inaplicable en contra de los particulares, la circunstancia de exceder dicho Decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales como la referida Caja de Sueldos de Retiro". En sentencia del 29 de agosto de 1974 (expediente 2573) se dijo: "La demandante apeló pero no expuso los motivos de su inconformidad y el doctor Solanilla Nieto, Fiscal Tercero del Consejo, recomendó confirmar la decisión del Tribunal para no hacerle más gravosa su situación al recurrente, ya que el asunto no es susceptible de consulta, por cuanto no se ordenó en la primera instancia restitución de impuestos en cantidad igual o superior a dos mil pesos". La misma doctrina quedó consignada en fallos del 5 de agosto de 1975 (expediente 2729), de julio 10 de 1975 (expediente 3079) y de abril 18 de 1976 (expediente 3461), con lo cual queda demostrado que esta es la jurisprudencia del Consejo, anterior y posterior a la sentencia suplicada y a la que aduce el actor en el memorial del recurso. En tal virtud, el cargo que se examina no podrá prosperar, pues no aparece contradicción doctrinaria entre el fallo impugnado y la tesis consignada en las decisiones ya indicadas cuya reiteración pone de manifiesto que constituye la verdadera jurisprudencia sobre esta materia. *Vía Gubernativa, proceso administrativo y Competencia del Consejo de Estado sobre el tema planteado en el Recurso.* La decisión desfavorable, con fundamento en razones diversas a las aducidas por el *"a quo"* no solamente no es contraria a la jurisprudencia del Consejo, sino que constituye cabal aplicación de la misma. El actor afirma que la Sección Cuarta

de esta Corporación desconoció la doctrina jurisprudencial contenida en fallo del 17 de julio de 1975 (expediente 3295. Consejero ponente: Doctor Lleras), del cual transcribe el siguiente aparte: *"Ya que en la vía gubernativa y en la jurisdiccional, si se interpone recurso de apelación este no puede transformarse en consulta porque esta es instancia supletoria de la apelación y nunca sustitutiva, de modo tal que la consulta no puede concebirse sino cuando el interesado acepte lo resuelto en la primera decisión.* Si apela es porque no lo acepta. Los términos de esta alternativa no dependen de la cuantía del asunto que esté debatiéndose, sino muy directamente de la voluntad del actor o de cualquiera de quienes intervengan en el proceso, puesto que si por la naturaleza del asunto la ley admite el recurso de apelación y se interpone y se concede, el funcionario de segunda instancia carece de competencia para tramitar y resolver como si se tratara de consulta. *"Parece evidentemente que la irregularidad en la tramitación del recurso en la vía gubernativa es causal de nulidad y habiéndola pedido, el Honorable Tribunal ha debido declararla. No obstante, no habiéndola declarado y habiendo el interesado consentido con la sentencia, la nulidad quedó saneada por voluntad de la misma persona que la impetró y entonces el fallo ahora consultado no puede revisarse ahora por este aspecto".* (subrayas fuera del texto)". Hace consistir la contradicción jurisprudencial en lo siguiente: La Sociedad demandante solicitó en la vía gubernativa que se le reconociera una deducción por concepto de regalías, en cuantía de $ 954.734.43. La administración no accedió a ese reconocimiento porque no se cumplieron las exigencias previstas en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1366 de 1967 y el Tribunal no estudió el fondo de esa petición por lo cual el Consejo de Estado, al revisar la sentencia del inferior únicamente podía examinar si, con las pruebas anexadas en un memorial adicional al reclamo, se habían cumplido los requisitos señalados en los mencionados artículos, no podía pronunciarse sobre la oportunidad de la presentación de tales pruebas "pues sería resolver sobre un tema no planteado por las autoridades de impuestos, ni contemplado por el Tribunal ni planteado por la sociedad". A juicio de la Sala el razonamiento del actor se sustenta sobre una premisa equivocada que consiste en confundir el *Tema planteado* con las razones que adujo la administración para no acceder a la pretensión del contribuyente. Lo que éste pretendió en la vía gubernativa fue *el reconocimiento de una deducción*, en *la cuantía indicada* y las autoridades de impuestos no accedieron a ella con fundamento en una razón. El Tribunal, sin hacer un examen sobre la cuestión aceptó el reconocimiento de la deducción, y como en este punto la decisión del *"a quo"* era favorable a la Sociedad, ésta no apeló. Pero como quiera que además de admitir el proceso el recurso de alzada era revisable en su totalidad por razón de la consulta, según jurisprudencia que ya se mencionó, es evidente que el Consejo de Estado tenía competencia para examinar lo relativo a la Deducción para revocar lo resuelto por el inferior pues, además el punto había sido materia decidida en la vía administrativa. Cosa diferente son las razones que se hubieren aducido en la vía administrativa, pues si el Juzgador advierte que la deci-

sión administrativa halla sustento en disposiciones diferentes es obvio que la pretensión del demandante no pueda prosperar con fundamento en tales disposiciones, sino en las que el Juzgador considere pertinentes. 3º Afirma el recurrente: "Por otra parte, mientras las autoridades de impuestos mantienen la decisión de aplicar la tarifa progresiva sólo por considerar que la actividad económica de los socios era permanente en Colombia, a última hora el fallo suplicado cambia las reglas del juego exponiendo como motivo, para hacer la liquidación según la tarifa normal que los dos contribuyentes presentaron declaración de renta y que no existe prohibición legal para hacerlo voluntariamente. Así, hubo un similar cambio de jurisprudencia al demostrado en el caso de la sociedad, violándose así (s'c) el principio de defensa que rige para los casos de dos instancias". Se aduce como jurisprudencia contrariada, el siguiente aparte de la sentencia de marzo 9 de 1972. (Ref.: 1955), con ponencia del Consejero Doctor Lleras Pizarro: "El proceso gubernativo tiene por fin discutir la liquidación oficial, la espontánea o la de revisión en cuanto a sus valores y a sus fundamentos. Los errores que pueden corregir los funcionarios que conozcan de los reclamos, no pueden ser sino los que estén en discusión. Condenar al contribuyente en providencia de última instancia por motivos no discutidos durante el proceso es arbitrario en cuanto excede de las competencias de la Ley". A la transcripción precedente, agrega el actor: "Si así se califica ese tipo de actos del Gobierno, de igual manera, o más severamente debe hacerse respecto de los jurisdiccionales". La Sala considera que en el caso propuesto no es pertinente ningún comentario sobre el alcance del párrafo que transcribe el recurrente, distinto al que, según se expresa allí mismo, lo dicho en esa sentencia se refiere a la vía gubernativa en materia de impuestos. En lo atinente al proceso contencioso administrativo de revisión de la operación administrativa correspondiente, la Jurisprudencia constante del Consejo se ha expresado en el sentido de que la decisión jurisdiccional ha de circunscribirse, en primer término, a las pretensiones formuladas en la demanda las cuales no pueden abarcar materia que no se hubiere planteado en la etapa gubernativa. En cuanto a la segunda instancia del proceso ya se indicó cuál es la jurisprudencia del Consejo, cuando simultáneamente se revisa la sentencia de un Tribunal por apelación y por consulta, como es el caso de este proceso. Uno de los aspectos planteados por el reclamante en la vía administrativa fue el de la aplicación de la tarifa única, a lo cual no accedió la administración por la razón que se aduce en las resoluciones correspondientes. El Tribunal halló bien aplicada la tarifa ordinaria aunque por razón diferente y el Consejo de Estado también consideró bien aplicada esa tarifa por razón, distinta a las anteriores. Resulta, pues, evidente que el tema de la aplicación de la tarifa ordinaria fue planteado en la etapa gubernativa, lo cual permitió al actor formular esa pretensión en la demanda ante el Tribunal: No obstante, el *"a quo"* estimó que ese punto no había sido objeto de discusión en la vía Administrativa y en esa razón fundó su negativa a la aplicación de la tarifa única para personas domiciliadas fuera del país. Por último el Consejo no compartió

Páginas

esta apreciación del inferior, como quedó dicho antes, pero consideró bien aplicada la tarifa ordinaria porque los contribuyentes habían optado por ella al hacer su declaración de renta. Si además se tiene en cuenta que el Consejo revisó la sentencia del Tribunal, tanto por el recurso de apelación, como por la consulta que procedía de acuerdo con la ley es claro que el tema de aplicación de la tarifa era materia sobre la cual debía pronunciarse el fallo de segunda instancia en un sentido o en otro, favorablemente o desfavorable a las pretensiones del actor y que la circunstancia de una decisión desfavorable, con fundamento en razones diversas a las aducidas por el *"a quo"* no solamente no es contraria a la jurisprudencia del Consejo, sino que constituye cabal aplicación de la misma. *Impuesto único de retención en la fuente.* Las personas naturales residentes en el extranjero están incluidas dentro de este sistema y sin obligación de denunciar los bienes y rentas sin embargo ello no significa que no puedan optar por la declaración de su renta, caso en el cual se les aplicará la tarifa ordinaria, abonándoles lo pagado como retención en la fuente. B. Sostiene el recurrente que el fallo suplicado cambió la jurisprudencia sobre el impuesto único para personas domiciliadas fuera del país y sobre la aplicación de la tarifa normal para esas mismas personas que voluntariamente presenten declaración de renta. Al efecto aduce las siguientes sentencias: de 30 de octubre de 1969, de agosto 6 y 13 de 1970 y de noviembre 4 de 1971. La Sala después de un cuidadoso examen de los diferentes fallos pronunciados sobre esta materia ha llegado a la conclusión de que la jurisprudencia actual de la Sección Cuarta está consignada en las siguientes providencias: sentencia del 18 de julio de 1974. Expediente 2689. Consejero ponente Doctor Lleras Pizarro. Sentencia de julio 4 de 1975, expediente 3043 y sentencia de julio 10 de 1975, expediente 2668. En esas sentencias se expresa que, si en verdad las personas naturales residentes en el exterior están incluidas dentro del sistema del impuesto único con retención en la fuente y sin obligación de denunciar los bienes y rentas, sin embargo ello no significa que no puedan optar por la declaración de su renta, caso en el cual, se les aplicará la tarifa ordinaria, abonándoles lo pagado como retención en la fuente. (Sentencia de septiembre 8 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 10.128). 835

146. RECURSO DE SUPLICA

Procedencia del recurso. Término para interponerse. Art. 2º de la Ley 11 de 1975. Art. 24 del Decreto 528 de 1964. No se pueden apreciar pruebas o documentos ya que no se trata de una tercera instancia. Para que prospere es menester que en el fallo objeto de tal recurso se siente una doctrina que contrarie la Jurisprudencia del Consejo de Estado.— Como lo ha dicho esta Sala, para que el recurso establecido por la Ley 11 de 1975 sea procedente, se requiere que exista contrariedad entre un fallo proferido por determinada Sección del Consejo y la jurisprudencia anterior de cualquiera de las Secciones de la Corporación o de la Sala Plena de la misma. Así lo dispuso el Art. 2º de la Ley 11 de 1975: "Habrá recurso de súplica

ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia. "En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia de donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto o del fallo". La norma cuyo texto se acaba de transcribir constituye un desarrollo de lo preceptuado por el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, según el cual: "las cuatro Salas o Secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto". Como puede verse de lo anterior, el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 contiene en el fondo una prohibición a las Secciones en que se divide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de variar la jurisprudencia anterior de la Corporación sin la previa convocatoria de dicha Sala Plena (integrada por las cuatro Secciones), para que ésta apruebe el cambio de jurisprudencia. Si no obstante la prohibición en referencia, alguna de las Secciones procediere a dictar un auto interlocutorio o una sentencia en los que se varíe la jurisprudencia anterior del Consejo, las partes en el respectivo proceso y el señor agente del Ministerio Público podrán interponer el recurso de súplica consagrado por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975. Este recurso no es una tercera instancia en la cual se puedan apreciar pruebas o documentos estimados en la sentencia materia del recurso en referencia, sino un medio extraordinario de impugnación, cuyo fundamento no es otro que la prohibición en que se halla cualquiera de las Secciones en que se divide el Consejo, de variar la jurisprudencia del mismo sin cumplir previamente los requisitos determinados en el Art. 24 del Decreto 528 de 1964 y en el Art. 2º de la Ley 11 de 1975. Para que el recurso de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 prospere, es, menester que en el fallo objeto de tal recurso, se siente una doctrina que contraríe la jurisprudencia del Consejo. De consiguiente, lo primero que procede de parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es efectuar el examen comparativo de la procedencia recurrida con la jurisprudencia que cita en su escrito el recurrente como contrariada por dicha providencia, para ver si realmente existió cambio de jurisprudencia. La conclusión afirmativa implica el reconocimiento de que la Sección que profirió esa providencia lo hizo sin competencia para ello, ya que sólo la Sala Plena tenía facultad para variar la jurisprudencia anterior de la Corporación. Si la Sala estima que no hubo cambio de jurisprudencia, decidirá que el recurso no prospera y ordenará devolver el expediente a la Sección de Origen. El Art. 100 del Decreto 1817 de 1964, crea la carrera "de personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil" la cual está regulada por los principios que consagra el mismo decreto y por las normas que dicte el gobierno para su organización. De conformidad con el Art. 101 del mismo estatuto y del

Páginas

5º del Decreto 1661 de 1965, pertenecen a la citada carrera penitenciaria, sin necesidad de período de prueba e *ipso facto*, "las personas que hubieren obtenido título de idoneidad de la Escuela Penitenciaria Nacional", o quienes hubieren aprobado los cursos que para el efecto se organicen. "El pertenecer a la carrera penitenciaria garantiza al funcionario entre otros derechos, la estabilidad o la inamovilidad en el servicio". "En el caso a estudio se ha demostrado que el actor señor Juan A. Alvarado P., aprobó los cursos de capacitación preceptuados en el Decreto 1817 de 1964 y que por lo mismo se le otorgó el título de guardián. Por ello es lógico concluir, según lo dicho atrás, que pertenecía a la carrera penitenciaria y por tanto no podía ser removido libremente". El Art. 102 del Decreto 1817 dice: "podrán pertenecer también a la carrera penitenciaria los empleados que estén prestando o hayan prestado con eficiencia servicio en el ramo de prisiones y que aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones". De tal manera que el actor se encontraba prestando servicios desde el 16 de enero de 1967 y cursó y aprobó el curso correspondiente para ingresar a la carrera. Quiere decir ello que era empleado escalafonado y como tal tiene derecho a disfrutar de las prerrogativas correspondientes, y entre ellas a las de permanecer en el cargo, hasta tanto se le desvincule en forma legal". El demandante invoca la circunstancia de haber cursado y aprobado satisfactoriamente un curso de capacitación para guardián. En el expediente está demostrado que el actor se encontraba laborando en el ramo penitenciario cuando se inició la vigencia del Decreto 1661 de 1965 (julio 13). Sin embargo, considera la Fiscalía que no está demostrado que el actor haya aprobado el curso que realizó para guardián, requisito este exigido por el Art. 5º del Decreto últimamente citado. Unicamente se encuentra acreditado que el actor *realizó* el curso, es decir asistió al curso (fl. 12). Expresa la demanda que el actor cursó y aprobó satisfactoriamente el curso de información para profesores de establecimientos carcelarios, y por tal motivo, de conformidad con el Art. 102 del Decreto 1817 de 1964, pertenece a la carrera penitenciaria que le da derecho a estabilidad en el empleo. Sin embargo, se observa que de acuerdo con el documento que obra a folio 2 del expediente, solamente se acredita que asistió "al curso de información para profesores de establecimientos carcelarios efectuado entre el 23 de agosto y el 3 de septiembre de 1971". Este hecho de asistir a un curso no es lo que expresa la norma invocada en favor de su derecho; se requiere haber obtenido un "título de idoneidad" y no simplemente la asistencia. "También al folio 2 de este expediente obra copia del certificado, expedido por la Escuela Penitenciaria Nacional, conforme al cual "el señor Víctor N. Alarcón S. *realizó* (se subraya) el curso de Capacitación para guardián del cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria". Mas no consta allí que *aprobara* ese curso, que es el requisito exigido por el Art. 5º del Decreto 1661 de 1965. De consiguiente, la acción no puede prosperar y la sentencia de primera instancia no puede ser mantenida (Sentencia de octubre 24 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Actor: Víctor N. Alarcón S. Expediente 10.093). 815

Páginas

147. REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

Posibilidad legal de corregir, de enmendar errores en inscripción de matrículas.— Del resumen de los hechos que constituyen los antecedentes inmediatos, se deduce que el problema consiste en verificar si el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, podía, mediante la Resolución Nº 051 confirmada por la Nº 1312 del señor Superintendente de Notariado y Registro corregir el error que se creyó haber cometido al intercalar en la matrícula correspondiente al referido inmueble la nota según la cual "no vale" el registro del remate. La Sala, estima, en primer término, que esa nota constituye un hecho voluntario de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, que tuvo por objeto corregir un error en que creyó haber incurrido al inscribir en la matrícula correspondiente al inmueble el remate del mismo efectuado en el juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, el 29 de noviembre de 1969 y aprobado el 10 de diciembre siguiente. Además, el Art. 35 del Decreto Ley 1250 de 1970, invocado como violado, prescribe: "los errores en que se haya incurrido al realizar una inscripción, se corregirán subrayando y encerrando entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deban suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deban agravarse y salvando al final lo corregido, reproduciéndolo entre comillas e indicando si vale o no vale lo suprimido o agregado. Podría hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo y así se indicará en la salvedad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el Registrador o su delegado. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales". Esta norma no limita, como sostiene el actor, la posibilidad de corregir los errores que se pudieron cometer al efectuar una inscripción, sino que, por el contrario, permite enmendarlos en cualquier tiempo. Por consiguiente, la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Bogotá consideró que se equivocó al insertar en la matrícula la nota tendiente a invalidar el registro del remate, bien pudo enmendar el yerro mediante los actos acusados, que incuestionablemente tiene por objeto cumplir la orden judicial de registrar el auto aprobatorio del remate. Esto demuestra que los Arts. 22, 23 y 24 del Decreto Ley 2733 de 1959 no son pertinentes para el caso, porque está regulado por disposición especial posterior. Lo expuesto sin perjuicio, como observa acertadamente el señor Fiscal Primero, de la controversia que podría existir sobre el mejor derecho el inmueble, que no incumbe definir a la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Bogotá, ni a la Superintendencia de Notariado y Registro, ni a esta Jurisdicción, sino, si fuere pertinente, a la Jurisdicción ordinaria. De ahí que el Art. 40 del Decreto Ley 1250 de 1970 disponga que "el Registrador procederá a cancelar un registro o inscripción cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido". (Sentencia de octubre 17 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Actor: Guillermo Echeverry. Expediente 2650). 413

Páginas

148. RESERVAS BIOLOGICAS

Nulidad del literal b) del Artículo 1º del Decreto 625 de 1976. Reserva especial de La Macarena monumento nacional.— En consecuencia, es claro que, como expresó el auto que dispuso su suspensión provisional, el Art. 1º literal b) del Decreto 625 de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, violó los invocados preceptos, en cuanto superpuso la reserva que establece a la "reserva biológica" específica de la Sierra de La Macarena, conforme al indicado certificado del Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi: como la "reserva biológica" de La Macarena fue incorporada a la Universidad Nacional, corresponde a esta entidad tomar las medidas pertinentes para el cumplimiento de su finalidad. De manera que es preciso declarar la nulidad. (Sentencia de septiembre 8 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Actor: Alberto Donadio C. Expediente 2564. Decretos del Gobierno). 61

149. RESPONSABILIDAD. SEGUROS

Valor verdadero de la naturaleza del daño. Subrogación de la mera indemnización. Condena "In Genere".— Dispone el inciso 1º del Art. 1096 del Código Civil: "El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y *hasta concurrencia de su importe,* en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieran hacer valer contra el damnificado". La norma anterior indica, acorde con lo dispuesto por el Art. 1088 de la misma obra, que ni asegurado ni asegurador pueden derivar del contrato de seguro, enriquecimiento, pues, por su naturaleza y objeto, dicho contrato es de *"mera indemnización"*, lo que permite deducir que la subrogación, expresa o legal, que opera en favor del asegurado para perseguir a "las personas responsables del siniestro", no es exactamente por el valor de la indemnización pagada al asegurado, sino "hasta concurrencia de su importe". En otros términos, en lo que el asegurador se subroga, es en los derechos y acciones que pueda tener el asegurado contra los responsables, civiles, penales o administrativos, del siniestro. Obviamente, en cualquier proceso entre el asegurado y el responsable, el primero habrá de demostrar, entre otras cosas, la naturaleza del daño y verdadero valor, exactamente lo mismo que está obligado a hacer el asegurador que se subroga en los derechos y acciones del asegurado. No basta, pues acreditar que pagó al asegurado tal cantidad de dinero, lo que apenas sirve de límite máximo a su pretensión pero sin eficacia suficiente para determinar lo real y efectiva cuantía de la indemnización del daño. Con todo, como se trata de indemnización de perjuicios y el daño está demostrado aunque no su cuantía, procede hacer la condena *in genere* que autoriza el Art. 307 del Código de Procedimiento Civil, y que habrá de liquidarse por el procedimiento establecido en el Art. 308 del mismo estatuto. (Sentencia de agosto 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Compañía Granadina de Seguros. Expediente 2291. Responsabilidad Extracontractual). 581

Páginas

150. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Elementos de ésta Desarrollo del Proceso Aduanero. Responsabilidad de los Agentes de la Aduana y de los Jueces Penales de Aduanas. Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.— El señor Fiscal Segundo de la Corporación, doctor Gilberto Gartner Posada, en su vista de fondo conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda. Dice así en su vista de fondo: "Sabido es que para el éxito de la pretensión resarcitoria en contra del Estado, deben aparecer plenamente demostrados en el expediente la existencia de los siguientes elementos axiológicos: "1º El hecho generador de la falla o falta del servicio o de la administración; "2º El daño cierto, determinado o determinable, que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho; y 3º La relación de causalidad entre el primero y el segundo". "En el negocio objeto del presente concepto, la parte actora aun cuando expresamente no lo afirma, hace consistir la falla del servicio en la retención del camión y la mercancía que transportaba y que fue decomisada por las autoridades de la Aduana Nacional, el día 27 de enero de 1975, en la carretera central del Norte, a la altura del sitio denominado "Alto del Sisga", municipio de Chocontá Departamento de Cundinamarca: que como consecuencia de esa operación se hicieron las siguientes retenciones por cuenta de las autoridades aduaneras: a) de Bernardo Ortiz Mejía, quien posteriormente a la indagatoria fue dado en libertad. b) El camión y los siguientes implementos: Carga que transportaba o sean los ciento ochenta bultos de café y los implementos propios del vehículo tal como se relacionan en el ingreso Nº 150 del Almacén de Depósito de la Aduana". Al expediente se arrimó copia del proceso seguido por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas. Allí consta que a las 15:00 horas del día 27 de enero de 1975, una patrulla al mando del Sargento IV-15 Gustavo A. Jáuregui Rivera, en cumplimiento de órdenes superiores ejecutó un patrullaje y que como consecuencia el camión marca Ford, Modelo 1960, placas XK-06-95, fue retenido en las Bodegas del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas y que el 29 de enero del mismo año, es decir cuando apenas había transcurrido un día de por medio, fue puesto a órdenes del Juez quien en la misma fecha, dictó auto abriendo la correspondiente investigación, con miras a establecer si se había infringido la ley penal aduanera, ordenando a su vez la retención de las mercancías aprehendidas. El proceso penal aduanero culminó con sentencia declarando la inexistencia de violación de la Ley penal aduanera y la cesación de todo procedimiento respecto al señor Bernardo Ortiz Mejía. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas. "Como consecuencia de lo anterior, según la demanda Bernardo Ortiz Mejía hubo de paralizar su actividad durante 14 meses y diez días, tiempo este suficiente para el desmejoramiento del automotor y de la carga que transportaba. Ahora bien, el Decreto 3286 de 1961 citado por el actor como disposición violada con la actuación de las autoridades aduaneras, dispone en su artículo 4º lo siguiente: "El transporte, almacenamiento y distribución de café en grano no destinado a la exportación, sólo podrá realizarse con la intervención de la Fede-

ración Nacional de Cafeteros en los siguientes Departamentos: Nariño, Cauca, Córdoba, Bolívar Atlántico, Magdalena, Norte de Santander, en el Departamento de Antioquia, en la zona comprendida entre Pavarendocito y la Costa Atlántica, en el Departamento del Valle del Cauca en la zona comprendida entre Cali y la Costa del Pacífico, y en las intendencias de la Guajira y Arauca". "Lo que indica que el sitio denominado "Alto del Sisga", Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca, donde fue decomisado el camión con la mercancía, no está comprendida dentro de las zonas para las cuales la ley exige la intervención de la Federación Nacional de Cafeteros, para el transporte almacenamiento y distribución de café en grano no destinado a exportación. Por esta razón la patrulla de Aduana no ha debido proceder a su decomiso. Con esta sola premisa habría que concluir que en el proceso se encuentra demostrada la falla del servicio. "Sin embargo, no puede olvidarse que la patrulla de la Aduana puso a disposición de las autoridades aduaneras, y concretamente a órdenes del Juzgado Segundo Penal de Aduanas el producto del decomiso, transcurrido tan sólo un día después de su aprehensión y que el funcionario de la Jurisdicción fue quien dictó la providencia ordenando la apertura de la investigación, y la rentención de la mercancía. "Así, las cosas, correspondía al juzgado penal de aduanas, como organismo que ejerce de modo permanente la administración de justicia (Artículo 1º Decreto 1265 de 1970), abstenerse de abrir la investigación, si contaba con los elementos propios y necesarios para llegar a esta clase de conclusión ordenando la devolución de las cosas decomisadas. Si erróneamente abrió la investigación y ordenó la retención del vehículo causando con ello perjuicios al señor Ortiz Mejía, no es la Administración que debe responder de los mismos, sino personalmente el funcionario que dictó el acto jurisdiccional causante del daño, de acuerdo con el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente dice: "Art. 40. *Responsabilidad del Juez:* Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los Magistrados y Jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos: "1º Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. "2º Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. "3º Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer". La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1º y 3º no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos". "No hay duda que los perjuicios que el actor dice haber sufrido se fundamentan en el hecho de haber permanecido, por más de 14 meses, el camión de su propiedad a órdenes de la justicia penal aduanera y esa retención si bien en un principio la efectuaron autoridades administrativas de la Aduana lo cierto es que la permanencia y

duración de dicha retención fue producto de una decisión jurisdiccional proferida por funcionarios competentes. Es decir, que no puede desvincularse para reclamar los perjuicios a la administración, la actividad de los Agentes de la Aduana con el acto jurisdiccional que dispuso abrir la investigación y la retención del vehículo. La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, necesaria para inferir la responsabilidad del Estado, no es posible hallarla sin la existencia del acto jurisdiccional, que está íntimamente ligado al daño. "Lo anterior sin tener en cuenta que en la aprehensión del camión la patrulla de la Aduana contó con indicios para presumir que se trataba de un contrabando, como son: a) La diferencia del empaque, pues algunos bultos de café se hallaban empacados en polietileno color negro y con la leyenda de un abono de nombre *"Urea"* lo que indujo a creer que se ocultaban algunos; b) El automotor no tenía licencia para transportar café. Solamente en la indagatoria se presentó la licencia y la factura de la compra del café. Ya con estos elementos de juicio y el dictamen de los peritos sobre la calidad del café, el Juzgado dictó el fallo declarando la inexistencia de la infracción penal que motivó la investigación. Lo que descarta la posible arbitrariedad o atraso por parte de los Agentes de Aduana. "Conclusión de lo anterior es que las súplicas de la demanda no pueden prosperar. En consecuencia debe absolverse a la Nación de los cargos formulados en el libelo". La Sala acoge los razonamientos de su colaborador Fiscal por encontrarlos ajustados a las probanzas del expediente y a las normas legales pertinentes. En efecto, el demandante alega como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, la retención del camión y la mercancía, por parte de agentes de la aduana, es decir, de la Administración Nacional, situación que duró 14 meses y 10 días. Empero, la retención hecha por los agentes de Aduana el 27 de enero de 1975, ante circunstancias que *prima facie* hacían presumir un contrabando, cesó como acto de la administración el día 29 de los mismos mes y año, un día después del decomiso, al entregar lo retenido, con el informe de rigor, a los jueces de la República. De allí en adelante, la rentención no puede imputarse a la administración, sino a la jurisdicción. Ahora bien el cuaderno Nº 3 contiene toda la actuación sumarial adelantada por el Juzgado Segundo Penal Aduanero, en donde se observa que la investigación se complicó por la comparecencia de dos ciudadanos de apellido Ardila, como presuntos compradores del café retenido y que indudablemente, uno de ellos, por lo menos, mintió ante la justicia y pretendió burlarse de ella. La aclaración de tal circunstancia, jugó en la demora en decidir definitivamente sobre la presunción de contrabando. Pero lo cierto es, que el libelista no imputa falla a la administración de justicia aduanera, por el contrario, encomia su actuación, lo que hace inútil cualquier investigación doctrinaria sobre la presunta responsabilidad del Estado por los actos o hechos de los jueces de la República. Y la presunta falla de la Administración, Aduanera, retención del camión y de la mercancía, duró un día, sin que pueda reconocerse relación de causalidad necesaria con la duración de 14 meses y diez días de la retención de tales efectos, por cuenta de los jueces aduaneros. (Sentencia de septiem-

Páginas

bre 16 de 1977. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente Nº 2168. Actor: Bernardo Ortiz Mejía. Responsabilidad Extracontractual). 599

151. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Indemnización de perjuicios en el accidente (de Quebrada Blanca). Sería deseable que el Estado cumpliera con sus obligaciones y deberes; mas hay muchas ocasiones en que ello no ocurre; en algunos casos por la imposibilidad de los órganos estatales de cumplir con los fines establecidos, prestando los servicios necesarios por carencia de medios, generalmente económicos, adecuados.— En otras ocasiones el incumplimiento de las obligaciones estatales obedece a fallas de la administración; omisiones, actuaciones, extralimitaciones en el ejercicio de las funciones asignadas, etc. Lógicamente, sólo podrá deducirse la responsabilidad estatal en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, más no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio. Ya en otras ocasiones la Sala ha estudiado los límites de la responsabilidad estatal, entre las cuales basta citar los fallos de noviembre 17 de 1967, que aparece publicado en las páginas 257 a 283 del tomo LXXIII de los Anales del Consejo de Estado, y el fallo de noviembre 4 de 1975 (Exp. 1494). Según la demanda las fallas administrativas que dieron lugar al ejercicio de la acción indemnizatoria establecida en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo consistente en la inexistencia de señales indicativas del peligro en el sitio denominado "Quebrada Blanca" *no haber* cerrado la vía o por lo menos haber dispuesto de una o más máquinas, como tractores para rescatar los vehículos en peligro por los deslizamientos y en la no prestación del servicio de vigilancia y control de paso de vehículos por la quebrada antes citada. Finalmente, de las declaraciones se desprende que no puede sostenerse que los deslizamientos ocurridos en el sitio de Quebrada Blanca, puedan encuadrar dentro de la definición legislativa de caso fortuito o fuerza mayor que trae la Ley 95 de 1890, por cuanto su previsibilidad por la frecuencia con que se sucedieron desde años atrás, no podrían, asimilarse a terremotos, naufragios, etc. No, los derrumbes en el sitio de "Quebrada Blanca" eran previsibles por la naturaleza geológica del terreno, las condiciones climáticas de la región, entre otras. Lo anterior lleva a concluir que el solo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios *potencialmente* peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, mas si esa tolerancia se realiza en *sitios realmente* peligrosos, sí existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro. No debe perderse de vista que el peligro que ofrecía el sitio denominado Quebrada Blanca en la carretera que de Bogotá conduce a la ciudad de Villavicencio, no era *potencial* sino una verdadera realidad; continuamente desde muchos años, se producían grandes deslizamien-

duración de dicha retención fue producto de una decisión jurisdiccional proferida por funcionarios competentes. Es decir, que no puede desvincularse para reclamar los perjuicios a la administración, la actividad de los Agentes de la Aduana con el acto jurisdiccional que dispuso abrir la investigación y la retención del vehículo. La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño, necesaria para inferir la responsabilidad del Estado, no es posible hallarla sin la existencia del acto jurisdiccional, que está íntimamente ligado al daño. "Lo anterior sin tener en cuenta que en la aprehensión del camión la patrulla de la Aduana contó con indicios para presumir que se trataba de un contrabando, como son: a) La diferencia del empaque, pues algunos bultos de café se hallaban empacados en polietileno color negro y con la leyenda de un abono de nombre *"Urea"* lo que indujo a creer que se ocultaban algunos; b) El automotor no tenía licencia para transportar café. Solamente en la indagatoria se presentó la licencia y la factura de la compra del café. Ya con estos elementos de juicio y el dictamen de los peritos sobre la calidad del café, el Juzgado dictó el fallo declarando la inexistencia de la infracción penal que motivó la investigación. Lo que descarta la posible arbitrariedad o atraso por parte de los Agentes de Aduana. "Conclusión de lo anterior es que las súplicas de la demanda no pueden prosperar. En consecuencia debe absolverse a la Nación de los cargos formulados en el libelo". La Sala acoge los razonamientos de su colaborador Fiscal por encontrarlos ajustados a las probanzas del expediente y a las normas legales pertinentes. En efecto, el demandante alega como *causa petendi* de su pretensión indemnizatoria, la retención del camión y la mercancía, por parte de agentes de la aduana, es decir, de la Administración Nacional, situación que duró 14 meses y 10 días. Empero, la retención hecha por los agentes de Aduana el 27 de enero de 1975, ante circunstancias que *prima facie* hacían presumir un contrabando, cesó como acto de la administración el día 29 de los mismos mes y año, un día después del decomiso, al entregar lo retenido, con el informe de rigor, a los jueces de la República. De allí en adelante, la rentención no puede imputarse a la administración, sino a la jurisdicción. Ahora bien el cuaderno Nº 3 contiene toda la actuación sumarial adelantada por el Juzgado Segundo Penal Aduanero, en donde se observa que la investigación se complicó por la comparecencia de dos ciudadanos de apellido Ardila, como presuntos compradores del café retenido y que indudablemente, uno de ellos, por lo menos, mintió ante la justicia y pretendió burlarse de ella. La aclaración de tal circunstancia, jugó en la demora en decidir definitivamente sobre la presunción de contrabando. Pero lo cierto es, que el libelista no imputa falla a la administración de justicia aduanera, por el contrario, encomia su actuación, lo que hace inútil cualquier investigación doctrinaria sobre la presunta responsabilidad del Estado por los actos o hechos de los jueces de la República. Y la presunta falla de la Administración, Aduanera, retención del camión y de la mercancía, duró un día, sin que pueda reconocerse relación de causalidad necesaria con la duración de 14 meses y diez días de la retención de tales efectos, por cuenta de los jueces aduaneros. (Sentencia de septiem-

Páginas

bre 16 de 1977. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente Nº 2168. Actor: Bernardo Ortiz Mejía. Responsabilidad Extracontractual). 599

151. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Indemnización de perjuicios en el accidente (de Quebrada Blanca). Sería deseable que el Estado cumpliera con sus obligaciones y deberes; mas hay muchas ocasiones en que ello no ocurre; en algunos casos por la imposibilidad de los órganos estatales de cumplir con los fines establecidos, prestando los servicios necesarios por carencia de medios, generalmente económicos, adecuados.— En otras ocasiones el incumplimiento de las obligaciones estatales obedece a fallas de la administración; omisiones, actuaciones, extralimitaciones en el ejercicio de las funciones asignadas, etc. Lógicamente, sólo podrá deducirse la responsabilidad estatal en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones, actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, más no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio. Ya en otras ocasiones la Sala ha estudiado los límites de la responsabilidad estatal, entre las cuales basta citar los fallos de noviembre 17 de 1967, que aparece publicado en las páginas 257 a 283 del tomo LXXIII de los Anales del Consejo de Estado, y el fallo de noviembre 4 de 1975 (Exp. 1494). Según la demanda las fallas administrativas que dieron lugar al ejercicio de la acción indemnizatoria establecida en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo consistente en la inexistencia de señales indicativas del peligro en el sitio denominado "Quebrada Blanca" *no haber* cerrado la vía o por lo menos haber dispuesto de una o más máquinas, como tractores para rescatar los vehículos en peligro por los deslizamientos y en la no prestación del servicio de vigilancia y control de paso de vehículos por la quebrada antes citada. Finalmente, de las declaraciones se desprende que no puede sostenerse que los deslizamientos ocurridos en el sitio de Quebrada Blanca, puedan encuadrar dentro de la definición legislativa de caso fortuito o fuerza mayor que trae la Ley 95 de 1890, por cuanto su previsibilidad por la frecuencia con que se sucedieron desde años atrás, no podrían, asimilarse a terremotos, naufragios, etc. No, los derrumbes en el sitio de "Quebrada Blanca" eran previsibles por la naturaleza geológica del terreno, las condiciones climáticas de la región, entre otras. Lo anterior lleva a concluir que el solo hecho de permitir el tránsito de vehículos automotores y personas por sitios *potencialmente* peligrosos, no constituye una falla administrativa generadora de responsabilidad, mas si esa tolerancia se realiza en *sitios realmente* peligrosos, sí existe responsabilidad estatal, porque el Estado no puede en ningún caso permitir que los asociados se sometan con plena seguridad al peligro. No debe perderse de vista que el peligro que ofrecía el sitio denominado Quebrada Blanca en la carretera que de Bogotá conduce a la ciudad de Villavicencio, no era *potencial* sino una verdadera realidad; continuamente desde muchos años, se producían grandes deslizamien-

Páginas

tos en ese lugar de la carretera, y permanentemente accidentes o siniestros que dejaban numerosas víctimas. Bien puede decirse que sólo la temeridad estatal mantenía libre el tránsito por esa vía, a pesar de que las autoridades no desconocían que en cualquier momento podría sucederse no ya deslizamientos sino una gran catástrofe, como se produjo meses después del evento dañoso que relata la demanda que se desata mediante esta providencia. Permitir el tránsito por el sitio de Quebrada Blanca, no era simplemente una falla administrativa de las autoridades, era incurrir en una conducta muy cercana al dolo de que habla el derecho privado; era un acto inexcusable desde todos los puntos de vista que contrariaba tajantemente el objetivo estatal de lograr el bien común. (Sentencia de diciembre 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Flota La Macarena. Expediente 1564. Responsabilidad Extracontractual). 605

152. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Por la índole de las actividades cumplidas por la entidad pública. Competencia del Consejo de Estado para conocer de controversias que se susciten con las Empresas Comerciales e Industriales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, según la cuantía.— Sostiene en el escrito correspondiente que el Decreto 561 de 1975 al convertir a Puertos de Colombia en Empresa Comercial del Estado, adscribió el conocimiento de sus controversias a la Justicia ordinaria, cualquiera hubiera sido la fecha de ocurrencia de los hechos. Para resolver, se considera: a) Aunque la Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959 fue organizada como establecimiento público mediante el Decreto 3160 de 1968, el Decreto 561 de 25 de marzo de 1975 la reestructuró como Empresa Comercial del Estado (Art. 1º). b) Este mismo carácter se reafirma en el Decreto 972 de mayo 26 de ese mismo año, mediante el cual se aprueban sus estatutos (Art. 2º). Allí mismo se dispone que la reorganización de la entidad se hace con fundamento en lo que disponen los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 561 de 1975. c) La calificación como Empresa Comercial hace que Puertos de Colombia tenga un régimen jurídico especial, fluctuante entre el derecho público y el privado, que no es otro que el contemplado en los Arts. 43, 44 y 45 del Decreto 972. d) Este régimen, fundamentalmente, coincide con el general establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado en los Arts. 31, 34 y 36 del Decreto 3130 de 1968. e) Para los efectos del proceso de la referencia interesa el Art. 29 del Decreto 561, ya que allí se dispone que "los actos que realice la empresa para el desarrollo de sus actividades comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Los que realice para el cumplimiento de sus funciones administrativas que le confió la ley, son actos administrativos". De conformidad con el Decreto antes citado Puertos de Colombia tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación y vigilancia de los terminales marítimos (Art. 2º Inc. 2º). Y para el cumplimiento de tales objetivos podrá, entre otras funciones *prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga.* f) Aunque el sus-

Páginas

crito ponente tuvo sus dudas iniciales sobre la jurisdicción adecuada para conocer de este tipo de controversias, ellas se despejaron no sólo después de armonizar los Arts. 30 y 32 del Decreto 528 de 1964 con los Decretos 3130 de 1968 y 561 de 1975, sino del reestudio de las juiciosas observaciones expuestas por la Sala de Decisión del Doctor Portocarrero en asuntos similares relacionados con Puertos de Colombia. De este análisis resulta que si bien el Decreto 528 fijó la competencia para las acciones de responsabilidad extracontractual con base en el factor subjetivo (sólo eran demandables ante esta jurisdicción los entes territoriales y los establecimientos públicos), los últimos decretos ampliaron el criterio con la introducción del factor objetivo (por la índole de las actividades cumplidos por el ente público) hasta el punto que, en ciertos eventos, las empresas comerciales e industriales del Estado (tal el caso de Puertos de Colombia a partir del Decreto 561 de 1975) y las sociedades de economía mixta pueden ser demandadas ante los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, según la cuantía. La responsabilidad por las averías que sufre la mercancía depositada en terminal marítimo adscrito a Puertos de Colombia o por la pérdida de la misma, es imputable a esta entidad, ya que por ley le compete la administración de las bodegas de los puertos, sobre los cuales tiene la responsabilidad total del manejo de la carga. La actividad cumplida por Puertos de Colombia en la etapa de nacionalización de la mercancía y de liquidación y cobro de los derechos de aduana es pura y simplemente administrativa. De allí que las controversias que se desprendan de ese depósito obligado y de los trámites de nacionalización y aforo sean del resorte de esta jurisdicción. Esto, con prescindencia de la fecha de los acontecimientos. Se refuerza aún más lo dicho con lo que disponen los Arts. 55 de la Ley 79 de 1931 y 2º del Decreto 630 de 1942, sobre responsabilidad objetiva del Estado por pérdidas, deterioro o entrega equivocada de la mercancía depositada en bodegas oficiales. (Auto de noviembre 29 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: La Previsora S. A. Expediente 2200). 636

153. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR FALLA DEL SERVICIO

Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. Al desaparecer aquella sobra su calificación en el proceso penal. No cabe la suspensión del proceso mientras se decida la cuestión penal.— Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. En otros términos, al desaparecer aquélla sobra su calificación en el proceso penal. En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima. Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es

Páginas

predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración; desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima. Y esta falla o culpa de la administración se presume, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos. De allí que le baste a la víctima demostrar la falla causante y el daño, quedándole a la administración como descargo la demostración de un elemento extraño (fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima). El hecho de que el daño en ciertos casos se puede imputar a un agente determinado, no desvirtúa lo aquí expuesto, sino que establece una relación de solidaridad entre dicho agente y la administración. La jurisprudencia del Consejo a ese respecto tampoco deja lugar a dudas. Tampoco cabe la cuestión prejudicial, y con mayor razón, cuando el fundamento de la acción indemnizatoria sea el rompimiento del principio de la igualdad (1) a las cargas públicas; extremo este que compromete la responsabilidad de la administración con prescindencia del concepto de la culpa. En estas hipótesis la responsabilidad es objetiva y para nada incide la decisión final que se tome frente a la persona que directamente produjo el daño. De allí que sea indiferente que la Justicia Penal decida si un determinado agente actuó correctamente o si, por el contrario lo hizo en forma culposa o intencional. Pero si claros los anteriores conceptos ellos se vuelven diáfanos frente a la responsabilidad estatal por el incumplimiento de los deberes que le incumben frente a la mercancía depositada (depósito necesario) en bodegas oficiales. Esta responsabilidad es objetiva, prescinde de la noción de culpa personal del agente como de la de la administración y esta deberá responder por la pérdida, entrega equivocada o deterioro, pudiéndose exonerar sólo por fuerza mayor, evaporación y deterioro natural o culpa de la víctima nacida del empaque defectuoso, inadecuado, poca consistencia o mal confeccionado. Esta calificación se deriva del artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que subroga el artículo 55 de la Ley 79 de 1931. En este tipo de responsabilidad se descuenta como elemento exculpativo *el hecho de tercero*. Sobra, pues, pensar en qué cabe la suspensión del proceso mientras se decida cuestión penal que no tiene nada que ver con la presente controversia (1). Léase: ...igualdad frente a... (Auto de noviembre 29 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Luis B. Herrera. Expediente 2207. Responsablidad Extracontractual). 633

S

154. SUBSIDIO FAMILIAR

Se declara la nulidad del Decreto Reglamentario Nº 1219 de 1975 dicho subsidio debe ser cubierto a los empleados del campo por la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio del trabajador y

no por la Caja de Compensación Familiar.— Y como al decretarse la suspensión provisional se hizo un análisis completo de los planteamientos legales que contiene la demanda y la situación jurídica contemplada en esa oportunidad no ha sufrido variación, es suficiente lo entonces expresado para decidir en base a esas reflexiones el presente juicio. En efecto, dijo la Sala en la providencia del 5 de agosto de 1975 lo siguiente: "El decreto que se acusa es del siguiente tenor: 'por el cual se reglamenta el pago del subsidio familiar a los trabajadores rurales'. 'El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y en consideración a lo dispuesto en la Ley 56 de 1973 y el Decreto Legislativo 2373 de 1974, "Decreta": Art. 1º Cuando los trabajadores que deben recibir subsidio familiar se hallen establecido en zonas rurales y, por su localización, puedan recibir servicios de alguna caja de compensación familiar, establecida de acuerdo con la Ley, mayores del simple pago en dinero, tales como asistencia médica familiar, suministros de artículos de consumo a precios inferiores a los comerciales y otros similares, al subsidio podrá ser pagado mediante dichas cajas, siempre que la afiliación a las mismas se haya hecho antes del 31 de octubre de 1974 o que, si fuere posterior, se conviniera previamente entre los empleadores y sus trabajadores. Art. 2º Para efectos del convenio contemplado en el artículo anterior, se tendrá en cuenta la voluntad de al menos la mayoría absoluta de los trabajadores, expresada directamente o por intermedio de los representantes que designen. Art. 3º El presente decreto rige desde la fecha de su expedición. La acusación de la demanda se hace consistir en que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria, esto es que se violó el Art. 120 Nº 3 de la Constitución Nal. así como el Decreto 2373 de 1974. Estudiados los antecedentes del pago del subsidio familiar a los trabajadores de las zonas rurales, se tiene: "El Art. 15 de la Ley 56 de 1975 establece, en relación con el subsidio familiar, que los patrones lo pagarán por intermedio de una caja de compensación familiar que opere en el Departamento, Intendencia, Comisaría, Distrito Especial de Bogotá o Municipio en donde se causen salario de los trabajadores. Exceptúa, sin embargo, a los empleadores cuyas actividades económicas sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la avicultura o la apicultura, quienes podrán pagar directamente el subsidio familiar a sus trabajadores. "Posteriormente el Decreto 2373 dictado en virtud de las facultades que al Presidente de la República confiere el Art. 122 de la Constitución Nacional dispuso que el subsidio familiar que debían pagar los patronos dedicados a las actividades que se acaban de mencionar, sería cubierto por intermedio de las oficinas de la Caja de Crédito Agrario más cerca al domicilio de los trabajadores. "Y el Art. 5º del mismo estatuto permitió que los trabajadores organizados (se refiere a los del campo) podían solicitar al Gobierno que el pago del subsidio fuera cubierto por las Cajas de Compensación Familiar creadas con este fin o por otras entidades de carácter patronal u obrero que cumplan a satisfacción la misma función. Pero esta disposición fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, al revisar la inconstitucionalidad del citado decreto. "De tal manera, pues que a primera vista, y sin entrar en complicados

Páginas

silogismos, el subsidio familiar de los empleados del campo, debe ser cubierto por intermedio de la Caja de Crédito Agrario más cercana al domicilio del trabajador y no por una caja de compensación familiar. Por ello el decreto que se acusa viola en forma manifiesta y ostensible el Art. 120, Nº 3º de la Constitución Nacional por exceso en la facultad reglamentaria del decreto que se dice reglamentar, esto es el 2373 de 1974". (Sentencia de agosto 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Aldemar Salazar S. Exp. 3585. Decretos del Gobierno). 65

155. SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Del texto de la Resolución Nº 03165 de diciembre 24 de 1975, del Superintendente Bancario, orgánica de los Almacenes Generales de Depósito son nulas las siguientes disposiciones: parágrafo 2º del Art. 76, el aparte siguiente del Art. 31: "por un valor no inferior al estimado o al corriente de plaza si éste fuere mayor".— (Sentencia de octubre 27 de 1977. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Exp. 4135). 353

156. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

Facultad de esta para conocer de las apelaciones de los providencias dictadas por el registrador de instrumentos públicos de Bogotá.— El cargo de violación de los Arts. 13 y 16 del Decreto Ley 2733 de 1959 y de los Decretos 1050 de 1968, 1250 y 1347 de 1970 y 557 de 1974. Este cargo consiste, como se expuso, en que la Resolución 1312 del año en curso, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro, violó las mencionadas disposiciones porque resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 091 de este año, dictada por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, no obstante que el superior jerárquico de ésta es el Ministerio de Justicia, quien por esta causa debió conocer de él. Fuera de que la sociedad demandante sólo invocó específicamente los Arts. 13 y 16 del Decreto 2733 de 1959, el Art. 2º del Decreto Ley 577 de 1974, expedido con base en la Ley 2ª de 1973, prescribe que "las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad a la cual le corresponde, según los Decretos 1250 y 1347 de 1970, la vigilancia y el control de las mismas y el ordenamiento racional de los servicios que prestan". Por consiguiente, si la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá es dependencia de la Superintendencia de Notariado y Registro, de conformidad con los Arts. 13 y 16 del Decreto Ley 2733 de 1959, que se han invocado como violados, los actos del Registrador están sujetos al control jerárquico del superintendente de notariado y registro, quien resolvió, mediante la Resolución 1312, el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 051 proferida por aquél. Lo propio sucede con otras dependencias administrativas pertenecientes a la Superintendencia, en las cuales los superintendentes son los superiores jerárquicos del correspondiente organismo. (Sentencia de octubre 7 de 1977. Sala

Páginas

de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Actor: Guillermo Echeverry. Exp. 2650). 413

157. "STATUS" DE PENSIONADO

Este se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación antes dicha.— La Sección Segunda confirmó por análogas razones de las que se transcribe la siguiente: "La resolución que reconoce la pensión no crea el derecho realmente sino que declara el *status* de pensionado del beneficiario. Y no es necesario entrar en mayores disquisiciones para reconocerle el derecho al doctor Gómez Mejía, ante la claridad de lo dispuesto en el Decreto 446 de 1973, pues, se repite, el retiro del cargo no puede considerarse como un elemento integrante, constitutivo o necesario para adquirir el *status* de pensionado, porque ese retiro es apenas secuela lógica de ese *status*, es requisito necesario para entrar al disfrute de la pensión. "Si lo dicho careciera de fundamento jurídico, pues el legislador no hubiera consagrado en la Ley 12 de 1975 para el cónyuge supérstite o la compañera permanente y los hijos menores o inválidos de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público que falleciera antes de cumplir la edad cronológica pero completara el tiempo de servicios, el derecho a la pensión de jubilación de éste". En cinco muy apretadas páginas el apoderado de la Caja después de citar muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sin transcribirlas, y de mencionar varias veces una sentencia del 8 de julio de 1959 del Consejo de Estado, pretende en alegación propia de instancia, demostrar que se violó doctrina jurisprudencial del Consejo en la que se hace la distinción entre *status* de pensionado y *status* de jubilado. Las sentencias de 11 de junio de 1977 con ponencia del doctor Carlos Aníbal Restrepo y de 27 de julio de 1976 con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, que en copias obran en los autos, se contiene doctrina completamente diferente a la que se pretende demostrar como violada. La sentencia objeto del recurso mantiene la jurisprudencia como puede leerse de los siguientes apartes del citado fallo de 27 de julio de 1976: 'La controversia sobre la cual versa el presente juicio, se refiere a la interpretación que debe darse a la denominación "status de pensionado", para los efectos del reajuste establecido por medio del Decreto 446 de 1973, pues, de un lado, la Caja Nacional de Previsión sostiene en la providencia impugnada, que este derecho sólo se configura cuando se cumplen los requisitos de la edad, tiempo de servicios y el hecho de estar disfrutando el funcionario de la respectiva pensión, mientras que el actor afirma que dicho *status* se adquiere solamente cuando se han satisfecho los dos primeros eventos antes mencionados. "Ya en anteriores ocasiones al resolverse asuntos similares al *sub lite*, 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 presta-

Páginas

ción antes dicha". En la de 11 de junio de 1977 se lee: "La controversia jurídica planteada en el presente juicio, es la del derecho del actor 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 reúnan 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 Ley 27 de julio de 1976, Consejero ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Gabriel Urueña V. Exp. 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 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". (Providencia de noviembre 16 de 1977. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Actor: Hernando Gómez M. Exp. 10.254). 849

158. SUSPENSION PROVISIONAL

De la "Instrucción" de la orden administrativa número 00011 de 5 de febrero de 1975. En cuanto no es aplicable a los casos señalados por el inciso 2º del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974.— El actor solicita la suspensión provisional de la instrucción primera contenida en la orden administrativa número 00011, emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales, cuyo texto reza: "Para su conocimiento y para que se divulgue convenientemente, me permito impartirles las siguientes instrucciones para efectos de la aplicación de los artículos 30 y 45 del Decreto 2821 de 1974: "1º Cuando quiera que el contribuyente proceda a reajustar la liquidación privada o la administración proceda a corregirla, se causaran intereses de mora, en relación con el mayor valor correspondiente al reajuste de las cuotas ya vencidas". Estima el demandante que la transcrita instrucción se opone a lo previsto en el artículo 30, inciso 2º, del Decreto 2821 de 1974. Ciertamente, le asiste razón al demandante en cuanto la sanción por mora se pretende aplicar a las hipótesis previstas en el inciso 2º del artículo 30 referente a la modificación de la liquidación privada hecha en la liquidación de re-

Páginas

visión o a la modificación espontánea que haga el contribuyente dentro del término de seis (6) meses previsto en el artículo 7º del mismo decreto de la declaración de renta y la nueva liquidación privada, toda vez que en tales circunstancias los intereses que se causen son los corrientes. (Auto de noviembre 21 de 1977. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Radicación 4697. Actor: Cayetano Betancur. Autoridades Nacionales). 423

159. SUSPENSION PROVISIONAL

Plazos que tienen el demandante y las partes coadyuvantes y opositoras, para recurrir el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional.— El auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de mayo pasado fue notificado personalmente al señor Fiscal y por estado a las demás partes el 11 del mes indicado. En consecuencia, el actor sólo podía recurrir esa providencia hasta el 14, inclusive, del mismo mes, de acuerdo con el Art. 352 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso conforme a lo prescrito por el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo. Esto significa que, cuando el demandante interpuso el recurso de apelación, el 20 de mayo último, ya había vencido el plazo que tenía para proponerlo y que, por lo mismo, fue concedido extemporáneamente. La jurisprudencia de esta Corporación por extensión ha admitido que quienes se presenten al juicio como partes, para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, pueden recurrir al auto que resuelve la posibilidad de suspensión provisional hasta el vencimiento del término de fijación en lista, en consideración a que es en este lapso cuando los terceros tienen oportunidad de conocer esa providencia. Pero no sucede lo propio con la parte demandante, que ha estado vinculada al juicio desde su iniciación, la cual tiene la posibilidad de notificarse personalmente o en su defecto por estado del auto que resuelve su petición de suspensión provisional, como el que en este caso se fijó, con tal finalidad, el 11 de mayo del año en curso. (Auto de julio 8 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 009 del Concejo Municipal de Bucaramanga. Actor: Alfonso Marín M. Exp. 2667. Concejos Municipales). 543

160 SUSTRACCION DE MATERIA

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo a pesar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos. Las decisiones que son objeto de la pretensión de nulidad no han sido objeto de revocación posterior, o sea que conservan su entidad jurídica: cosa diferente es que su ejecución ya esté consumada y que por lo tanto no continúen produciendo efectos. La teoría de la sustracción de materia sólo se ha predicado jurisprudencialmente en algunos casos para conocer de aquellos actos que desaparecieron de la esfera jurídica por su revocatoria o por su derogación. En

Páginas

casos como el presente la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo, a pesar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos y no tenga virtualidad para generar otros nuevos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de octubre 28 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis G. Sorzano. Expedientes 2355, 2356 y 2431. Con *Salvamento de Voto,* Doctor Humberto Mora O). 203

T

161. TRABAJADORES OFICIALES

La jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los conflictos que se susciten con estos servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias, como la que se origina en el ejercicio de la acción contra actos de entidades de derecho público que desconocen el derecho a pensión de jubilación.— Ciertamente, el vínculo jurídico del demandante con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue el contractual laboral, pues de acuerdo con los estatutos del mismo, aprobados por los Decretos 3337 de 1961 y 2849 de 1968 Art. 57 los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tienen el carácter de trabajadores oficiales y sin que sea necesario el hecho de que el respectivo contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito. Sin embargo en el caso presente no está frente a un conflicto jurídico laboral originario directa o indirectamente en un contrato de trabajo, sino que se controvierte el derecho del actor a que se le decrete el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por haber prestado servicios al Incora y a las Fuerzas Mlitares, y si es posible acumularlos a uno y otro. No se trata, pues, de la separación del trabajador, ni se discute su vínculo contractual lo que se demanda es un acto de un establecimiento público, cuya controversia no tiene origen en el contrato de trabajo, sino en el hecho de determinar si es dable acumular servicios prestados a distintos establecimientos públicos para el reconocimiento de la aludida prestación y si, además, la circunstancia de estar percibiendo una pensión, hace posible que se pueda reconocer posteriormente otra, en sustitución de la anterior. De esta manera el hecho de que se trate de un trabajador oficial no implica, necesariamente, que la jurisdicción contencioso administrativa no sea competente para conocer de los conflictos que se susciten con esta clase de servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias con Entidades de derecho público y establecimientos distintos, como es el caso del ejercicio de la acción contra actos que desconocen el derecho a pensión de jubilación, por parte de las mismas Instituciones. Por ello, la Sala desea precisar, ante todo, si el demandante se encuentra cobijado por la excepción que trae el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945. En primer lugar, por regla general las relacionadas entre los empleados públicos y la Administración no se hallan agrupados por las normas que regulan el contrato de trabajo y sí por una relación

Páginas

visión o a la modificación espontánea que haga el contribuyente dentro del término de seis (6) meses previsto en el artículo 7º del mismo decreto de la declaración de renta y la nueva liquidación privada, toda vez que en tales circunstancias los intereses que se causen son los corrientes. (Auto de noviembre 21 de 1977. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Radicación 4697. Actor: Cayetano Betancur. Autoridades Nacionales). 423

159. SUSPENSION PROVISIONAL

Plazos que tienen el demandante y las partes coadyuvantes y opositoras, para recurrir el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional.— El auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 9 de mayo pasado fue notificado personalmente al señor Fiscal y por estado a las demás partes el 11 del mes indicado. En consecuencia, el actor sólo podía recurrir esa providencia hasta el 14, inclusive, del mismo mes, de acuerdo con el Art. 352 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso conforme a lo prescrito por el Art. 282 del Código Contencioso Administrativo. Esto significa que, cuando el demandante interpuso el recurso de apelación, el 20 de mayo último, ya había vencido el plazo que tenía para proponerlo y que, por lo mismo, fue concedido extemporáneamente. La jurisprudencia de esta Corporación por extensión ha admitido que quienes se presenten al juicio como partes, para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, puedan recurrir al auto que resuelve la posibilidad de suspensión provisional hasta el vencimiento del término de fijación en lista, en consideración a que es en este lapso cuando los terceros tienen oportunidad de conocer esa providencia. Pero no sucede lo propio con la parte demandante, que ha estado vinculada al juicio desde su iniciación, la cual tiene la posiblidad de notificarse personalmente o en su defecto por estado del auto que resuelve su petición de suspensión provisional, como el que en este caso se fijó, con tal finalidad, el 11 de mayo del año en curso. (Auto de julio 8 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 009 del Concejo Municipal de Bucaramanga. Actor: Alfonso Marín M. Exp. 2667. Concejos Municipales). 543

160 SUSTRACCION DE MATERIA

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo a pesar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos. Las decisiones que son objeto de la pretensión de nulidad no han sido objeto de revocación posterior, o sea que conservan su entidad jurídica: cosa diferente es que su ejecución ya esté consumada y que por lo tanto no continúen produciendo efectos. La teoría de la sustracción de materia sólo se ha predicado jurisprudencialmente en algunos casos para conocer de aquellos actos que desaparecieron de la esfera jurídica por su revocatoria o por su derogación. En

Páginas

casos como el presente la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha orientado siempre en el sentido de hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo, a pesar de que el acto haya producido ya la totalidad de sus efectos y no tenga virtualidad para generar otros nuevos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de octubre 28 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis G. Sorzano. Expedientes 2355, 2356 y 2431. Con *Salvamento de Voto*, Doctor Humberto Mora O). 203

T

161. TRABAJADORES OFICIALES

La jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los conflictos que se susciten con estos servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias, como la que se origina en el ejercicio de la acción contra actos de entidades de derecho público que desconocen el derecho a pensión de jubilación.— Ciertamente, el vínculo jurídico del demandante con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, fue el contractual laboral, pues de acuerdo con los estatutos del mismo, aprobados por los Decretos 3337 de 1961 y 2849 de 1968 Art. 57 los funcionarios, empleados y obreros del Instituto tienen el carácter de trabajadores oficiales y sin que sea necesario el hecho de que el respectivo contrato de trabajo no aparezca consignado por escrito. Sin embargo en el caso presente no está frente a un conflicto jurídico laboral originario directa o indirectamente en un contrato de trabajo, sino que se controvierte el derecho del actor a que se le decrete el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por haber prestado servicios al Incora y a las Fuerzas Mlitares, y si es posible acumularlos a uno y otro. No se trata, pues, de la separación del trabajador, ni se discute su vínculo contractual lo que se demanda es un acto de un establecimiento público, cuya controversia no tiene origen en el contrato de trabajo, sino en el hecho de determinar si es dable acumular servicios prestados a distintos establecimientos públicos para el reconocimiento de la aludida prestación y si, además, la circunstancia de estar percibiendo una pensión, hace posible que se pueda reconocer posteriormente otra, en sustitución de la anterior. De esta manera el hecho de que se trate de un trabajador oficial no implica, necesariamente, que la jurisdicción contencioso administrativa no sea competente para conocer de los conflictos que se susciten con esta clase de servidores, cuando lo que se debate no son cuestiones derivadas del contrato de trabajo, sino controversias con Entidades de derecho público y establecimientos distintos, como es el caso del ejercicio de la acción contra actos que desconocen el derecho a pensión de jubilación, por parte de las mismas Instituciones. Por ello, la Sala desea precisar, ante todo, si el demandante se encuentra cobijado por la excepción que trae el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945. En primer lugar, por regla general las relacionadas entre los empleados públicos y la Administración no se hallan agrupados por las normas que regulan el contrato de trabajo y sí por una relación

Páginas

de derecho público, salvo en los casos que distingue el Art. 5º del Decreto 3135 de 1968. La Sala considera que el Incora es un establecimiento público descentralizado y aunque goza de cierta autonomía administrativa, es, no obstante, una Entidad estatal, por disposición de la Ley. El Decreto 3135 ya citado en su Art. 5º dispone que en los estatutos, se precisará cuáles personas desempeñan actividades mediante contrato de trabajo. Esto quiere indicar que la regla general es que las personas que laboran en tales establecimientos son empleados públicos y por excepción dichos estatutos deben señalar cuáles son empleados oficiales. El demandante desempeñaba el cargo de Director de Proyecto del Caquetá Nº 1 es decir que sus funciones eran tipicamente directivas, situación que lo colocaba con el carácter de empleado público, y por lo mismo el acto administrativo por él acusado, es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (Sentencia de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Gustavo Artunduaga. Exp. 1831. Autoridades Nacionales). 322

162. TRABAJADORES OFICIALES. ADQUISICION DE LA CONDICION

Título VII del Decreto 2339 de 1971. En el Ministerio de Defensa y en la Policía Nacional los Trabajadores Oficiales solamente adquieren dicha condición, a partir de la firma del contrato a diferencia de los demás trabajadores oficiales con quienes se presume celebrado contrato conforme al modelo oficial llamado contrato ficto. Ya se dijo que la sentencia apelada limitó los derechos reclamados hasta la vigencia del Decreto 2339 de 1971. Sin embargo la Fiscalía considera que la aplicación a los *trabajadores Oficiales* (que solamente lo serán en la medida en que se suscriban el contrato de trabajo) del Título VII del mencionado Decreto solamente o sea desde la firma del contrato, porque su validez está condicionada entre otros requisitos (Art. 107 *ibidem*) a que conste por escrito. Piensa la Fiscalía que no es suficiente la sola existencia del Decreto 2339 de 1971 porque se presentaría el absurdo consistente en que sin suscribirse el contrato, donde debe constar el régimen salarial, y aplicarse el título VII (Art. 112) se estaría remitiendo a un régimen salarial inexistente. Al paso que, si como lo piensa la Fiscalía, el Título VII sólo se aplica a partir de la firma del contrato, antes de suscribirse el régimen salarial será el legal y después, de acuerdo con la misma ley, será el contractual. Y se dice que los *trabajadores oficiales* del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional solamente adquieren dicha condición a partir de la firma de contrato, porque a diferencia de los demás trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968 Art. 7º), donde se *presume* celebrado el contrato conforme al modelo oficial correspondiente (lo que se ha llamado desde la Ley 6ª de 1945 el *contrato ficto,* el vínculo contractual de los primeros solamente tiene Validez cuando conste por escrito. (Sentencia de agosto 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo S. Actor: Nohemí Mejía de Calderón. Expediente 0048. Resoluciones Ministeriales). 170

Páginas

V

163. VOCACION PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PRESIDENCIALES

A juicio de los demandantes, cuando se le concede permiso al Presidente para trasladarse a territorio extranjero, es forzoso e ineludible que el designado asuma las funciones presidenciales que le correspondan, sin que el Senado esté facultado para excusarlo, ni para llamar a los funcionarios que se mencionan en el Artículo 125, pues esto sólo puede hacerse en el caso de falta absoluta de aquél, según el mismo artículo 125. En otros términos, consideran los demandantes que la vocación al ejercicio de la Presidencia de los Ministros y de los Gobernadores en el orden prescrito por la Constitución sólo surge, en el caso del artículo 128, cuando ocurre falta absoluta de designado. Semejante interpretación implica que la persona con esa investidura no tendría derecho a excusarse de recibir el encargo, ni siquiera por motivos de enfermedad o por circunstancias de fuerza mayor. Es posible que los demandantes consideren corroborada su conclusión por la forma verbal empleada en el artículo 128 cuando en su inciso final dice que en la hipótesis allí prevista "el designado *cumplirá* las funciones constitucionales del Presidente de la República" y que entiendan la expresión como una modalidad imperativa. Pero esta sería una exégesis tocada de simplismo, porque en Derecho y en todo orden de regulación práctica las formas más imperativas deben interpretarse sin excluir circunstancias especiales de fuerza mayor u otras que racionalmente excusan de cumplir las obligaciones legales. Quizás por eso el constituyente usó la expresión en tiempo futuro. Cuando se prevé que, a falta de designado, entren a ejercer el poder los Ministros o los Gobernadores en el orden allí señalado, no se califica en la norma esa falta, de suerte que el intérprete debe darle a la expresión toda la amplitud que ella contiene, por que no le sea dado distinguir, donde el legislador no ha distinguido. Si la norma contempla la falta del designado ha de entenderse que esa falta puede ser absoluta o relativa y que, en este último caso, le corresponde al Senado apreciar las circunstancias constitutivas de la falta para llamar a quien deba encargarse, en defecto del Designado. De no ser así querría decir que la Constitución Colombiana le habría impuesto al Designado un deber absolutamente inexcusable, colocándolo en una condición no sólo inhumana e irracional, sino en abierta pugna con los principios cardinales de nuestra organización jurídica. En el derecho colombiano no se le impone a ningún funcionario, ni a ninguna persona que ostente una investidura oficial, ni a ningún ciudadano en particular, la carga del cumplimiento de deberes públicos cuando medien circunstancias de fuerza mayor u otras constitutivas de justificada disculpa. Habría entonces, alguna razón para colocar al Designado al margen de esas previsiones constitucionales y legales? Por la época en que se expidió el acto acusado, la Constitución no señalaba expresamente ante quién debía presentar excusa el Designado para asumir las funciones presidenciales; pero como su investidura lo equipara al

Páginas

Presidente, considera la Sala que le correspondía al Senado y en receso del Congreso a la Corte Suprema de Justicia (Artículos 98 Nº 3 Constitución Nacional y 303 del C. P. M.). La "analogía juris" es en este caso un criterio de interpretación perfectamente legítimo, pues dadas las características especiales de la Designatura, la excusa transitoria para ejercer una función corresponde, analógicamente con el concepto de licencia para dejar de ejercer transitoriamente las que se vienen ejerciendo. Por otra parte, si el mismo artículo 98 en su numeral primero le atribuye al Senado la función de admitir o no la renuncia del Designado, con cuánta mayor razón debe entenderse que tiene la facultad de considerar la excusa del Designado para ejercer funciones presidenciales en el caso del Artículo 128. Esto, que, en concepto de la Sala, se deducía claramente de los textos constitucionales citados, ha quedado explícito ahora, por virtud del artículo 1º del Acto Legislativo Nº 1 de 1977, cuando dice que "son atribuciones del Senado: 3º... decidir las excusas del Designado para ejercer la Presidencia de la República". Sostienen los demandantes que el llamamiento al Ministro de Relaciones Exteriores para ejercer funciones presidenciales, con fundamento en el Artículo 2º del Acuerdo Legislativo Nº 1º de 1959 entraña aplicación de un precepto derogado y que, por ende es violatorio de la Constitución. La simple lectura de todo el articulado del Acto Legislativo Nº 1º de 1959 permite verificar que sólo los artículos 1º y 6º tenían una vigencia transitoria hasta el año de 1974 inclusive. El primero consagró la alternación en la Presidencia y el sexto prorrogó la vigencia de la reforma constitucional plebiscitaria de 1957. Los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 7º contienen disposiciones que no son complementarias de las restantes, sino reformatorias de otras normas permanentes de la Constitución y, como tales, también disposiciones con vigencia indefinida en el tiempo. El propio constituyente de 1977 así lo entendió al reiterar esos preceptos en el correspondiente Acuerdo Legislativo. (Artículos 2º y 4º), cuando ya el régimen de la alternación había desaparecido. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de octubre 28 de 1977. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Luis G. Sorzano. Expedientes 2355, 2356 y 2431. Con *Salvamento de Voto* del Doctor Mora Osejo). 203

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Páginas

1. (Ministerio de Agricultura). Consulta relacionada con radio comunicaciones. Concepto de 30 de agosto de 1977. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Publicación autorizada con oficio número 7025 de septiembre 9 de 1977. Radicación número 1165. 9

2. (Ministerio de Obras Públicas y de Transportes). Consulta relacionada con contratos de los organismos descentralizados. Industria Nacional. Concepto de septiembre 30 de 1977. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Publicación autorizada con oficio número 43180 de octubre 6 de 1977. Radicación 1171. 13

3. (Ministerio de Gobierno). Consulta relacionada con pensión de Jubilación. Concepto de 14 de agosto de 1975. Consejero ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica Aponte. Publicación autorizada con oficio número 1802 de septiembre 30 de 1975. Radicación 997. 17

4. (Departamento Nacional de Planeación). Consulta relacionada con los gastos de representación y las leyes especiales y ordinarias. Concepto de 4 de agosto de 1977. Consejero ponente: Doctor Samuel Arango Reyes. Publicación autorizada con oficio número 652 de agosto 23 de 1977. Radicación número 1150. 21

5. (Ministerio de Agricultura). Consulta relacionada con el Inderena. Decreto Ley 2821 de 1974. Mientras esté en trámite una solicitud hecha a la administración, y cambie la ley, debe estarse a lo que la nueva ley establece. Consejero ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Autorizada su publicación con oficio número 9950 de diciembre 15 de 1977. Radicación número 1181. 27

6. (Ministerio de Agricultura). Consulta relacionada con la procedencia del recurso de queja en los negocios administrativos (Artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil). Concepto de 12 de diciembre de 1977. Publicación autorizada en el texto mismo de la consulta. Radicación número 1177. Salvamento de voto del Consejero Doctor Jaime Paredes Tamayo. 31

Páginas

7. (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social). Consulta relacionada con el procedimiento gubernativo. Concepto del Consejero Doctor Mario Latorre Rueda. Publicación autorizada con oficio número 378 que fue el que elevó la consulta. Radicación Nº 1166. 48

8. (Ministerio de Salud). Consulta relacionada con la Cruz Roja Colombiana. Concepto de 21 de octubre de 1977. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Publicación autorizada con oficio número 30640 de noviembre 17 de 1977. Radicación número 1173. .. 53

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

Decretos del Gobierno

1. (Decreto del Gobierno). Se declaró la nulidad del artículo 1º, literal b), del Decreto 625 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional. Sentencia de 8 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente: 2564. Actor: Alberto Donadio Copello. 61

2. (Decreto Reglamentario). Se declaró la nulidad del Decreto Reglamentario número 1219 expedido por el Señor Presidente de la República el 20 de junio de 1975. Sentencia de agosto 31 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 3585. Actor: Aldemar Salazar Salazar. 65

3. (Decreto Reglamentario). Se declaró nula la expresión "a juicio de la comisión revisora" y contenida en el literal c) del artículo 76 del Decreto Reglamentario número 281 de 21 de febrero de 1975, "por el cual se reglamenta el registro de medicamentos, productos alimenticios, cosméticos, materiales de curación, plaguicidas de uso doméstico, detergentes y otros productos que inciden en la salud". Sentencia de 26 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 2624. Actor: Hugo Palacios Mejía. 69

4. (Decreto Reglamentario). Se declaró nulo el artículo 5º del Decreto Reglamentario 331 de 1976. Es nula la circular número 007 de marzo 1º de 1976, en cuanto imparte instrucciones sobre la aplicación de la disposición que se anula. Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expedientes números 3711 y 3798. Acumulados. Actores: Armando Parra Escobar y Jaime Vidal Perdomo. 72

Páginas

5. (Decreto Reglamentario). Nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 605 de 1963. Sentencia de octubre 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente 2653. Actor: Luis Francisco Galvis Jaimes. 80

6. (Decreto del Gobierno). Decreto del Gobierno número 0865 del 19 de mayo de 1971. No se accedió a las peticiones de la demanda. Sentencia de 7 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho Rodríguez. Expediente 3945. Actor: Oscar Julio Ulloa Sotomonte. .. 82

7. (Decreto Reglamentario). Se declaró la nulidad parcial del inciso 1º del artículo 12 del Decreto Reglamentario 331 de 1976 en cuanto dispone: "Cuando el contribuyente habitare varios inmuebles que le pertenezcan total o parcialmente la deducción se hará de la suma de los correspondientes costos o avalúos". Sentencia de julio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 3709. Actor: Alejandro Páez Murillo. 87

CAPITULO SEGUNDO

Resoluciones ministeriales y otros actos de los ministros

1. (Ministerio de Minas y Energía). Actos administrativos. Nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 00253 de abril 23 de 1975 y 00320 de julio 23 de 1975 enviados por el señor Viceministro al doctor Darío Vallejo Jaramillo Acerías Paz del Río S. A. y al Presidente Encargado de Acerías Paz del Río S. A. Sentencia de agosto 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 3820. Actor: Acerías Paz del Río S. A. 93

2. (Ministerio de Salud). Intervención económica del Estado. Sentencia de 30 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Expediente 2657. Actor: Hugo Palacios Mejía. 110

3. (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social). Acto administrativo. Su motivación, sentencia de 30 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga. Expediente 4002. Actor: Compañía Colombiana de Cerámica S. A. 122

4. (Ministerio de Agricultura). Niveles mínimos de productividad. Nulidad de la Resolución 072 de 1976 originaria del Ministerio de Agricultura "por la cual se determinan los niveles mínimos de productividad para el año de 1975". Sentencia de 13 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2248. Actor: Hernando Carreño Varela. 130

Páginas

5. (Ministerio de Educación Nacional). Personal docente. Traslado de profesores escalafonados para poder reclamar sobre la estabilidad. Sentencia de 21 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 2084. Actor Jorge Edgar Paz Guerrero. 133

6. (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social). Personería Jurídica. Asociación Guardia Nacional Penitenciaria. Auto de 15 de diciembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actores: Jairo Antonio Grisales Acosta y Carlos Vicente de Roux. 138

7. (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social). Acumulación de acciones. Huelga y arbitramento. Sentencia de 16 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga. Expediente 2820. Actor: Industria de Cobre y Aluminio "Incoal". 143

8. (Ministerio de Relaciones Exteriores). Extranjeros. Nulidad de las Resoluciones números 1976 de noviembre 14 de 1975 y 1140 de agosto 25 de 1976 por medio de las cuales el Ministerio de Relaciones Exteriores cancela la visa ordinaria número 892 expedida por el Consulado General de Colombia en Nueva York. Sentencia de 1º de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel Antonio Cárdenas V. Expediente 2589. Actor: Jorge Morra Zablath. 152

9. (Ministerio de Obras Públicas y Transportes). Recurso de súplica. Concepto de mayoría absoluta para decidir, artículo 11 del Decreto 1265 de 1970. Auto de agosto 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2180. Actor: Sociedad Aseguradora Gran Colombiana S. A. 158

10. (Ministerio de Comunicaciones). Contratos Administrativos: objeto ilícito. Sentencia de 20 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 2688. Actor José Antonio Salazar Cruz. 161

11. (Ministerio de Relaciones Exteriores). Agentes diplomáticos. Sentencia de julio 4 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 2341. Actor: Beatriz Mantilla de García Moreno. 165

12. (Ministerio de Defensa Nacional). Trabajadores Oficiales. Adquisición de la condición. Sentencia de 29 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga. Expediente 0048. Actor: Nohemí Mejía de Calderón. 170

13. (Ministerio de Obras Públicas y de Transportes). Indemnización de perjuicio. Sentencia de 25 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 3135. Actor: Pedro Tejada Jovel. 172

Páginas

14. (Ministerio de Defensa Nacional). Militares. La pensión de invalidez por incapacidad absoluta y permanente excluye el subsidio familiar. Sentencia de 31 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4165. Actor: Octavio Camelo Torres. ... 176

15. (Ministerio de Justicia). Personería Jurídica. Cancelación de Personería por parte del Ministro. Sentencia de 12 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 234. Actor: Fundación Colegio Americano de Bogotá. 179

16. (Ministerio de Minas y Energía). Contrato de concesión, exploración y explotación de calizas. Decreto 1275. Artículo 27 de 1970. Derecho preferencial del contratista. Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 1810. Actor: Guillermo Laserna Pinzón. 192

CAPITULO TERCERO

Actos de otras autoridades del orden nacional

1. (Congreso Nacional). Actos administrativos del Congreso. Sustracción de materia. Acumulación de pretensiones. Vocación para el ejercicio de funciones presidenciales. Sentencia de 28 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expedientes: 2355, 2356, 2431. Demandante: Luis Guillermo Sorzano E. Salvamento de voto del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo. 203

2. (Consejo de Estado). Abogacía: Prueba de la calidad de abogado cuanto éste se exige para desempeñar en propiedad determinados cargos. Confirmación de nombramiento de fecha 13 de septiembre de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango. 220

CAPITULO CUARTO

Actos de otras autoridades administrativas del orden nacional

1. (Presidencia de la República). Alcalde. Posesión del Alcalde de Bogotá, ante el Presidente de la República. Artículo 260 del C. de R. P. M. Artículo 20 del Código Contencioso Administrativo. Artículo 65 de la Constitución Nacional. La posesión no es un acto desde el ángulo de la administración. No es un acto administrativo sobre el cual debe pronunciarse un fallo. Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 2584. Actor: Germán García Barrero y Augusto Calle Henao. 231

Páginas

2. (Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero). Empleados públicos y trabajadores oficiales. Sentencia de 19 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 4449. Actor: Manuel Roca Castellanos. 235

3. (Caja Nacional de Previsión). Pensión de Jubilación. Reajuste. Sentencia de 2 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 0281. Actor: Guillermo González Charry. ... 240

4. (Caja Nacional de Previsión). Cesantía de funcionarios del Servicio Exterior. Sentencia de 25 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho Rodríguez. Expediente 4241. Actor: Luis Córdoba Mariño. 248

5. (Superintendencia de Notariado y Registro). Protocolización de la partición. Nulidad. Sentencia 9 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente número 2608. Actor: Alberto Arias Gutiérrez. 254

6. (Instituto Nacional del Transporte). Notificaciones. No son actos administrativos, son simplemente parte de un proceso judicial o administrativo y por eso no son susceptibles de recurso, ni de anulación. Auto de agosto 30 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Alfonso Arango Henao. Expediente 2702. Actor: Rápido el Carmen Ltda. 257

7. (Dirección General de Impuestos Nacionales y Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje). Impuestos. Deducción a la renta bruta por salarios pagados. Noción de salario factor para liquidar las contribuciones del Sena del ICSS y de las Cajas de Compensación. Sentencia de 11 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4169. 260

8. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Incora. Régimen jurídico de los trabajadores. Vinculación de carácter contractual. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es competente para dirimir las acciones en las cuales se controviertan actos que provengan directa o indirectamente de contratos de trabajo. Sentencia de 31 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 1614. Actor: Gilberto Díaz Vega. 275

9. (Fondo Rotatorio de Aduanas). Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas. Almacenamiento de mercancías y plazo para permanencia de esta en la bodega de la Aduana. Reglamentos. No se realiza una actividad comercial sino administrativa. Abandono administrativo o de hecho. Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 1797. Actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinaria Ltda. 281

Páginas

10. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Incora. Declaratoria jurídica de explotación económica. Sentencia de 15 de diciembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 1729. Actor: José de la Cruz Barros T. 292

11. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Incora. Nulidad de la Resolución 00295 de enero 29 de 1975 proferida por este instituto y la aprobación que le fue impartida por la Junta Directiva de dicho instituto, en la misma fecha según acta 420 por las cuales se declaró extinguido el derecho de dominio sobre el predio "La Popa" en el municipio de Cabrera Departamento de Antioquia. Sentencia de diciembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 1826. Actor: Aureliano Restrepo y otra. 299

12. (Superintendencia Bancaria). Almacenes Generales de Depósito. Origen. Objeto y funciones. Los almacenes generales de depósito en la Legislación Colombiana. Sentencia de 1º de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 4153. Actor: Almacenes Generales de Depósito Gran Colombia S. A. "Almagrán". 308

13. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Trabajadores Oficiales. Competencia de la jurisdicción de la Contencioso Administrativo para conocer de los conflictos que se susciten con estos servidores. Pensión de jubilación. Acumulación de tiempos servidos en las Fuerzas Militares y en la Administración pública. Sentencia de 18 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente: 1831. Actor: Gustavo Artunduaga Paredes. 322

14. (Superintendencia Bancaria). Pensión de jubilación. Incompatibilidad entre un acto administrativo de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y una norma de superior jerarquía. Sentencia de septiembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 4370. Actor: Hernando Murad Ruiz. 331

15. (Comité de Clasificación de películas adscrito al Ministerio de Comunicaciones). Acto reglado o discrecional. La administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras: reglada o discrecionalmente. Sentencia de septiembre 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Expediente 2588. Actor: Global Films de Colombia Ltda. 335

16. (Ferrocarriles Nacionales de Colombia). Revocación directa de los actos administrativos particuares. Prohibición establecida en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Acción de revisión Artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. Sentencia 3 de agosto de

Páginas

1977. Sala de lo Contencioso Admnistrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo Saldarriaga. Expediente 1843. Actor: Marco Fidel Ruiz C. 345

17. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística). Contrato administrativo de comisión de estudios. Obligaciones contractuales de las partes. Efectos del contrato. La destitución no puede juzgarse como incumplimiento por parte de la administración. Sentencia de 31 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 3618. Actor: Enrique Lasprilla R. 350

18. (Superintendencia Bancaria). Nulidad del parágrafo 2º del artículo 76; del aparte del artículo 31 de la Resolución 03165 de diciembre 24 de 1975 del Superintendente Bancario. Almacenes Generales de Depósito: Objeto y origen de los fondos de los Almacenes Generales de Depósito. Función de los Almacenes Generales de Depósito. Legalidad del establecimiento de las provisiones obligatorias para atender deudas de difícil cobro, artículo 14 del Decreto 356 de 1957, artículo 450 del Código de Comercio. Ley 45 de 1923, artículo 87. Almacenes generales de depósito: Sentido formal de la ley. La presunción del artículo 762 no es desvirtuada por el parágrafo de los Arts. 25 de la Resolución 3165 del Superintendente Bancario. Sentencia de 27 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4135. Actor: Jorge Vélez García. Salvamento de voto del Consejero Miguel Lleras Pizarro. 353

19. (Caja Nacional de Previsión). Prestaciones Sociales. Sentido e interpretación de la Ley 48 de 1962. Artículo 8º. Fallecimiento de congresistas en ejercicio de sus funciones. Sentencia de 14 de diciembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago. Expediente 3164. Actor: Cornelia Adelle Keller viuda de Henao. 408

20. (Superintendencia de Notariado y Registro). Facultad de ésta para conocer de las apelaciones de las providencias dictadas por el registrador de instrumentos públicos de Bogotá. Registrador de Instrumentos Públicos: Posibilidad legal de corregir, enmendar errores en inscripción de matrículas. Sentencia de octubre 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente 2650. Actor: Guillermo Echeverry Botero. 413

CAPITULO QUINTO

Suspensiones provisionales de actos del orden nacional

1 (Dirección General de Impuestos Nacionales). Suspensión provisional. De la "Instrucción" de la orden administrativa número 00011 de 5 de febrero de 1975. En cuanto no es aplicable a los casos señalados por el inciso 2º del artículo 30 del Decreto 2821 de 1974. Auto

Páginas

de 21 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expediente: 4697. Actor: Cayetano Betancur. 423

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

Actos de los Gobernadores

1. (Departamento de Boyacá). Corporaciones y fundaciones. Antecedentes normativos. Derecho Comparado. Derecho Colombiano. La voluntad creadora. Los bienes. El fin. Acción cultural popular. ACPO. Su fundación y constitución, su objeto, su finalidad, voluntad de los fundadores. Sentencia de octubre 6 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2425. Actor: Acción Cultural Popular "ACPO". 429

2. (Departamento de Antioquia). Consulta: para que proceda la consulta es menester que se trate de juicios cuyo conocimiento compete a los Tribunales Administrativos en primera instancia y que entidad de derecho público condenada al pago de suma superior a los dos mil pesos, no haya interpuesto el recurso de apelación. Sentencia de septiembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 2006. Actor: Margarita Sierra viuda de A. 447

3. (Departamento del Atlántico). Demanda: Forma en que debe de presentarse el acto administrativo acusado que debe acompañar a la demanda. Sentencia de 27 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 2054. Actor: Ana Vizcaíno de Vizcaíno. 449

CAPITULO SEGUNDO

Actos de las Asambleas

1. (Asamblea de Córdoba). Acción de Plena jurisdicción contra la Resolución Nº 005 de 1975 de la Asamblea Departamental de Córdoba. Actor: Fabio Navarro Sáenz. (Sentencia de 28 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado Expediente 2127). 455

2. (Asamblea del Valle). Apelación contra la sentencia de 5 de febrero de 1976 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle. Actor: Ingenio Riopaila y otros. (Sentencia de 24 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 3735). Con salvamento de voto del Doctor Bernardo Ortiz Amaya. 459

Páginas

CAPITULO TERCERO

Actos de otras autoridades administrativas del orden departamental

1 (Catastro del Atlántico). Acción de nulidad contra las Resoluciones 001 de 1976, 0048 de 1976 dictadas por la Oficina Seccional de Catastro del Atlántico y 427 de 1976 expedida por la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Actor: Municipio de Soledad. (Sentencia de noviembre 24 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2505). 473

CAPITULO CUARTO

Suspensiones provisionales del orden departamental

1. (Ordenanza Departamental). Apelación de la Suspensión provisional decretada el 27 de abril por el Tribunal de Caldas contra las Ordenanzas Departamentales 96 de 1975 y 001 de 1976 dictadas por la Asamblea correspondiente y sancionadas por el ejecutivo Departamental. (Auto de agosto 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 2695). 485

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

Acuerdos y resoluciones de los Concejos

1. (Concejo Municipal de Manizales). Apelación de la sentencia de agosto 6 de 1976 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas denegó las súplicas de la demanda. Acuerdo 116 de 1975. Actor: Marco Betancur C. (Sentencia de 20 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández Exp. 3936). 487

2. (Concejo Municipal de Manizales). Apelación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en virtud de la cual no se accedió a decretar la nulidad del Acuerdo Nº 64 de 1974 que creó el Fondo de Renovación Urbana y reglamentó su funcionamiento. Actor: Diego López Mora. (Sentencia de octubre 26 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Exp. 2522). 495

3. (Concejo Municipal de Cúcuta). Apelación contra la sentencia de abril 1º del año en curso, dictada por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda formulada por el ciudadano Rafael Ibarra quien pretende la nulidad del Art. 1º del Acuerdo 49 de 1975 sobre

Páginas

composición de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cúcuta. (Sentencia de septiembre 26 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Exp. 2642). 503

4. (Concejo Municipal de Neiva). Apelación contra la sentencia proferida el 29 de julio de 1977 por el Tribunal Administrativo del Huila mediante la cual declaró la nulidad de los artículos 50 literales d), g) y 52 del Acuerdo Nº 26 de 1959 y 5º del Acuerdo Nº 05 de 1971 expedidos por el Concejo Municipal de Neiva. Actor: Hernando Valenzuela Plata. (Sentencia de 5 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Exp. 2519). 506

5. (Concejo Municipal de Itagüi). Consulta de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que decretó la nulidad de la Resolución Nº 9 de 1976, expedida por el Concejo Municipal de Itagüí por medio de la cual se declaró insubsistente el tesorero de Rentas de ese Distrito. (Sentencia de septiembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 2004. Actor: Guillermo León Cardona Mora). 513

CAPITULO SEGUNDO

Actos de otras autoridades administrativas del orden municipal

1. (Junta Municipal de Aforos del Municipio de Yumbo). Impuesto de Industria y Comercio. (Sentencia de 7 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Compañía de Transportes Terminales S. A. Expediente 3695). 517

2. (Oficina de Control y Vigilancia de la Secretaría de Gobierno Municipal). Poder de Policía. Juegos y apuestas. (Sentencia de julio 12 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Miguel Antonio Cárdenas V. Actor: José Manuel Gómez. Expediente 2511). 521

3. (Departamento de Valorización del D. E.). Impuesto de valorización. (Sentencia de septiembre 29 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Nohamad Alí El Kadamani y otro. Exp. 3939 con *Salvamento de voto* del Consejero Doctor Miguel Lleras Pizarro). 526

CAPITULO TERCERO

Suspensión provisional de actos del orden municipal

1. (Concejo Municipal de Medellín). Apelación contra el auto de junio de 1977, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia

Páginas

suspendió provisionalmente los efectos del Acuerdo Nº 29 de 1976, expedido por el Concejo Municipal de Medellín. (Auto de noviembre 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Exp. 2727. Actor: Jorge Humberto Botero). 537

2. (Concejo Municipal de Bucaramanga). Apelación del auto proferido el 9 de mayo de 1977 por el Tribunal Administrativo de Santander por el cual no accedió a disponer la suspensión provisional del Acuerdo Nº 809 de 1976. (Auto de 8 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Exp. 2667. Actor: Alfonso Marín Morales). 543

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

Responsabilidad contractual

1. Contratos Administrativos. No es procedente demandar la resolución de los contratos administrativos cuando su plazo se ha vencido. Bases para la liquidación de perjuicios. Contrato Accesorio de Seguros. (Sentencia de noviembre 2 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expedientes 1427 y 1428. Actor: Sociedad Comercial Vías, Canales y Puertos Ltda. y otro). 548

CAPITULO SEGUNDO

Responsabilidad extracontractual

1. Responsabilidad. Seguros. Valor verdadero de la naturaleza del daño. Subrogación de la mera indemnización. Condena *"In Genere"*. (Sentencia de agosto 5 de 1977. Sala de lo Contencioso Adminstrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor Compañía Granadina de Seguros S. A. Exp. 2291). 581

2. Responsabilidad del Estado por los actos de Policía. Límites. Policía Sanitaria. (Sentencia de noviembre 15 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 1582. Actor: Luis Eduardo Quiroga Liévano). 586

3. Responsabilidad Extracontractual. Elementos de ésta. Desarrollo del proceso aduanero. Responsabilidad de los agentes de aduana y de los Jueces Penales de Aduana. Art. 40 del Código de Procedimiento Civil. (Sentencia de septiembre 16 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Exp. 2168. Actor: Bernardo Ortiz Mejía). 599

4. Responsabilidad extracontractual. Indemnización de perjuicios en el accidente de Quebrada Blanca. (Sentencia de diciembre 7 de 1977.

Páginas

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Flota La Macarena. Expediente 1564). 605

5. Responsabilidad Extracontractual. Propiedad Intelectual. Normas legales que la establecen. Derechos, inscripciones o registros, obras pictóricas, responsabilidad del Banco de la República. (Sentencia de octubre 13 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Margarita Villa de Gómez. Expediente 1478). 621

6. Responsabilidad Extracontractual por falla del servicio. Cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio. (Auto de 29 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2207. Actor: Luis Bernardo Herrera Silva). 633

7. Responsabilidad Extracontractual. Por la índole de las actividades cumplidas por la entidad pública. Competencia del Consejo de Estado para conocer de controversias que se susciten con las empresas Comerciales e Industriales del Estado y las Sociedades de economía mixta según la cuantía. (Auto de 9 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2200. Actor: La Previsora Compañía de Seguros). 636

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1. Objeto, sentido y alcance de la acción electoral. La acción electoral es objetiva, pública y popular. (Auto de agosto 31 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 276. Actor: Gerardo Bernal Castaño y otros). Con salvamento de voto del Doctor Alvaro Pérez Vives, Doctor Bernardo Ortiz Amaya, Carlos Betancur Jaramillo, Carlos Galindo Pinilla, Jorge Valencia Arango y Carlos Portocarrero Mutis. 641

2. Electorales. Violencia sobre los jurados de votación, escrutadores. Garantías del ejercicio del derecho del sufragio. (Sentencia de agosto 10 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis. Expedientes 153 bis y 155. Actores: Alfredo Jiménez C. y Hugo Escobar Sierra). Con salvamento de voto de los Consejeros Doctores Humberto Mora Osejo, Jorge Dávila Hernández, Miguel Lleras Pizarro, Osvaldo Abello Noguera, Miguel Antonio Cárdenas y Alvaro Orejuela Gómez). 653

3. Electorales. Posesión del cargo. No es acto administrativo, ni de carácter electoral cuya constitucionalidad y legalidad pueda discutirse mediante el procedimiento especial del juicio del mismo

Páginas

nombre. (Sentencia de 12 de agosto de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente 286. Actor: Leonor de Angel de Casallas). Con explicación de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango. ... 675

4. Electorales. Distinción entre el contencioso electoral y el contencioso de Restablecimiento del Derecho, naturaleza de la pretensión. Determinación del quórum decisorio en una corporación pública cuando el número de sus miembros es impar. (Sentencia de noviembre 2 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 385. Actor: Olid Larrarte R.). 679

5. Electorales. Acción de nulidad del acto electoral. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Expediente 324). 692

6. Electorales. Rectificación de la doctrina sobre la necesidad de notificar el auto admisorio de la demanda al presunto afectado. La acción electoral y su calidad de acción pública. (Sentencia de octubre 26 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 317. Actor: Raúl Guerrero Porras). Con salvamento de voto de los Consejeros Doctores Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Alvaro Pérez Vives, Carlos Portocarrero Mutis y Carlos Galindo Pinilla. 697

7. Electorales. Concejos Municipales. Instalación, sesiones ordinarias y extraordinarias. Prórroga de sus sesiones. Régimen general de la Ley 4ª de 1913 y régimen especial de la Ley 72 de 1926 para Bogotá. (Sentencia de agosto 31 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 301. Actor: Alfonso Gómez C). 709

8. Electorales Concejos Municipales. Etapas y duración de las reuniones, Art. 196 de la Constitución Nacional. Diversos ordenamientos legales sobre las sesiones de los Concejos. Elección de personero y Tesorero. (Sentencia de agosto 31 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 323. Actor: Samuel Gómez Domínguez). Con explicación de voto del Consejero Doctor Carlos Galindo Pinilla. ... 716

9. Electorales. Prohibición de los Concejos Municipales de hacer los nombramientos que les incumben antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha de que las personas nombradas deban entrar a ejercer el cargo. (Ley 5ª de 1929. Art. 5º). 724

TITULO VI

CREDITOS ADICIONALES

1. Presupuesto de rentas y ley de apropiaciones. Consulta de 18 de julio de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Expediente 332. Actor:

Páginas

Gobierno Nacional. Con salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango. 731

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

1. Importaciones. Impuesto de Aduanas. (Sentencia de 2 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4715. Actor: C. H. Hutchinson y Cía Ltda.). 745

2. Impuestos. Art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo. "No constituye salario los bienes en dinero o en especie que el trabajador reciba del empleador a mero título de gratificación o bonificación, siempre que la entrega aunque plural sea ocasional. (Sentencia de octubre 27 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 4416. Actor: Editorial del Caribe S. A.). 748

3. Impuestos. Requisitos para que se configure el fenómeno del silencio administrativo positivo. (Sentencia de 20 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expediente 3641. Actor: Matías Gómez). 751

4. Impuestos. Silencio Administrativo. (Sentencia de 6 de octubre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 4805. Actor: Cementos El Cairo S. A.). 753

5. Impuesto de anotación y Registro. Régimen legal. (Sentencia de 4 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expediente 3673. Actor: Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac "Caxdad"). 756

6. Impuestos. Vía Gubernativa. (Auto de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 4681. Actor: Carlos Giraldo Ramírez). 760

7. Impuesto de renta. Deducción por costos. (Sentencia de 18 de agosto de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4652. Actor: Comestibles La Rosa S. A.). 764

8. Impuestos. El incumplimiento de la Dirección General de Impuestos a la orden de remitir al Juez los antecedentes administrativos. le da fe a los documentos presentados por el actor sobre sus pretensiones. (Sentencia de julio 14 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 4480. Actor: Adolfo Gustavo Munarriz S). ... 766

Páginas

9. Impuesto de Timbre. (Auto de 28 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4509. Actor: Compañía Suramericana de Seguros S. A.). Con aclaración de voto de los Consejeros Doctor Bernardo Ortiz Amaya y Jorge Dávila Hernández. 768

10. Impuestos. Nulidad de la liquidación por incumplimiento del Art. 66 del Decreto 154 de 1968. (Sentencia de julio 7 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 4367. Actor: Rosa Elena Escobar Posada de Gómez). 772

11. Impuestos. Alcance del Art. 54 del Decreto 1651 de 1961. (Sentencia de 14 de julio de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expediente 3763. Actor: Productos Metálicos de Colombia S. A.). ... 774

12. Impuesto de Renta. Deducción a la renta bruta por concepto de pérdidas en diferencias de cambio liquidadas sobre préstamos recibidos del exterior. (Sentencia de 29 de septiembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 3676. Actor: Distribuidora de Equipos Industriales Amerex S. A.). Con salvamento de voto del Doctor Miguel Lleras Pizarro). 779

13. Impuestos. Requisitos para que opere el silencio administrativo. (Sentencia de 12 de diciembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 4998. Actor: María Saba Vitali de G.). 791

14. Impuesto de Industria y Comercio. (Sentencia de 24 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 4853. Actor: Urreas y Compañía Leonisa Internacional). 793

15. Impuestos. Títulos de deuda exentos. Títulos de deuda pública. (Sentencia de 10 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Expediente 4850. Actor: Roberto Jaramillo Uribe). 796

TITULO VIII

JUICIOS DE JURISDICCION COACTIVA

1. Juicios por Jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra Aseguradora del Valle S. A. (Auto de diciembre 1º de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 4696). 805

2. Juicio ejecutivo adelantada por la Nación contra Floro Castaños C. (Auto de agosto 18 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Expediente 4358). 811

Páginas

TITULO IX

RECURSO DE SUPLICA LEY 11 DE 1975

1. Recurso de súplica. Procedencia del recurso. Término para interponerse. Art. 2º de la Ley 11 de 1975. (Sentencia de octubre 2 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Expediente Nº 098. Actor: Víctor Noel Alarcón). 815

2. Impedimento. Régimen Excepcional del Recurso de Súplica prescrito por el Art. 2º de la Ley 11 de 1975. (Sentencia de 30 de agosto de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Actor: María Ofelia y María Regina Toro Fernández. Expediente 10.125). Con salvamento de voto de los Consejeros Doctores Carlos Portocarrero Mutis. Jorge Valencia Arango y Bernardo Ortiz Amaya. 823

3. Recurso Extraordinario de súplica. Art. 2º de la Ley 11 de 1975. Diferencia entre error judicial y cambio de jurisprudencia. (Sentencia de septiembre 8 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 10.128. Actor: Laboratorios y Agencias Internacionales Ltda.) 835

4. Jurisprudencia. Decisión de la Sala Plena respecto del concepto de jurisprudencia y lo que debe entenderse por tal. (Sentencia de 10 de agosto de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Aníbal Restrepo. Expediente 10.107. Actor: Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla). Con salvamento de voto de los Consejeros Doctores Humberto Mora Osejo y Jorge Valencia Arango. 844

5. "Status de Pensionado". Este se obtiene con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad correspondiente, sin que sea necesario que el pensionado se encuentre gozando de la prestación antes dicha. (Sentencia de 16 de noviembre de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro. Radicación 10.254. Actor: Hernando Gómez Mejia. Recurrente: Caja Nacional de Previsión). 849

TITULO X

CUESTIONES PROCESALES

1. Nulidad de los procesos contencioso administrativos. Aplicación de la causal de nulidad prevista en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. (Auto de 26 de septiembre. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 0565. Actor: Gustavo Ardila Ramírez). 855

2. Intervención de Terceros. En procesos de plena jurisdicción la sociedad interviniente podrá cumplir los actos procesales permitidos a la demandante en cuanto no estén en oposición con los de ésta y

Páginas

no impliquen disposición del derecho en litigio. (Auto de 29 de noviembre de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 1857. Actor: Sociedad Construcciones Saab Ltda). 857

3. Competencia por razón de la cuantía. Ley 22 de 1977. Competencia del Consejo de Estado. Auto de julio 11 de 1977. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2164. Actor: Compañía de Seguros Patria S. A.). 859

INDICES

1. Indice analítico alfabético de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente tomo. 863

2. Indice general. 1.095

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra fue impresa en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

(Una empresa editorial y humana al servicio de la Rehabilitación del Recluso).

BOGOTA, D. E., DICIEMBRE DE 1981

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO



TOMO XCIII

AÑO LII

NUMEROS 455 Y 456

SEGUNDO SEMESTRE DE 1977

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ